

REVISTA DA

# ADVOCACIA



B A I A N A

ABRIL 2023 • EDIÇÃO 1 - VOL.1 • TRIMESTRAL

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL  
SEÇÃO DO ESTADO DA BAHIA

**O exercício da  
advocacia no estado  
democrático de direito**

EDITORA



BAHIA



**Editora OAB Bahia**  
Rua Portão da Piedade, 16  
Barris | CEP: 40070-045  
Telefone: 71 3329-8900  
71 3329-8914  
[www.oab-ba.org.br/](http://www.oab-ba.org.br/)



Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida por quaisquer meios, sem a autorização prévia da Editora OAB/BA

**Presidente da OAB/BA**  
Daniela Lima de Andrade Borges

**Presidente da Editora da OAB/BA**  
Thais Bandeira

**Projeto Editorial e Diagramação**  
Leo Barros (Leo Design)

## CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

### NACIONAIS

**Affonso Ghizzo Neto**  
Doutor – Santa Catarina/SC

**Bartira Macedo de Miranda**  
Pós-Doutora – Goiás/GO

**Bruno Devesa Cintra**  
Especialista – Cuiabá/MT

**Caroline Coelho Cattaneo**  
Mestre – Roraima/RO

**Danyelle da Silva Galvão**  
Doutora – São Paulo/SP

**Ezilda Melo**  
Mestra – Paraíba/PE

**Ilana Martins Luz**  
Doutora – São Paulo/SP

**José Vitor Costa Júnior**  
Especialista – Rondônia/RO

**Luiz Viana Queiroz**  
Mestre – Salvador/BA

**Rafael Lara Martins**  
Mestre – Goiás/GO

**Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho**  
Doutor – Salvador/BA

**Rosângela Maria Herzer dos Santos**  
Especialista – Rio Grande do Sul/RS

**Taysa Matos do Amparo**  
Doutora – Salvador/BA

**Vinicius de Souza Assumpção**  
Mestre – Salvador/BA

### INTERNACIONAIS

**Margarida Maria de Oliveira Santos**  
Doutora – Braga/Portugal

**Salvador Morales Ferrer**  
Doutor – Valência/Espanha

## FICHA CATÁLOGRAFICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) | (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Revista da Advocacia Baiana [livro eletrônico] :  
o exercício da advocacia no estado democrático de direito : volume 1 / [organização] Editora OAB Bahia. -- 1. ed. --  
Salvador, BA : Ordem dos Advogados Do Brasil Seção Bahia, 2023.  
PDF

Vários autores.  
Bibliografia.  
ISBN 978-85-98170-08-4

1. Direito 2. Revista jurídica  
23-165733

CDU-34

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 34  
Tábata Alves da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9253

ISBN: 978-85-98170-08-4



9 788598 170084



# APRESENTAÇÃO

Foi com muita alegria, honra e enorme senso de responsabilidade que recebi da Presidente Daniela Andrade Borges o convite pra presidir a Editora da OAB-BA. Estando na Diretora da Escola Superior da Advocacia, por diversas vezes, havia sido abordada por pesquisadores (as) baianos (as), que queriam publicar seus trabalhos, obras e textos pela própria OAB-BA. Era, portanto, um sonho e um desejo antigo viabilizar essa possibilidade para nossos (as) colegas! Hoje, podemos contribuir para que essas produções ganhem o merecido alcance. É, inclusive, da OAB, insculpido no Estatuto (lei 8906/94, art. 44) zelar “pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”. É essa, portanto, a missão da Editora: difundir e valorizar a cultura jurídica da advocacia baiana, estimulando a produção científica. Sintam-se todos e todas convidados (as) a contribuir com nossas publicações. Ganha a pesquisa, ganha a produção científica, ganha a advocacia!

Thais Bandeira

5

## A ATUAÇÃO DA MULHER ADVOGADA: REPRESENTATIVIDADE FEMININA E DESAFIOS NUMA PERSPECTIVA DE GÊNERO

Daniella Miranda Santos e Luciana Santos Silva

8

## A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESTRIÇÃO DO RECEBIMENTO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS: UMA ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N.º 833/2022

Carmela Grune

14

## A PRESERVAÇÃO DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA PENAL COLHIDA EM REDE SOCIAL

Fabiano Pimentel e Catharina Maria Tourinho Fernandez

17

## A REGRA DA TIPICIDADE E O NOVO REGIME DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Alexandre da Silva Medeiros Santos

21

## A REGULAMENTAÇÃO DO MARKETING JURÍDICO À LUZ DO PROVIMENTO N.º 205/2021 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB

Antônio Vinícius Santos da Silva

25

## ADVOCACIA, SUBSTANTIVO FEMININO: A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NAS DIRETORIAS DAS SUBSEÇÕES DA OAB BAHIA (2016-2024)

Leonellea Pereira

31

## ALGUNS DETALHES SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E COMO O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA SE INSERE NESSE CONTEXTO

Pedro Benjamin Navarro de Britto Matos e Lara Sousa Matos

36

## DEMANDAS ESTRUTURAIS E AS FUNÇÕES ANÔMALAS DA JUSTIÇA ELEITORAL: ESTUDO DE CASO DA CONSULTA N.º 0600306-47.201926

Luis Vinicius de Aragão Costa e Osmar Mendes Paixão Côrtes

46

## DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA NEGRITUDE

Veyzon Campos Muniz

48

## FERRAMENTA PODEROSA: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O SEU OBJETO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Rui Patterson

# A atuação da mulher advogada: representatividade feminina e desafios numa perspectiva de gênero

## AUTORES



DANIELLA  
MIRANDA SANTOS

Diretora-Tesoureira da OAB Subseção de Vitória da Conquista. Doutora (2018) e Mestre (2012) pela UESB. Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual da Bahia (UNEB) - Campus XX e Coordenadora do Curso de Direito da UniFTC Vitória da Conquista. Endereço: Rua Rotary Club, 103 – Centro, Vitória da Conquista – BA, 45000-410. E-mail: daniellamirandaadv@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9529486826419166>



LUCIANA  
SANTOS SILVA

Presidente da OAB Subseção de Vitória da Conquista. Doutora (2014) e Mestre (2009) pela PUC-SP. Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da UESB. E-mail: [luciana.silva@uesb.edu.br](mailto:luciana.silva@uesb.edu.br). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9335857928629396>

## Delineamentos históricos sobre o patriarcado e a cultura jurídica brasileira

O Direito brasileiro se estruturou, do ponto de vista da sua cientificidade por aplicação prática, a partir do patriarcado referendado a subjugação feminina conforme apontado por Mendes (2022), Farias (2017) e Pimentel (1978) sendo a perspectiva feminista do campo jurídico uma forma de deslegitimar a referida cultura machista. O próprio percurso de implementação dos cursos jurídicos que foi feito quase em sua totalidade por homens, também demarcou, além de um modelo elitista, um sistema jurídico que refletia claramente a divisão sexual do trabalho.

Foram os homens que, predominantemente, atuaram na construção de uma cultura jurídica brasileira e, por conseguinte, estiveram diretamente ligados à formação do Estado Nacional. As mulheres foram alijadas da participação. No clássico texto Cavalcanti (1980) ao analisar aspectos da cultura jurídica nacional aponta o neófito

campo jurídico brasileiro sendo formado tão somente por homens. Nesse período, meados do século XVIII, os magistrados e professores brasileiros eram homens e se formavam bacharéis em Coimbra e, pode-se afirmar que todo o Brasil político e intelectual era oriundo desse único centro formador do mundo português. Já declarada a independência e tendo em vista a necessidade de não se importar bacharéis portugueses, mas, de fundar as bases jurídicas para a construção do Estado Nacional, em 1827, ocorreu definitivamente a implantação dos cursos jurídicos no Brasil, processo que não contou com a participação efetiva ou significativa de mulheres.

Não se pode descartar para fins da análise pretendida que o sistema jurídico hodierno possui bases estruturais fundadas no patriarcado. Lerner (2020) afirma que a criação do patriarcado é histórica e é

resultado de um processo que levou mais de 2 mil anos para ser concluído. Com objetivo de discutir o exercício profissional da advocacia realizado por mulheres, importante reiterar os ensinamentos da referida autora quando afirma que as diferenças de classe também foram pautadas a partir de relações de gênero, não sendo possível assim, pensar a opressão e exploração econômicas como construtos dissociadas de aspectos de gênero. Inclusive, para Lerner (2020) a falta de poder público e a dependência econômica fez com que, ao longo dos tempos, as mulheres compartilhassem a “proteção” de um homem desde que se mantivessem subordinadas ao poder masculino. No entanto, foram essas mulheres (provenientes dessa minoria privilegiada) que, conseguiram acessar uma perspectiva feminina nos papéis intelectuais tangenciados apenas por homens. Em outras palavras:



*Mulheres e homens entraram no processo histórico sob diferentes condições e passaram por ele em velocidades distintas. Se o ato de registrar, definir e interpretar o passado marca a entrada do homem na história, isso ocorreu para os homens no terceiro milênio a.C. Para as mulheres (e ainda assim apenas para algumas), com notáveis exceções, ocorreu no século XIX. Até então, toda a História era Pré-História para as mulheres. (LERNER, 2019, p. 277).*

A ausência da possibilidade de participação feminina na ciência e nos espaços públicos deu-se, em parte, em razão de uma hegemonia dos homens

que significou uma privação educacional das mulheres e as poucas mulheres branca e abastada. Leta (2019) destaca que historicamente, a ciência sempre foi

vista como uma atividade realizada por homens e foi somente após a segunda metade no século XX que ocorreram mudanças nesse quadro.

Importante mencionar que, de modo ordenado, constituiu-se numa lacuna que consolidou uma desvantagem educacional feminina que se arrastou por séculos.

O trabalho intelectual foi desestimulado em prol de uma institucionalização de uma família que mantinha o homem no centro desta unidade que

reproduzia o Estado burguês como um “microestado”. Tal comportamento retirava, tanto das famílias burguesas, como daquelas integrantes da classe trabalhadora o poder decisório da mulher e de atuação em âmbito familiar, pois enquanto na família burguesa o esposo ocupava o lugar de representante do Estado, excluindo a mulher dos negócios

familiares estando a mesma apenas apta a se ocupar dos trabalhos domésticos, o mesmo acontecia nas famílias das classes trabalhadoras quando embora a esposa trabalhasse junto com o seu marido, apenas este recebia o salário, instituindo o que o Federici (2017) denomina de “patriarcado do salário”. Neste sentido:



*As mulheres não poderiam ter sido totalmente desvalorizadas enquanto trabalhadoras e privadas de toda a sua autonomia com relação aos homens se não tivessem sido submetidas a um intenso processo de degradação social e, de fato, ao longo dos séculos XVI e XVII, as mulheres perderam terreno em todas as áreas da vida social (FEDERICI, 2017, pág. 199).*

Foi em razão destas percepções absolutamente equivocadas, mas fundadas na retroalimentação do poder masculino de modo a fomentar a submissão feminina que se amalgamaram na memória

social, alguns dos cânones tais como: mulheres são inferiores, emocionais, fúteis e vaidosas. E exatamente por conta de tais materiais discursivos há a percepção de que, por estarem ausentes

os predicados de equilíbrio emocional as mulheres não poderiam exercer funções políticas, também devendo estar distantes de postos de liderança religiosa ou intelectual.

## Participação feminina na ordem dos advogados do Brasil

### A RESOLUÇÃO Nº 05/2020 E AS ELEIÇÕES 2021

A OAB Nacional, fundada em 18 de Novembro de 1930, ao longo de seus 92 anos nunca teve uma mulher ocupando o cargo de mais representatividade política e institucional:



*[...] ainda que as mulheres venham, progressivamente, participando dos espaços de poder vinculados à advocacia, nunca ocuparam o cargo de maior destaque na instituição – Presidente Nacional da OAB – e raras vezes o fizeram no nível regional – Presidente das Seccionais –, fato que acarreta a incompatibilidade de representação entre os membros profissionais e sua gestão executiva.*

Surpreendentemente, no triênio 2019-2021, por exemplo, mesmo as mulheres correspondendo a metade do número de inscritos, nenhuma mulher representava as Seccionais (fonte: <https://www.migalhas.com.br/quentes/292153/veja-quem-sao-os-presidentes-de-cada-seccional-eleitos-para-o-trienio-2019-2021>). Nessa seara foi crucial o papel da Resolução 05/20, que alterou o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB ao estabelecer tanto a paridade de gênero (50%) como a política de cotas raciais para negros no percentual de 30%. A paridade de gênero tornando-se válida a partir das Eleições 2021, tanto para a composição das chapas nas eleições do Conselho Federal, das seccionais, subseções como nas Caixas de

Assistência, alterou de forma substancial o panorama da representatividade feminina no âmbito dos cargos diretos da OAB.

A saber, em 2022, foram empossadas 05

presidentas de Seccionais ao passo que, conforme mencionado anteriormente, nenhuma mulher ocupava tal cargo no triênio anterior. Tais dados podem ser visualizados na imagem a seguir:



Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/358653/mulheres-sao-maioria-na-oab-mas-so-18-presidentes-sectionais>.

Atualmente, o Brasil possui um quantitativo de 667.442 de advogadas e 642.801 advogados, o que significa, portanto, que as mulheres apresentam superioridade numérica sem que isso ainda se consubstancie em uma representatividade efetiva, uma vez que das 27 Seccionais, como dito, apenas

05 são presididas por mulheres o que corresponde a 18,5%.

Contudo, reafirmando a hipótese de que, por vezes, as mulheres ocupam os espaços de poder de maneira simbólica com o objetivo somente de emprestar de modo ficto a paridade de gênero pretendida, das

27 seccionais, 22 tem mulheres na vice-presidência o que corrobora com a hipótese de que há, de forma estrutural, a tentativa de dar às mulheres papéis secundários e figurativos, sendo esta lógica resultado de uma macroestrutura que reproduz a desigualdade de gênero cristalizada historicamente na sociedade brasileira.



Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/358653/mulheres-sao-maioria-na-oab-mas-so-18-presidem-seccionais>.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a Resolução nº 05/2020 representa um marco sócio-histórico no cenário jurídico e seu papel é de suma importância na configuração de uma sociedade mais justa e igualitária e, diante de todo este percurso histórico, para que possamos efetivamente empreender em prol de um Estado Democrático de Direito que além do exercício profissional ético da advocacia, garanta igualdade de gênero e racial é preciso combater certo “pânico moral” que tem se estabelecido em torno luta feminista e do feminismo. É preciso que se haja com firmeza para que a “ideologia de gênero” não se transforme numa bandeira ideológica ao revés, empunhada pelo neoconservadorismo que tem se expandido na sociedade brasileira e que tem significado, na prática, articulações para restrições de direitos e retrocessos no âmbito das políticas públicas, sociais e assistenciais.



### REFERÊNCIAS

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Aspectos da cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.  
 FARIAS, Ângela Carla de. **O direito que se constituiu patriarcal: o feminismo e a luta contra o feminicídio**. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017, ISSN 2179-510X.  
 FEDERICI, Sílvia. **Calibá e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.  
 LETA, Jacqueline. **As mulheres na ciência brasileira: crescimento, contrastes e um perfil de sucesso**. São Paulo: Cultrix, 2019.  
 MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista: novos paradigmas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

**MULHERES SÃO MAIORIA NA OAB, MAS SÓ 18% PRESIDEM SECCIONAIS**. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/358653/mulheres-sao-maioria-na-oab-mas-so-18-presidem-seccionais>> Acesso em 15 Nov 2022.  
 PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos direitos da mulher: norma, fato, valor** / Sílvia Pimentel. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.  
**REPRESENTATIVIDADE FEMININA E EQUIDADE DE GÊNERO NA ADVOCACIA BRASILEIRA: UM PARALELO COM O ENSINO SUPERIOR EM DIREITO**. Disponível em <<https://www.sassoadvocacia.com.br/blog2.php?item=120>> Acesso em 15 Nov 2022.  
 SANTOS, D. M.; CASIMIRO, A. P. B. S.. **História do Ensino Jurídico Brasileiro: O Seminário de Olinda como precursor dos Cursos Jurídicos no Brasil Império**. Revista Thesis Juris, v. 2, p. 258-287, 2013.

# A inconstitucionalidade da restrição do recebimento dos honorários sucumbenciais: uma análise do Projeto de Lei n.º 833/2022



## AUTORA

Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela FMP em parceria com a FEMARGS. Membro da Comissão de Direito do Trabalho e Diretora de Comunicação do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0192321192062950>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3705-1181>. E-mail: [carmelagrune@gmail.com](mailto:carmelagrune@gmail.com).

## RESUMO

O Projeto de Lei (PL) n.º 833/2022 propõe a alteração do artigo 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho e pretende limitar o cabimento dos honorários de sucumbência ao valor da causa. Para abordagem do Projeto de Lei, lançou-se mão dos métodos dedutivo, indutivo e dialético para explorar o campo teórico-abstrato, mediante análise de revisão bibliográfica e documental. O método

de procedimento é o comparativo estruturalista, baseado no histórico de construção legislativa dentro do sistema democrático brasileiro. Dos resultados, destacam-se o elevado patamar de atuação institucional da advocacia, a ausência de indícios histórico-legislativos de limitação dos honorários sucumbenciais ao valor da causa e que o PL é anti-isonômico, bem como viola o amplo acesso à justiça.

**Palavras-Chave:** Direito fundamental à igualdade; Honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho; Legislação profissional anti-isonômica; Projeto de Lei n.º 833/2022.

## INTRODUÇÃO

É inegável o fato de que Direito não é nem dever ser estático. Ao contrário, o Direito é vivo, e a sua função é, justamente, assimilar as situações e os comportamentos sociais que surgem no decorrer da evolução humana e, dessa maneira, minimizar as controvérsias e contestações que surgem ao longo desse percurso. No entanto, não é possível que tal premissa seja utilizada para permitir que a atualização do Direito macule a sua natureza e a sua razão de ser. Desse modo, a atualização do Direito do Trabalho não pode prejudicar a sua própria essência, qual seja, a preservação da tutela do hipossuficiente. É preciso lembrar que a ordem jurídico-trabalhista foi construída a duras penas sob a égide do princípio da proteção. Assim, reformas, como as propostas no Projeto de Lei n.º 833/2022, não podem ser aceitas a despeito da ordem jurídico-constitucional e da readequação do direito às necessidades sociais.

Atualmente, o projeto encontra-se para análise em duas comissões da Câmara dos

Deputados, quais sejam, a Comissão de Trabalho, a Administração e Serviço Público e a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Em que pese ainda não ter sido aprovado, o mérito da proposta incorre em uma série de afrontas às disposições constitucionais, legais e estatutárias ao regime de honorários advocatícios e ao próprio exercício da advocacia trabalhista.

Para tanto, o estudo apresenta o histórico de construção legislativa dentro do sistema democrático brasileiro em conjunto com uma análise bibliográfica e documental, destacando que a pesquisa é oriunda do parecer na Indicação n.º 17/2022, ao qual fui relatora pela Comissão de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados Brasileiros, tema ao qual defendi em Sessão Ordinária Híbrida do IAB, na data de 09/11/2022, sendo aprovado por aclamação.

Na análise do mérito, se destaca o dever do Estado de proteção legal

e constitucional ao hipossuficiente, na forma do que decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal - STF, o papel indispensável da advocacia à administração da justiça, como a necessidade de assegurar, pelo princípio constitucional da igualdade, o tratamento igualitário na concessão de honorários sucumbenciais, independentemente de quaisquer circunstâncias, sobretudo em relação ao valor da causa. Demonstra-se que não é possível promover uma atualização justa do Direito do Trabalho se não forem respeitados tais indicadores de acesso à justiça e promoção da igualdade.

Optou-se pela divisão da pesquisa, abrindo campo a dois aspectos: as questões teóricas e histórico-legislativas do tema, e o emprego do referido aporte para construir uma análise crítica de seu mérito e constitucionalidade, aplicando, nesse momento, os seus efeitos disruptivos.

## A regulamentação legal e jurisprudencial dos honorários sucumbenciais e a proteção do hipossuficiente

Há diversos estudos sobre os retrocessos sociais os vinculam à Reforma Trabalhista, em razão da supressão e redução de diversos direitos. A argumentação dos apoiadores da Reforma encontrava arrimo na suposta

possibilidade de aumento de empregos, sem a redução de direitos.<sup>1</sup> Tais fundamentos já foram confrontados com evidências, demonstrando que o discurso não se consubstanciou na prática.

Não obstante a existência de pertinentes críticas, a Reforma Trabalhista sancionada, em 13 de julho de 2017, segue vigente em sua maior parte. Nesse cenário, a novação legislativa foi responsável por modificar e

<sup>1</sup>Um pronunciamento feito pelo então Presidente da República Michel Temer consubstancia bem o posicionamento dos defensores da Reforma Trabalhista: "Seu sentido pode ser resumido de uma forma singelíssima: nenhum direito a menos, muitos empregos a mais". Ver na íntegra em: MASSALI, Fábio. Temer diz que reforma trabalhista

trará empregos e deixará país mais competitivo. Agência Brasil. 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-07/temer-diz-que-reforma-trabalhista-trara-empregos-e-deixara-pais-mais>. Acesso em: 30 jul. 2022.

incluir uma série de artigos da Consolidação das Leis do Trabalho. Dentre esses, destaca-se o artigo 791-A, com seus respectivos parágrafos, nos quais se disciplinou a cobrança dos honorários sucumbenciais independentemente de vinculação de advogada ou advogado à entidade sindical.

Sob a nova lógica introduzida pela Reforma em comento, os honorários não mais dependiam de que membros da advocacia estivessem associados a uma entidade sindical para que fosse possível receber os honorários, o que assegura a remuneração sucumbencial para a advocacia autônoma nas postulações perante a Justiça do Trabalho. A inclusão do dispositivo foi responsável por suscitar diversas discussões em torno da cobrança dos honorários, sobretudo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Parte da discussão se deu pela inclusão do §4.º no art. 791-A, que dispõe acerca da cobrança de honorários sucumbenciais contra o beneficiário da gratuidade da justiça. O referido diploma instituiu a possibilidade de cobrar honorários sucumbenciais, se a parte tivesse obtido, no processo que sucumbiu ou em qualquer outro, créditos capazes de suportar a despesa. Para o Ministro Augusto César Leite de Carvalho, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho - TST, que arguiu a inconstitucionalidade do dispositivo, a mudança legislativa instituiu óbices severos ao acesso à justiça, incorrendo em invalidade ante a dissonância com o texto constitucional<sup>2</sup>.

A referência ao argumento, levantado pelo Ministro Augusto César, traz reflexões quanto à importância de garantir o acesso à justiça e à efetividade do Estado na reparação de direitos humanos, principalmente, quando violados em atividades empresariais. Na dicção da abordagem de Homero Batista Mateus da Silva, tem-se que, com a modificação promovida pela Reforma Trabalhista, afastou-se um degrau a mais do princípio da gratuidade e da facilitação do acesso à justiça. Nesse contexto, o aspecto que se sobressalta perante essa dicotomia é que o processo do trabalho não fora estruturado para esse fim.

Ainda, à luz do debate sobre a constitucionalidade do §4º do art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho, o STF foi instado a se pronunciar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5766/DF. Na

oportunidade, o Excelso Pretório declarou inconstitucionais os artigos 790-B, caput e §4º, e 791-A, §4º, introduzidos pela Reforma Trabalhista, sob o fundamento de que “é inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade da justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor da pessoa trabalhadora”<sup>3</sup>.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores nos permite ter segurança jurídica para assegurar gratuidade da justiça às pessoas hipossuficientes, pois são os obstáculos de ordem econômica os primeiros e mais evidentes na restrição do acesso à justiça pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, destaca-se a percepção proferida pela Ministra Rosa Weber, do STF, no sentido de que, ao transferir ao titular do direito fundamental à assistência jurídica a responsabilidade pelo pagamento dos honorários sucumbenciais, o art. 791-A da CLT faz letra morta do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, que expressamente atribui ao Estado o dever de prestar assistência que seja gratuita e integral.<sup>4</sup>

Desse modo, o STF, ao declarar inconstitucional o §4º do artigo 791-A da CLT no julgamento da ADI 5766, definiu ser inexigível a cobrança de honorários sucumbenciais da parte reclamante que permanecer hipossuficiente. Isso porque a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, mediante a gratuidade do acesso à justiça aos considerados hipossuficientes, suplanta a alteração promovida pela Reforma Trabalhista.

À tese firmada pela Suprema Corte foi atribuída efeito vinculante, com fulcro no art. 102, §2º, da Constituição Federal. Assim, a pessoa beneficiária da justiça gratuita, nos pedidos improvidos na causa, que arcaria com os honorários advocatícios sucumbenciais, terá suspensa a sua exigibilidade por dois anos, a partir do trânsito em julgado da decisão que a certificou, desde que mantida a condição de hipossuficiente. Diante dessa distinção, os honorários sucumbenciais somente poderão ser executados se comprovado pelo credor, dentro do referido prazo, o fim da insuficiência de recursos que justificou a concessão do benefício da justiça gratuita, sob pena de extinção da obrigação.

É notável que a inclusão do texto normativo em tela pela Reforma Trabalhista impôs

mais um ônus à parte trabalhadora, caso não consiga comprovar seus direitos na Justiça do Trabalho, a saber, a sucumbência. Ocorre que a sucumbência não é rara para a parte trabalhadora, haja vista que a perda do processo está relacionada, muitas vezes, à ocultação de documentos atinentes ao contrato de trabalho pela parte reclamada. Mesmo esses documentos sendo requeridos pela parte autora, a exibição, por muito, é desconsiderada pelo Juízo em flagrante desrespeito ao dever de exibição de documentos e às regras de distribuição do ônus da prova.

Ainda, há situações em que a Administração Pública Indireta íntegra o polo passivo nos quais as decisões judiciais desconsideram igualmente o dever de exibição e, nesses casos, estão previstos o artigo 37 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011). Tais exemplos sobre ônus da prova na análise de mérito servem para demonstrar como a parte trabalhadora, a qual busca no Poder Judiciário a reparação de seus direitos, geralmente, é mais de uma vez prejudicada por não ter acesso aos documentos vinculantes ao seu contrato de trabalho que estão em poder exclusivo da empresa.

A condição *sine qua non* do processo trabalhista, para preservar a posição de hipossuficiência da pessoa trabalhadora, deve, portanto, ser reforçada, porque um ataque a esse postulado atinge o âmago da ordem juristrabalhista, que é o direito à proteção pela inafastabilidade jurisdicional. Verifica-se, desse modo, que a atuação da parte reclamante é constantemente retardada pelo medo de retaliação, pela ausência de empoderamento para cidadania e pelo temor ao desemprego, e todas essas questões são somadas às necessidades econômicas do jurisdicionado.

Logo, evidencia-se a posição desfavorável da parte trabalhadora na litigância judicial. Essa disposição deve-se à condição de dependência econômica na relação laboral, à falta de documentos comprobatórios em poder da empresa, à ausência de aplicação do ônus da prova ou mesmo à aplicação incorreta da prescrição total. As violações são capazes de levar a parte reclamante a ser sucumbente, mesmo que o juízo conceda procedência parcial aos pedidos postulados, com o direito à gratuidade da justiça, e, nos termos do §3º, artigo 791-A da CLT, haverá pelo juízo a fixação recíproca de honorários sucumbenciais.

<sup>2</sup> A arguição de inconstitucionalidade foi suscitada no processo Arginc - 10378-28.2018.5.03.0114, no qual o Ministro destacou que “[...] a única interpretação possível para os dispositivos de lei sobre gratuidade judiciária é a interpretação sistêmica, aquela que confere maior efetividade ao direito constitucional de acesso à justiça como direito de acesso ao direito, sem ônus, atual ou futuro, em razão da inaptidão da parte vulnerável para provar fatos pretéritos. Qualquer exegese dissonante contrasta, data venia, com a garantia de tutela judicial e se contém de invalidez, portanto.” Ver em: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Arguição de Inconstitucionalidade. Arginc - 10378-28.2018.5.03.0114. Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Diário Eletrônico da Justiça. Brasília, 14 fev. 2020. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroint=52652&anolint=2019>. Acesso em: 02 ago. 2022.

<sup>3</sup> Na ementa, consta: “É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário.” Ver na íntegra em: BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI nº

5766/DF. Relator: Luis Roberto Barroso. Brasília, 02 maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 30 jul. 2022.

[...] E veja-se bem: quando a Constituição Federal enuncia que nenhuma “lesão ou ameaça de lesão” será excluída da apreciação judicial (art. 5º, XXXV), não estabelece que apenas o litigante que tem razão é que tem direito de ver a sua pretensão apreciada. Ao contrário, todas as pessoas, com ou sem razão, têm direito à tutela jurisdicional efetiva. No caso de procedência (ou então verossimilhança, na tutela provisória), incrementa-se o campo de abrangência desse direito, para também contemplar técnicas processuais que permitam a adequada efetivação do provimento judicial. [...] ao transferir ao titular do direito fundamental à assistência jurídica a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, o 791-A da CLT faz letra morta do art. 5º, LXXIV, da CF, que expressamente atribui ao Estado o dever de prestar assistência que seja gratuita e integral”. Ver na íntegra em: BRASIL. Superior Tribunal Federal. ADI nº 5766/DF. Relator: Luis Roberto Barroso. Brasília, 02 maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 30 jul. 2022.

# A proteção legal e constitucional dada ao exercício laboral da advocacia e aos honorários sucumbenciais

O poder constituinte originário, em 1988, pela Constituição Federal, conseqüentemente, atribuiu à advocacia características de fiscalização nas questões de interesse público. Trouxe, como inovação, a substancialidade da participação da advocacia na administração da justiça pelo art. 133 da Constituição Federal. Assim, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Destaca-se como exemplo, a garantia de participação a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) no Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, V) e no Conselho Nacional de Justiça (art. 130-B, XII), funções essenciais à justiça.

As contribuições da advocacia estão entrelaçadas com a construção democrática pelo importante papel institucional, desde o Brasil Império, do Instituto dos Advogados Brasileiros, que contribui com a formação de leis e organização da justiça, com importantes posicionamentos na garantia dos direitos humanos e na defesa do Estado Democrático de Direito, tais como aconteceram na separação Igreja e Estado, pela formação do Estado laico, e na legislação sobre o casamento civil em 1872.<sup>5</sup>

## O acesso à justiça e os honorários advocatícios no Processo Civil e no Processo do Trabalho

As regras de honorários advocatícios, no âmbito do Processo Civil, não se aplicam irrestritamente à CLT, em razão da existência de regulamentação própria desta. Assim, somente se recepcionou do Código de Processo Civil o princípio da sucumbência restrita, total ou parcial, dada a incompatibilidade normativa e principiológica com o processo do trabalho nas demais normativas. Logo, sob a dicção do artigo 769 da CLT, percebe-se a relação de coexistência entre as duas fontes do direito, sendo as disposições do Código de Processo Civil subsidiárias às do Direito Processual do Trabalho, exceto quando houver latente incompatibilidade.

O reconhecimento da indispensabilidade da advocacia pelo poder constituinte originário se deu em razão da notória contribuição ao desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio, com vistas à autonomia do povo brasileiro. Por conseguinte, não há discricionariedade do direito fundamental ao tratamento isonômico a pessoas trabalhadoras no exercício das mesmas atividades, sendo, portanto, assegurada, desde 1988, a igualdade de tratamento entre advogados e advogadas em auferir honorários, em virtude da atuação profissional, devendo ser rechaçada qualquer tentativa de restrição.

Posteriormente à norma constitucional de tratamento igualitário ao desempenho das mesmas atribuições, a Lei nº 8.906/1994 foi implementada para dispor, então, do Estatuto da Advocacia, regulamentação específica, com o objetivo de disciplinar a proteção aos honorários. Isso porque, frente ao crescente grau de complexidade das atividades conferidas pela Constituição à advocacia, resguardaram-se, na prática, as condições para garantia e subsistência da contraprestação econômica decorrente do labor exercido pela advocacia.

O valor da causa encontra-se, pois, diretamente relacionado à prestação jurisdicional pelo Estado, uma vez que, se elevados os custos a classe trabalhadora, inviabiliza-se o acesso à justiça. Desse modo, uma Justiça onerosa ou que imponha risco financeiro grande à pessoa revela-se, nada mais, como uma ausência de justiça. Tal premissa sustenta-se nos altos custos da resolução formal do litígio; no fato de que, nas pequenas causas, os custos do processo podem, muitas vezes, ultrapassar o montante da controvérsia; e que o tempo de tramitação do processo pode elevar, ainda mais, os seus custos, pressionando as partes.

Posteriormente à norma constitucional de tratamento igualitário ao desempenho das mesmas atribuições, a Lei nº 8.906/1994 foi implementada para dispor, então, do Estatuto da Advocacia, regulamentação específica, com o objetivo de disciplinar a proteção aos honorários. Isso porque, frente ao crescente grau de complexidade das atividades conferidas pela Constituição à advocacia, resguardaram-se, na prática, as condições para garantia e subsistência da contraprestação econômica decorrente do labor exercido pela advocacia.

Alerta-se, ainda, para o fato de que analisar o trabalho de um profissional da advocacia, sob a perspectiva do valor da causa, como pretende o PL nº 833/2022, põe em xeque o próprio exercício da advocacia. Passa-se, dessa forma, a seguir, ao debate da mensuração do empenho praticado no exercício da advocacia para atingir o êxito no pedido, tanto sobre o ponto de vista subjetivo, de dedicação pessoal ao trabalho, quanto objetivo, de utilizar todas as prerrogativas probatórias, legais e constitucionais, com os instrumentos recursais para defesa do jurisdicionado.

O valor da causa encontra-se, assim, diretamente relacionado com a prestação jurisdicional pelo Estado, uma vez que se elevados os custos, inviabiliza-se o acesso à justiça. Desse modo, uma Justiça cara ou que imponha risco financeiro grande pessoa humana, revela-se, nada mais, como uma ausência de Justiça. Tal premissa sustenta-se nos altos custos da resolução formal do litígio; no fato de que, nas pequenas causas, os custos do processo podem, muitas vezes, ultrapassar o montante da controvérsia; e que o tempo de tramitação do processo pode elevar ainda mais os seus custos, pressionando as partes

<sup>5</sup> A elaboração do Código Civil – com a participação de Teixeira de Freitas e os infundáveis debates com os abolicionistas sobre os problemas da escravidão – e a legislação sobre o casamento civil que incluiu os debates quanto à relação Estado Igreja, que culminou na separação entre essas instâncias, e com a legislação sobre o casamento civil de 1872. Ambos os debates foram acaloradíssimos no plenário do IAB e deles nasceram as diretrizes do Estado Brasileiro para

essas questões. Ver em: ALMEIDA, Eneá de Stutz e. Ecos da Casa de Montezuma: O Instituto dos Advogados Brasileiros como referência na cultura jurídica nacional. 2003. [Tese Doutorado], Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/86151>. Acesso em: 30 jul. 2022.

mais desfavorecidas economicamente para abandonar a causa ou aceitar acordos com valores inferiores aos de direito.

Nessa conjuntura de inúmeros óbices de acesso à justiça, é fundamental preservar uma legislação que impeça a instituição dos honorários sucumbenciais como

mais um obstáculo. Nesse sentido, Bramante<sup>6</sup> esclarece que o fato gerador dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho:



*[...] se dá, quer na assistência jurídica sindical, quer por advogado particular, mas somente nas hipóteses em que resultar crédito para a parte autora. Equivale dizer: só nos casos em que houver condenação em pecúnia incide sobre o valor liquidado da sentença ou o proveito econômico obtido. A imposição de honorários advocatícios no processo do trabalho se distância da sucumbência típica do processo civil e assume feições de efetiva sucumbência creditícia, o que permite defini-la, no sistema processual brasileiro, como sucumbência atípica.*

É possível observar, com o advento da Reforma Trabalhista, que honorários advocatícios no Processo do Trabalho passaram a ocupar uma posição de destaque no litígio, isso porque antes da definição do STF a parte reclamante beneficiária da gratuidade deveria arcar com os honorários sucumbenciais.

Portanto, deve-se ter cautela na análise do ranking de temas recorrentemente analisados pelo Tribunal Superior do Trabalho, como, por exemplo, o mais recente datado de junho de 2022, no qual os honorários sucumbenciais encontram-se nas questões mais controversas na Justiça do Trabalho.<sup>7</sup>

O *ranking* do TST permite constatar uma sistemática diferente na Justiça do Trabalho. Enquanto o Processo

Civil lida com o prejuízo que se evita, sendo o seu objetivo proteger algo já produzido e que está ameaçado de dano ou a produzir o ressarcimento pelo dano causado naquilo que já existia, a Justiça do Trabalho precisa lidar mais frequentemente com as lesões já ocorridas. Na lista das 20 questões trabalhistas mais controversas, não há nenhuma menção a temas preventivos, ou seja, àqueles que supostamente não tiveram danos. Todas as situações que englobam discussões de lesão a direitos da classe trabalhadora estão consumadas ou em curso, com destaque à negativa de prestação jurisdicional que ocupa o terceiro lugar no *ranking*.

Em tais casos, constata-se que o papel precípua do Estado, frente a recorrência de lesões já sucedidas, é assegurar o

direito de acesso à justiça. Para isso, é preciso oportunizar o direito à defesa técnica, com a demonstração, por todos os meios de prova admitidos em lei, das razões pelas quais se postula os pedidos respaldados em normas constitucionais, infraconstitucionais e/ou regulamentares, bem como em convenções e/ou normas coletivas, independentemente em qual rito processual estiverem ocorrendo as postulações.

Nesse cenário, a advocacia trabalha para assegurar aos cidadãos jurisdicionados a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, independentemente do valor da causa. Portanto, deve-se elevar o papel institucional da advocacia ao estar a serviço da sociedade para ser a voz da cidadania no Poder Judiciário.

## **Análise das justificativas da proposta de limitação dos honorários sucumbenciais constantes do Projeto de Lei nº 833/2020**

O Projeto de Lei nº 833/2022, ao vincular o direito aos honorários sucumbenciais apenas àquelas causas com baixo valor indicado, avilta o direito ao tratamento isonômico entre profissionais. Além disso, em casos de pedidos com maior valor, estimula-se a prática de descumprimento da legislação trabalhista por parte dos empregadores, tendo em vista que não haverá a cobrança de honorários sucumbenciais.

Ao restringir o direito aos honorários sucumbenciais, o Projeto de Lei nº 833/2022 desconsidera que o valor da causa nem sempre é critério objetivo, podendo ser valor da causa estimado.

Até porque há casos de lesões de trato sucessivo, quando o contrato de trabalho está em vigor, que ocasionam o impacto de parcelas vencidas e vincendas. Como também, quando a parte reclamante postula o direito ao pagamento de intervalos suprimidos, como se horas extras fossem, e não possui os controles de frequência que estão em poder exclusivo da parte reclamada. Esses exemplos demonstram a dificuldade que a parte reclamante tem em apresentar, com exatidão, os cálculos de seus pedidos. Logo, estabelecer padrões de honorários sucumbenciais desarrazoadamente restritivos e não abrangentes à categoria profissional abarca prejuízos que transcendem o individual e

afeta toda a advocacia, pela ausência de tratamento isonômico.

Passa-se a adentrar, neste momento, nas justificativas que fundamentaram o Projeto de Lei em foco. A primeira está sob o argumento de que, antes da Reforma Trabalhista, somente nos casos em que o reclamante estivesse assistido pelo seu sindicato, os honorários seriam cabíveis. No entanto, a tese desconsidera a condição do labor técnico e profissional exercido por (pela) advogado(a) particular, conforme demonstrado; e independentemente do valor da causa, a atuação ocorre com empenho e zelo para a proteção dos interesses individuais do jurisdicionado.

<sup>6</sup>BRAMANTE, Ivani Contini. Princípio da sucumbência. In: Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords.). Tomo: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suelly Gitelman (Coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/366/edicao-1/principio-da-sucumbencia>.

Acesso em: 02 ago. 2022.

<sup>7</sup>Os assuntos mais recorrentes no TST podem ser conferidos diretamente no site do Tribunal. Ver em: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Assuntos mais recorrentes – Estatística – TST. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntosmais-recorrentes>. Acesso em: 02 ago. 2022.

Outrossim, utiliza-se, como segunda justificativa, o fato de a inclusão do artigo 791-A na CLT, promovida pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, ter passado a estabelecer os honorários sucumbenciais para os casos em que a parte reclamante estivesse assistida por(pela) advogado(a) particular. Ocorre que tal previsão de recebimento de honorários sucumbenciais não fere o Estatuto da Advocacia nem mesmo a Constituição Federal, enquanto o PL nº 833/2022 restringe demasiadamente a possibilidade de arbitramento de honorários sucumbenciais de acordo com o valor da causa e viola o princípio constitucional da isonomia.

É importante ratificar que, no aspecto constitucional, verificou-se, pela decisão do STF, que aos beneficiários da gratuidade da justiça os honorários sucumbenciais serão suspensos, enquanto a condição econômica se mantiver. Assim, não pode ser cobrado os honorários sucumbenciais, tendo em vista a necessidade de resguardar à parte hipossuficiente o sustento de sua família. Dessa forma, percebe-se que o direito ao recebimento dos honorários somente pode ser modulado – e não completamente restrito – ante a outro direito igualmente protegido, qual seja, o de acesso à justiça pela tutela jurisdicional do Estado. Logo, não devem se admitidas restrições voltadas a privilegiar empresas, especialmente, destaque aquelas recorrentemente litigantes.

O Projeto de Lei nº 833/2022 avilta, ainda, o direito ao tratamento isonômico entre profissionais que atuam em ações com valores distintos nas causas. Em contraponto, denota-se que, independentemente do valor da causa e em qual rito processual estiverem ocorrendo as postulações, a advocacia atuará por meio da defesa técnica, com a demonstração por todos os meios de prova admitidos em lei. Por conseguinte, o(a) advogado(a) necessitará empenhar igual grau de exigência técnico-profissional, seja atuando em um caso com um valor da causa estimável ou em outro irrisório. Não há que se falar, portanto, na possibilidade de diferenciar o labor técnico de acordo com o valor da causa.

A advocacia, queira o valor da causa sendo cinco salários-mínimos ou mais, está a serviço da sociedade para assegurar aos cidadãos jurisdicionados a ampla defesa, o contraditório como devido processo legal, utilizando-se, para tanto, de todos os meios recursais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro.

Aduz-se, como terceira justificativa de propositura do PL nº 833/2022, que a adoção extensiva dos honorários de sucumbência na

Justiça do Trabalho gerou incentivo à litigância trabalhista. Ocorre que esse posicionamento não se sustenta conforme o direito baseado em evidências. A justificativa, anunciada no PL nº 833/2022, desconsidera os dados atuais, como, por exemplo, o apresentado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) que mapeou os impactos da Reforma Trabalhista depois de examinar uma amostra de 981 processos, distribuídos por 319 circunscrições, nas 24 regiões da Justiça do Trabalho no País e comprovou que, em apenas um ano após as alterações da CLT, houve uma redução de 19,5% na demanda de ações.

Além disso, o TST também apresentou informações no sentido de diminuição do volume de novas ações. Nesse sentido, notou-se uma redução de quase 800.000 ações quando comparados, no mesmo período, os ajuizamentos em 2017 e 2018. Ademais, as alterações relativas a aspectos processuais estão entre as principais consequências da Lei nº 13.467/2017 após um ano de sua vigência.

Ao contrário do que apresenta o PL nº 833/2022, o estímulo existente, na verdade, está na prática de descumprimento reiterado por parte dos empregadores aos direitos trabalhistas. Conforme analisado nos rankings de maiores empresas litigantes na Justiça do Trabalho, evidencia-se que, mesmo com a Reforma Trabalhista, mantém-se a identidade das empresas infratoras, não havendo mudança substancial no perfil da listagem.

O quarto argumento, utilizado como justificativa para a aprovação do PL nº 833/2022, estaria na necessidade de modernizar as relações de trabalho. Todavia, a atualização do Direito do Trabalho não pode prejudicar a sua própria essência. Desse modo, a modernização deve estar pautada nos seguintes aspectos: na prevalência dos Direitos Humanos; na observância dos patamares mínimos assegurados pela Constituição Federal; no cumprimento das Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, ratificadas pelo Brasil; e no combate à precarização das relações de trabalho. Eis os objetivos dos princípios gerais da atividade econômica sob a égide do sistema democrático brasileiro: a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa que tem, por fim, assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Por fim, o quinto argumento, utilizado para aprovação do Projeto de Lei nº 833/2022, estaria na aceitação da lógica da necessidade de ter uma Justiça do Trabalho menos onerosa aos cofres

públicos. Entretanto, tem-se que a finalidade da Justiça do Trabalho nunca foi a de gerar lucro, mas atender à classe trabalhadora que é historicamente vulnerabilizada face à submissão ao poder econômico empresarial, razão do histórico princípio da proteção ao trabalho.

Logo, para uma análise econômica menos custosa da Justiça do Trabalho, impõe-se a atuação dos atores institucionais responsáveis. Assim, o Estado deve aprimorar a atuação na fiscalização, para prevenção das questões trabalhistas mais recorrentes na Justiça do Trabalho, bem como assegurar condições de trabalho aos Auditores-Fiscais do Trabalho vinculados à Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), órgão do Ministério da Economia.

No mesmo sentido, espera-se do Tribunal Superior do Trabalho a fiscalização do cumprimento, pelos Tribunais Regionais, das decisões proferidas pelas Seção Especializada em Dissídios Individuais e Seção Especializada em Dissídios Coletivos, em função da reiterada violação de direitos trabalhistas por parte das empresas, especialmente, as reconhecidas como top litigantes. Deve-se possibilitar que a sociedade participe de conselhos diretivos, com direito a voto, com vistas a garantir, independentemente da modernização e das tecnologias dos meios de trabalho, o respeito aos Direitos Humanos frente a automação, seja em espaços como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Ministério do Trabalho e Emprego, CNJ, CNMP.

Igualmente, se faz necessário o fortalecimento dos sindicatos, porque, quando a Reforma Trabalhista retirou a obrigatoriedade da contribuição sindical, promoveu a fragilização econômica dos meios de organização da classe trabalhadora. Isso aconteceu para beneficiar os reiterados empregadores violadores de direitos humanos, porque as organizações sindicais mobilizam interesses coletivos, esclarecem demandas, contribuem criticamente no aperfeiçoamento das leis, na participação pelas audiências públicas, ações de inconstitucionalidade etc., assim exercem importante função de interesse público na representação da classe operária como no empoderamento para o exercício da cidadania ativa de trabalhadores e trabalhadoras.

Dentro dessas questões, é inaceitável a promoção de reformas que prejudiquem os avanços já alcançados, tendo em vista não ser essa a função do Direito do Trabalho para com os hipossuficientes, mas promover o acesso à justiça e, advocacia, a voz da cidadania na justiça trabalhista.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A restrição, promovida pelo STF quanto à cobrança dos honorários sucumbenciais na 5766/DF, garantiu a inexigibilidade às pessoas que permanecerem hipossuficientes pelo prazo legal. Assim, entende-se que a reforma, estabelecida pelo Excelso Pretório, atuou com razoabilidade e proporcionalidade para sopesar o acesso à justiça do hipossuficiente com a função social dos honorários sucumbenciais, sem incorrer em excessos restritivos, como o que pretende o Projeto de Lei nº 833/2022.

Na análise histórica, destacou-se como o poder constituinte originário assegurou à advocacia elevado patamar de atuação na defesa do interesse público, colocando-a como indispensável à administração da justiça, por garantir, dentro da República Federativa do Brasil, fundada no Estado Democrático de Direito, o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, com vistas à promoção do interesse público.

Por diferentes situações, verificou-se que o legislador analisou o tema do valor da causa e honorários sucumbenciais. No entanto, jamais o poder constituinte originário indicou a possibilidade de tratamento anti-isonômico no exercício das mesmas atribuições. Em uma análise sistemática, portanto, a legislação federal não pode estabelecer diferenciação da contraprestação econômica pelo valor da causa, garantindo o direito aos honorários sucumbenciais apenas aos profissionais que atuam naquelas ações que não ultrapassem cinco (5) salários-mínimos por violação ao princípio constitucional da isonomia. Assim, é de grave violação à Constituição e ao Estatuto da Advocacia a restrição que tenta se consubstanciar

em Projeto de Lei, como o analisado neste artigo.

O fundamento de que o valor da causa restringe a complexidade de trabalho não é verdadeira, porque, conforme analisado no rito sumaríssimo, dependendo da matéria, haverá necessidade de interposição de diversos instrumentos recursais, a fim de garantir a defesa processual dos interesses do jurisdicionado, como, por exemplo, a interposição do Recurso de Revista.

Ratificar a histórica contribuição da advocacia dentro da construção democrática é relevante para elevar o papel institucional do Instituto dos Advogados Brasileiros, bem como do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Há de se refletir, conseqüentemente, sobre a função social e de interesse público dos honorários sucumbenciais no âmbito das reclamações postuladas na Justiça do Trabalho, face à responsabilidade desempenhada pela advocacia, especialmente, no atendimento da parte reclamante ante os reiterados descumprimentos de Direitos Humanos em atividades empresariais.

Portanto, o PL nº 833/2022 vai na contramão da promoção do direito à igualdade e do acesso à justiça. Incorre em claro desmerecimento do labor da advocacia, quando vincula ao valor da causa o direito a honorários sucumbenciais de um patrono que atende o jurisdicionado. Ao restringir o pagamento dos honorários sucumbenciais, viola o princípio da isonomia, discriminando a atuação entre membros da advocacia pelo valor da causa, destinando a contraprestação econômica somente para casos em que o valor da daquela não ultrapasse cinco salários-mínimos.

Constatou-se, assim, que a finalidade da Justiça do Trabalho nunca foi gerar lucro, mas atender à classe trabalhadora que é historicamente vulnerabilizada devido à submissão ao poder econômico empresarial, razão do histórico princípio da proteção ao trabalho. Do mesmo modo, não consta na proposta legislativa nenhuma preocupação com a valorização à advocacia, nem mesmo com o combate à reiterada prática de violação de Direitos Humanos em atividades empresariais. Tal fato é observado na conferência do ranking das empresas mais litigantes no TST, do qual se percebe a recorrência das grandes corporações.

É, portanto, imperioso ressaltar que o Brasil está entre os países mais desiguais no mundo. Assim, não será pela concentração de renda de grandes empresas e com a fragilização das relações do trabalho, seja pelo aumento do emprego precário e do trabalho informal, que serão atingidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da Constituição Federal, um compromisso assumido com todo povo brasileiro.

Por todas as razões analisadas, entende-se que o Projeto de Lei nº 833/2022 ou qualquer tipo similar de reforma in pejus, em seus próprios fundamentos, não se sustentam, eis que geram tratamento discriminatório aos profissionais que deverão utilizar todos os meios técnicos e recursais para garantir a defesa com o devido processo legal. Como toda e qualquer atualização do Direito do Trabalho deve ser no sentido das necessidades sociais fundamentadas, não podem incorrer em violação ao texto constitucional, prejudicando os hipossuficientes, o acesso à justiça e o exercício da advocacia.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Eneal de Stutz e. **Ecossistema de Trabalho: O Instituto dos Advogados Brasileiros como referência na cultura jurídica nacional**. 2003. [Tese Doutorado] - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2003. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/66151>. Acesso em: 30 jul. 2022.

ARAÚJO, Eduardo Marques Vieira Araújo. **Movimentos sociais e a verdadeira valorização do trabalho sob a perspectiva constitucional**. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira; DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Patrícia Henriques (Coords.). **Trabalho e Movimentos Sociais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRAMANTE, Ivani Cortini. **Princípio da sucumbência**. In: Enciclopédia Jurídica da PUC-SP Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords.). Tomo: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus e Sueli Götzelman (Coord. de tomo). 1 ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.pucsp.br/verbete/369/edicao-1/principio-da-sucumbencia>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL nº 833/2022**. Institui a Política Nacional de Longo Prazo. Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2319314>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**: Brasília (DF), 13 de julho de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm). Acesso em: 29 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília (DF), 18 de novembro de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm). Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI nº 5760/DF**. Reitor: Luis Roberto Barroso. Brasília, 02 maio 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/adele.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **ADI nº 10378-28.2018.5.03.0114**. Relator: Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Diário Eletrônico da Justiça. Brasília, 14 fev. 2020. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm>.

do?consulta=1&numeroInt=52652&anoInt=2019. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Justiça do Trabalho. Assuntos no TST – Estatística**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Justiça do Trabalho. Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos**. 2018. Notícias do TST. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ranking das partes no TST**, 31 de março de 2023. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/ranking-das-partes>. Acesso em: 02 ago. 2022. nota

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB). **Cerca de 30 entidades apoiam nota do IAB contra declarações do presidente e embaixadores**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/noticias/cerca-de-30-entidades-apoiam-nota-do-iab-contra-declaracoes-do-presidente-e-embaixadores>. Acesso em: 07 ago. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reforma trabalhista gera novo perfil de ações e reclamantes**. Estudo mapeia e compara as mudanças ocorridas antes e depois da nova legislação. [s.d.]. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=39339&Itemid=2](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=39339&Itemid=2). Acesso em: 02 ago. 2022.

MASSALI, Fábio. **Temer diz que Reforma Trabalhista trará empregos e deixará país mais competitivo**. **Agência Brasil**, 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-07/temer-diz-que-reformatrabalhista-trara-empregos-e-deixara-pais-mais>. Acesso em: 30 jul. 2022.

PEREIRA, Tiago. **Rede Brasil Atual. "Reforma" trabalhista não criou empregos como prometido, diz estudo da USP**. **Brasil de Fato**, 2022. Disponível em: <https://www.brasildfato.com.br/2022/05/18/reforma-trabalhistanao-criou-empregos-como-prometido-diz-estudo-da-usp>. Acesso em: 30 jul. 2022.

SEVERO, Valdeir Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Manual da reforma trabalhista: pontos e contrapontos**. São Paulo: Senus, 2017.

SILVA, Homero Batista da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SOUZA, Gelson Amaro. **Valor da causa**. In: Enciclopédia Jurídica da PUC-SP Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (Coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (Coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopedia.juridica.pucsp.br/verbete/190/edicao-1/valor-da-causa>. Acesso em: 02 ago. 2022.

TEXEIRA, Mariane Oliveira et al. **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. São Paulo: UNICAMP/IE/CESIT, 2017. 328 p.

# A preservação da cadeia de custódia da prova penal colhida em rede social

## AUTORES



FABIANO PIMENTEL

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/IGC. Doutor e Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal da Universidade Federal da Bahia e da Universidade do Estado da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. ORCID: 0000-0002-1789-5504. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7922451287614596>. [fabiano@advfp.com.br](mailto:fabiano@advfp.com.br).



CATHARINA MARIA TOURINHO FERNANDEZ

Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS. Bacharela Interdisciplinar em Humanidades com ênfase em Estudos e em Direito pela UFBA. Membro do IBCCRIM. Advogada Criminalista. ORCID: 0000-0001-5437-9368. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7803911936424564>. [catharinafernandez@advfp.com.br](mailto:catharinafernandez@advfp.com.br)

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar criticamente a cadeia de custódia da prova penal colhida em rede social, especialmente no que se refere à manutenção de perfis online pelos acusados e à indicação da pessoa

ou órgão que tem o verdadeiro dever de preservação do material probatório colhido. Diante da inovação e atualidade da temática discutida, poucas produções foram encontradas sobre o mesmo assunto, contudo, sobre estas se realizou uma breve revisão bibliográfica

fundamentada no método dialético, aliada à análise crítica da prática processual penal, o que apontou a necessidade de os novos meios probatórios não se apartarem da concretização dos princípios penais constitucionais como a ampla defesa e a não autoincriminação.

**Palavras-Chave:** cadeia de custódia da prova penal; redes sociais; ampla defesa; não autoincriminação.

## INTRODUÇÃO

O avanço da tecnologia e a criação das múltiplas redes sociais trouxeram à baila implicações jurídicas, principalmente no âmbito probatório, que chamam atenção na prática forense por ser cada vez mais comum a utilização de “prints” e outros conteúdos digitais para comprovação da autoria e materialidade delitiva, subsidiando, assim, eventuais condenações.

Diante do surgimento desses novos instrumentos probatórios, faz-se necessário se debruçar sobre o tema a fim de que, por meio de uma análise crítica, lastreada em elementos e princípios processuais, alguns questionamentos venham a ser respondidos - ou, ao menos, suscitados.

Questão relevante que nasce da análise das redes sociais como elemento probatório se refere à cadeia de custódia da referida prova, bem como a quem se atribui o verdadeiro dever de manutenção da custódia probatória, tendo por base o princípio constitucional da não autoincriminação.

Posto de forma resumida, parece tratar-se de tema com alto grau de obviedade, uma vez que o princípio da não autoincriminação é difundido em larga escala na prática forense, de modo que se pode o acusado reservar-se ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Entretanto, no cotidiano da advocacia passou-se a observar o aparecimento de decisões sobre prisões preventivas consubstanciadas em fundamentos relacionados à supostas

destruições probatórias, pelo acusado, a partir da inativação dos seus perfis em rede social e da exclusão de arquivos armazenados, como se fosse seu dever manter a cadeia de custódia da prova já colhida pela autoridade policial.

Exemplo disso foi o julgamento do Habeas Corpus de número 5010560-05.2016.4.04.0000/PR, em que um dos motivos apresentados pelo Desembargador Relator para denegar a ordem e manter a prisão preventiva dos acusados foi exatamente a exclusão de uma conta no Dropbox.

Esse ponto já havia sido analisado pelo juízo de primeiro grau, que assim consignou:

*Na mesma data de cumprimento dos mandados de busca e apreensão expedidos nestes autos (22/02/2016), excluiu sua conta no Dropbox [...] sendo este um serviço de armazenamento e compartilhamento de arquivos na nuvem (“cloud computing”) possibilitando a sincronização de diversos aparelhos eletrônicos com a referida conta (celulares e computadores) [...] Considerando a data da providência, a medida tinha a finalidade provável de impedir o acesso das autoridades policiais ao conteúdo armazenado em nuvem junto aquele endereço eletrônico, já que a interceptação ou quebra de sigilo telemático é recursos usualmente empregado nas investigações policiais modernas. Em termos atuais, apagar os arquivos em nuvem equivale a destruir documentos que podem interessar à investigação. A conduta tomada por João Santana, de, em cognição sumária, promover a eliminação de arquivos eletrônicos, ou seja, destruir provas, indica risco à investigação ou à instrução caso seja colocado em liberdade. (BRASIL, 2016, grifo nosso)*

Ato contínuo, ao analisar o pedido de liberdade feito por meio do Habeas Corpus supracitado, o Desembargador explanou que:



*A prisão foi decretada, também, como forma de garantia à instrução do processo, já que a paciente e seu marido teriam excluído sua conta no Dropbox, possivelmente para impedir o acesso das autoridades às informações lá armazenadas. Esclareço que ainda que a conta do Dropbox aparente ser de João Santana, a prova dos autos deixa claro que Monica participava de todos os negócios do marido, razão pela qual não pode ser afastada a consideração do magistrado acerca da prova [...] Assim, havendo indicativos de destruição de provas, o risco à instrução do processo subsiste, isto sem falar na ordem econômica e social, que poderiam ser invocadas [...] Por todo o exposto, presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria e, ainda, havendo risco concreto à ordem pública, pela reiteração da conduta, e à instrução do processo, pela possível destruição de provas, cabível, por ora, a manutenção da prisão preventiva do paciente. (BRASIL, 2016)*

Conforme se vislumbra, a exclusão e a suposta destruição de supostas provas, ainda no bojo da investigação policial, foi um dos argumentos suscitados para a decretação e manutenção da prisão preventiva dos acusados.

De fato, é importante destacar que o início da persecução penal em âmbito judicial é precedido por atos investigatórios, sigilosos, perpetrados no bojo dos Inquéritos Policiais. Está-se diante de investigação prévia e sigilosa, na qual são colhidos os mais diversos elementos probatórios, inclusive aqueles oriundos das redes sociais. São incontáveis “prints”, “downloads”, dentre outros conteúdos digitais utilizados pela Autoridade Policial e, posteriormente, pelo Órgão Ministerial para consubstanciar a justa causa para a Ação Penal a ser deflagrada.

Após a finalização da investigação sigilosa, em regra, vê-se a publicização da operação policial, dos elementos probatórios colhidos durante este período bem como dos atos delituosos imputados aos investigados. Soma-se a isso a difusão, cada vez mais constante, das informações processuais penais pela mídia, o que gera repercussão em cenário nacional, aumentando largamente a vulnerabilidade do sujeito submetido ao braço punitivo estatal, o qual deveria ser considerado presumidamente inocente, por determinação Constitucional expressa.

A reação dos indivíduos cujas redes sociais são utilizadas em seu desfavor, como suposta prova da materialidade delitiva, mas igualmente como palco para os mais esdrúxulos julgamentos, em primeira análise, poderia ser a desativação dos seus perfis públicos, a exclusão de conteúdo ou até o cancelamento total das contas virtuais,

evitando-se, assim, a continuidade do escárnio público por ele suportado.

A pergunta que permeia o tema ora debatido refere-se à obrigação, por parte do acusado, de manter as suas redes sociais intactas, sob a alegação de tratar-se de material probatório e vestígios da prática delituosa, mesmo que tais elementos já tenham sido colhidos quando da condução sigilosa das investigações, transferindo ao réu o dever de manter íntegra a cadeia de custódia da prova já colhida pelo órgão ministerial.

Deparamo-nos, na práxis, com decretos de prisão preventiva que, dentre outros temas, veiculava o fato de ter o acusado desativado a sua rede social como destruição de provas no curso da investigação, valorando-o de forma negativa e prejudicial, sendo, portanto, utilizado como fundamento do edito prisional, desconsiderando, por completo, o direito a não autoincriminação, bem como o detentor do dever de manter íntegra a cadeia de custódia da prova colhida em investigação policial, qual seja, o Estado.

Poderia o acusado ser preso provisoriamente por ter desativado as suas redes sociais, sendo elas consideradas vestígios do crime? Cabe ao Réu o dever de manter íntegra a prova colhida unilateral e previamente pela Autoridade Policial?

A cadeia de custódia da prova penal é “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes” e se inicia com a identificação dos vestígios da infração delituosa, como depreende-se da análise do art. 158-A do CPP. Ora, cabe, então, àquele que coletou os vestígios, ou seja, ao

Estado, através dos seus agentes, manter a integralidade dos referidos procedimentos, documentando, tão logo encontrados, todos os vestígios da infração penal.

Uma vez documentados os vestígios, cabe ao Estado resguardar a integralidade e a autenticidade do conteúdo probatório colhido, desde a sua coleta até a análise judicial, procedimento este que é finalizado com o armazenamento/arquivamento da prova colhida.

Assim, assevera a doutrina ser obrigação do Estado garantir que as provas obtidas no curso das investigações criminais sejam devidamente armazenadas, custodiadas e periciadas, possibilitando, assim, o contraditório diferido sobre elas (MENEZES; BORRI; SOARES, 2018).

Quando se está diante, por exemplo, de um crime de homicídio, a autoridade policial, cumprindo a determinação legal expressa, fará o isolamento e a preservação do local da infração e procederá a coleta de provas e exames periciais. Após a documentação de todos os elementos probatórios colhidos no local, a área é liberada, não sendo necessária a manutenção de constrições futuras e perpétuas no local. Trata-se, igualmente, da lógica utilizada para restituição de bens apreendidos, como se extrai da norma inscrita no art. 118 do CPP.

Não há motivos para tratar de forma diversa a prova colhida em âmbito virtual, não se podendo exigir que o acusado continue a produzir prova contra si mesmo, mantendo intactos os seus perfis online, por constituírem vestígios de infração penal que já foram catalogados em investigação prévia, quiçá imputar-lhe eventual prisão

cautelar com fundamento em destruição de material probatório que não mais interessa ao processo, uma vez que devidamente colhido e armazenado.

Leciona o autor Carlos Edinger que é dever do estado e direito do acusado identificar concretamente os elos que compõem a cadeia de custódia de um vestígio que, eventualmente, será considerado uma prova (EDINGER, 2016, P. 243). Ou seja, não cabe ao acusado o dever de preservar a cadeia de custódia de vestígios já colhidos e armazenados pela autoridade policial, de modo que a sua participação se restringe ao direito de identificar cada elo que compõe a cadeia de custódia da prova colhida, mas jamais assumir, sozinho, o ônus de mantê-las intactas.

Caso contrário, se estaria diante de verdadeira inversão do dever de manter intacta a cadeia de custódia da prova acusatória, colhida pelo Estado investigador, dessa vez com sanções gravíssimas à liberdade do acusado.

No campo de utilização das provas digitais, as tecnologias introduzidas parecem assegurar o acesso à realidade como um objeto autônomo de conhecimento, desvinculado do sujeito e da subjetividade, como se a utilização de elementos colhidos digitalmente fosse capaz de garantir a obtenção da verdade real e inconteste, o fato em si mesmo, de modo que, levando-se em consideração tal perspectiva, a contradição da prova judicialmente ou o exercício de direitos fundamentais como a não-autoincriminação, contaminaria a “verdade”, seria veículo de impurezas com destino à impunidade. (PRADO, 2019, p.150).

A realidade como objeto autônomo de conhecimento refere-se ao fato de que a transformação proporcionada pela inovação tecnológica e pela criação das redes sociais, altera a relação espaço versus tempo, criando a ilusão de simultaneidade (PRADO, 2019, p.152), de perpetuação do presente, o que atribui à prova colhida online a característica

de reflexo atual do crime, do que se pode considerar um estado perene de flagrância, garantindo, assim, a sua preponderância sobre as demais provas, bem como aos direitos fundamentais e ao exercício da defesa, pois seria capaz de transmitir o que se entende por “verdade real”.

A prova digital obtida no bojo de investigações policiais sigilosas parece ganhar um grau valorativo elevado e preponderante sobre as demais, como se pudesse, por si só, constatar a ocorrência do próprio crime, do fato em si, de forma perene e simultânea à investigação, sendo colhida unilateralmente e sem o crivo do contraditório, para assegurar a sinceridade/credibilidade da prova acusatória, violada quando do exercício da defesa, que se limitaria a interpretações e debates sobre os seus significados, já desacreditada pela valoração preponderante da prova obtida eletronicamente.

Quer-se dizer, portanto, que o exercício da defesa, no seu sentido amplo, passa a ser encarado, não como direito fundamental constitucionalmente protegido e pilar do Estado Democrático de Direito, mas como mácula à preponderância da prova colhida no meio digital, como veneno à veracidade inconteste dos elementos probatórios obtidos online, sem o exercício do contraditório, sem o conhecimento do investigado, tornando-se um empecilho ao discurso eloquente sobre a existência da infração e a demonstração inconteste de sua autoria, com a única função de consubstanciar a convicção punitiva que permeia a fase investigatória preliminar (PRADO, 2019, p.154).

Mas não só isso. Além de não ser refutável por sua característica de perenidade e simultaneidade, a prova digital ganha relevância tão expressiva que passa a ser dever do acusado garantir a sua integralidade, a preservação do seu estado de constância, ainda que, para tanto, tenha que abdicar do seu direito de não autoincriminar-se, sob pena de ter a sua liberdade constrita por “destruição” de prova

já colhida, catalogada e ainda existente no bojo da investigação, exclusivamente por ter cessado a disponibilização infinita e sempre atual da prova veiculada em rede social.

Ora, a consequência para a quebra da cadeia de custódia da prova penal pelo aparato estatal é o seu desentranhamento dos autos, tendo em vista a ilicitude da prova. Entretanto, uma vez distribuído ao acusado o ônus de preservar a prova colhida pelo órgão Acusador em seu desfavor, não apenas se está diante de violação expressa ao princípio da não autoincriminação, como pune-se o autor do fato, com privação de liberdade, como consequência imediata da quebra da cadeia de custódia, utilizando-se como fundamento para tanto suposta destruição de provas no curso da investigação penal.

O princípio da não autoincriminação não se exaure no direito ao silêncio, mas também impede o acusado de ser compelido, compulsoriamente, a produzir ou contribuir com a formação de prova contrária ao seu interesse (PACELLI, 2017, p. 21), portanto, utilizar a inativação de perfis em redes sociais como fundamento para prisão no curso do processo, sob alegação de destruição de provas, nada mais é do que compelir, de forma compulsória, o acusado a permanecer, irrestritamente, produzindo e contribuindo para formação de elementos probatórios prejudiciais à sua defesa sob pena de ver constrita a sua liberdade.

Impor ao réu o dever de manter suas redes sociais, quando da sua análise podem-se extrair provas contrárias aos seus interesses processuais, ou, até mesmo, provas que possam levar à sua condenação é uma flagrante ofensa ao princípio da não autoincriminação. O discurso de que o réu deve manter provas que o incriminem, ou fornecer senhas para o acesso das suas redes sociais, com ameaça de prisão preventiva é uma grave ofensa ao sistema acusatório. Com isso não estará o acusado colaborando com a obstrução da justiça, mas apenas exercendo o seu sagrado direito à ampla defesa.

#### REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Habeas Corpus nº 5010560-05.2016.4.04.0000/PR**. Impetrante: Daniel Paulo Fontana Bragagnollo. Impetrado: Ministério Público Federal. Relator: João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, RS. 08 de março de 2016. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selfForma=NU&txtValor=5010560-05.2016.4.04.0000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&istema=&txtChave=&seq=](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selfForma=NU&txtValor=5010560-05.2016.4.04.0000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&istema=&txtChave=&seq=). Acesso em: 20 fev. 2023

MENEZES, I. A. de; BORRI, L. A.; SOARES, R. J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos

no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 277–300, 2018. DOI: 10.22197/rtdpp.v4i1.128. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/128>. Acesso em: 11 ago. 2022.

EDINGER, Carlos. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 120, p. 237-257, mai-jun./ 2016.

PRADO, Gerardo. **A cadeia de custódia da prova no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2019.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulos: Atlas, 2017.

# A regra da tipicidade e o novo regime da improbidade administrativa no Brasil<sup>8</sup>



ALEXANDRE DA SILVA MEDEIROS SANTOS

## AUTORES

Especialista em Direito Público. Graduado em Direito pela UFBA. Professor de Direito Administrativo em cursos de pós-graduação (UCSAL, Faculdade Baiana, JUS 21). Ex-professor da graduação em Direito da Faculdade Ruy Barbosa. Membro da Diretoria do Tribunal de Ética da OAB/BA e da Comissão de Admissibilidade Prévia (CAP) da OAB/BA. Coautor dos livros: Lei de Improbidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92, Ed. Método, e Lei 8.666/1993 - Esquematizada, 2ª ed., Ed. Método. Ex-subprocurador-geral municipal. Advogado. Endereço eletrônico: alexandremed@uol.com.br

## RESUMO

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, impõe a necessidade de uma releitura do princípio da tipicidade, a partir da análise da natureza jurídica da sanção por ato de improbidade administrativa e o seu enquadramento no campo do Direito Administrativo Sancionador, de modo a afastar interpretações que permitam a tipificação do ato ímprobo em normas extremamente abertas, como já é repellido no âmbito do Direito Penal.

**Palavras-Chave:** Lei de Improbidade Administrativa. Tipicidade. Direito Administrativo Sancionador.

## INTRODUÇÃO

A determinação expressa de aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema da improbidade disciplinado pela Lei n. 8.429/1992, com a redação dada pela Lei

n. 14.230/2021<sup>9</sup>, impõe ao intérprete a necessidade de redimensionar a importância da regra da tipicidade<sup>10</sup>. É preciso compreender a relação da tipicidade com o princípio da legalidade e como instrumento de combate ao arbítrio judicial. Com esse intuito, é necessário

analisar a natureza jurídica da sanção por ato de improbidade administrativa, pois a conclusão será utilizada como fundamento para a defesa da plena aplicação da tipicidade no âmbito de sistema jurídico de combate à improbidade administrativa no Brasil.

## A natureza jurídica da sanção por ato de improbidade administrativa e o direito administrativo sancionador

O Ministro Benedito Gonçalves, do Superior Tribunal de Justiça, em artigo escrito em coautoria com Renato César Guedes Grilo, conceitua o Direito Administrativo Sancionador (DAS) como a expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado.

O direito europeu, conforme ensina Fábio Medina Osório, é um sólido espaço de referências teóricas válidas sobre o Direito Administrativo Sancionador (DAS), pois é na Europa que o DAS recebeu sua teorização inaugural. Neste mesmo sentido, ensinam José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti que o DAS, enquanto ramificação jurídica, já desenvolvido com maturidade científica, doutrinária e jurisprudencial em

determinados países europeus (destaque para Espanha – indicada como berço do Direito Sancionador –, Portugal, França, Itália e Alemanha), vem desde 1988 recebendo atenção doutrinária contínua e crescente da doutrina publicista brasileira atual. A discussão acerca do Direito Sancionador se desenrola, primordialmente, no campo da Ciência do Direito Penal e do Direito Administrativo.

A natureza da sanção administrativa é elemento central para o estudo e identificação do DAS. Assim, alguns autores que se lançaram na empreitada de estudar com profundidade a natureza da sanção administrativa muito contribuíram, sem dúvida, para o desenvolvimento do DAS no Brasil. Podem ser citados, a título de exemplo, em ordem cronológica dos estudos, os doutrinadores Nelson Hungria (1945), Régis Fernandes de Oliveira

(1985), Edilson Pereira Nobre Júnior (2000)<sup>7</sup>, Daniel Ferreira (2001), Heraldo Garcia Vitta (2003), Celso Antônio Bandeira de Mello (2003)<sup>11</sup> e Alice Voronoff (2019). Vale registrar que muitos destes trabalhos sofreram influência das lições de Carlos Ari Sundfeld e Celso Antônio Bandeira de Mello, tanto que este último chegou a ser homenageado com obra de autoria coletiva, coordenada por José Roberto Pimenta Oliveira e intitulada *Direito Administrativo Sancionador* (2019)<sup>12</sup>, que contou com trinta artigos de eminentes juristas.

Especificamente sobre o Direito Administrativo Sancionador, podem ser citados, ainda, os juristas Rafael Munhoz de Mello (2007), Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia (2011) e, mais recentemente, Rebecca Féo (2021) e Sandro Lúcio Dezan (2021), este último utilizando uma acepção mais ampla (Direito

<sup>8</sup>O presente artigo corresponde, em linhas gerais, a um recorte de um trabalho do autor, ainda no prelo, intitulado "Tipicidade e improbidade administrativa: inconstitucionalidade do caráter exemplificativo dos arts. 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992", que deverá ser publicado em obra de autoria coletiva e tratará do tema com maior extensão e detalhamento.

<sup>9</sup>Especialista em Direito Público. Graduado em Direito pela UFBA. Professor de Direito Administrativo em cursos de pós-graduação (UCSAL, Faculdade Baiana, JUS 21). Ex-professor da graduação em Direito da Faculdade Ruy Barbosa. Membro da Diretoria do Tribunal de Ética da OAB/BA e da Comissão de Admissibilidade Prévia (CAP) da OAB/BA. Coautor dos livros: Lei de Improbidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92, Ed. Método, e Lei 8.666/1993 - Esquematizada, 2ª ed., Ed. Método. Ex-subprocurador-geral municipal. Advogado. Endereço eletrônico:

alexandremed@uol.com.br

Lei n. 8.429/1992: Art. 1º: § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

<sup>10</sup>Optou-se, neste trabalho, pela referência à tipicidade na qualidade de regra, e não princípio (como é normalmente considerada). Tal diferenciação, contudo, dada extensão do presente texto, não será esmiuçada nesta ocasião.

<sup>11</sup>O Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello, incluiu, a partir de 16ª edição do seu clássico *Curso de Direito Administrativo*, em 2003, capítulo específico para o estudo das "Infrações e Sanções Administrativas".

<sup>12</sup>*Direito administrativo sancionador: estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello* / José Roberto Pimenta Oliveira (coordenador). - São Paulo: Malheiros, 2019.

Público Sancionador), a partir da conclusão de haver um sistema maior que engloba os demais ramos do direito punitivo estatal, formado por linhas normativas basilares da lógica sancionadora do Estado.

No âmbito do STF, o específico campo do Direito Administrativo Sancionador também já foi objeto de ponderação por vários Ministros.

Na Rcl 41557, o Relator, Min. Gilmar Mendes, consignou em seu voto, em 15/12/2020, que **“A ação civil de improbidade administrativa trata de um procedimento que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do jus puniendi estatal e do sistema criminal.** Nesse sentido, considera-se *“a lei de improbidade administrativa uma importante manifestação do direito administrativo sancionador no Brasil”* (OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador. 2012. p. 190)” (destaques do original). Continuou o Min. Gilmar Mendes argumentando, com base na doutrina de Ana Carolina Carlos de Oliveira e na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que o direito administrativo sancionador seria um autêntico subsistema da ordem jurídico-penal, pertencente, portanto, ao sistema penal em sentido lato, e que a unidade do *ius puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o Direito Administrativo Sancionador.

Seria possível explicitar, ainda mais, o esforço da doutrina e da jurisprudência na construção do entendimento segundo o qual a natureza jurídica do DAS abrange, entre outras, a Lei 8.429/92 (LIA). Contudo, considerando que a nova LIA, em seu art. 1º, § 4º, já contém dispositivo expresso neste sentido, tal tarefa parece ser desnecessária.

Sem dúvida, a determinação legal constante do novo art. 1º, § 4º, da LIA, decorreu da compreensão do legislador acerca da premissa conceitual de sanção

administrativa material construída na obra de Fábio Medina Osório, segundo a qual a definição de sanção administrativa ultrapassa o conceito meramente formal de Direito Administrativo, passando a permitir que o legislador outorgue ao Poder Judiciário a tarefa de reprimir ilícitos e aplicar sanções de Direito Administrativo. Ou seja, a sanção administrativa não tem mais no polo sancionador apenas a Administração Pública, mas também o Poder Judiciário.

Fábio Medina Osório é expresso ao afirmar que “as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 são sanções de Direito Administrativo e, portanto, de Direito Administrativo Sancionador é que se trata esse instrumental, conquanto manejado pelo Poder Judiciário, através de um incomum processo punitivo”.

O novo conceito de sanção administrativa, passível, agora, de ser aplicada pelo Poder Judiciário, gerou uma ruptura com o paradigma clássico da doutrina administrativista brasileira, trazendo à baila um conceito de direito administrativo substantivo (não mais formal), prescindindo da presença formal da Administração Pública no polo sancionador. Essa nova concepção produziu uma implicação lógico-jurídica entre o Direito Administrativo Sancionador (DAS) e o Direito Penal (DP), de modo que, por simetria, passou a ser possível a aplicação dos princípios penais às ações de improbidade administrativa.

Parcela expressiva da doutrina entende que não há diferença ontológica entre as sanções administrativas e penais. Assim, malgrado o campo da improbidade administrativa, mesmo que seja considerado integrante do DAS, e o do Direito Penal não sejam coincidentes, de há muito se reconhece a íntima relação entre eles. Marçal Justen Filho, doutrinador integrante da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto da Lei 14.230/21, já afirmava, nas edições iniciais de sua obra, no primeiro decênio dos anos 2000, que o “sancionamento à improbidade administrativa apresenta natureza complexa, mas com forte conotação penal”.

Além do novo § 4º do art. 1º da Lei n. 8.429/1992, o seu art. 17-D, caput, incluído pela Lei n. 14.230/2021<sup>16</sup>, também deixa evidente que a ação de improbidade administrativa tem caráter repressivo e integra o regime de direito sancionatório.

Afirma Marçal Justen que “há uma forte carga penal, uma vez que as sanções têm cunho punitivo, traduzindo a repressão a condutas reputadas como dotadas da mais elevada gravidade, que compreendem inclusive a indisponibilidade patrimonial. (...) A improbidade é não apenas administrativa, nem somente penal, mas um instituto administrativo-penal-civil. Essa linha de entendimento foi adotada no âmbito do STF, tal como se extrai da decisão adotada na Reclamação n. 2.138, em que longamente se examinou a natureza jurídica do sancionamento à improbidade. Ainda que se tenha feito alusão à ação civil de improbidade, ficou evidente a submissão do instituto também às normas próprias do direito penal”<sup>17</sup>.

Assim, ainda de acordo com Marçal Justen Filho, seria possível concluir que “todo o regime de direito penal se aplica a propósito de sanções de natureza administrativa e penal. Por isso, será inválida a aplicação do regime de improbidade sem respeito ao princípio da tipicidade penal, por exemplo. As sanções devem ser norteadas pelo princípio da proporcionalidade”.

Por isso, será inválida a aplicação do regime de improbidade sem respeito ao princípio da tipicidade penal, por exemplo. As sanções devem ser norteadas pelo princípio da proporcionalidade”.

Por sua vez, ensinam Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia que, embora não exista uma identidade absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, deve ser reconhecida a existência de um núcleo principiológico orientador do poder estatal que toca ao exercício do seu poder punitivo e este, por sua vez, integra tanto o DAS

<sup>13</sup>Luis Roberto Barroso (MS 32201, j. 21/03/2017), Luiz Fux (ACO 2829 Agr. j. 29/09/2017; ACO 3191 Agr. j. 03/04/2020; ADI 5852, j. 24/08/2020; RE 633782, j. 26/10/2020), Teori Zavascki (Pet 3240 Agr. j. 15/05/2018), Edson Fachin (ADI 3863, j. 20/09/2018), Marco Aurélio (MS 35908, j. 26/11/2019; ADI 3951, j. 29/05/2020), Gilmar Mendes (ADI 6032, j. 05/12/2019; Rcl 41557, j. 15/12/2020), Cármen Lúcia (ADI 6031, j. 27/03/2020).  
<sup>14</sup>BRASIL. STF. Rcl 41557. Relator: Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 15/12/2020.

<sup>15</sup>Art. 1º, § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

<sup>16</sup>Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o

controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.”

<sup>17</sup>Mesmo que, posteriormente ao julgamento da Rcl 2.138, em 13/06/2007, o STF tenha passado a entender que os “agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade” (STF, Pet 3240 Agr. rel. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso, Pleno, j. 10/05/2018), tais ponderações não invalidam as considerações feitas anteriormente acerca da necessidade de observância de garantias penais nos processos de improbidade administrativa.

quanto o DP. Por via de consequência, continuam os referidos autores, diante desse cenário e da imperiosa necessidade de proteção dos direitos dos cidadãos, a CF/88 assegurou às pessoas um conjunto de princípios garantísticos de contenção do poder punitivo estatal, independentemente de a sanção ser aplicada pelo Estado Administração ou pelo Estado Juiz.

Integram esse núcleo principiológico constitucional do poder punitivo estatal, p. ex., as garantias consagradas na CF/88, em seu art. 5º, incs. XXXIX (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”), XL (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”); XLV (“nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”), LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

## A regra da tipicidade e a “nova” lei de improbidade administrativa

Expõe Raquel Carvalho, Procuradora do Estado e Mestre em Direito Administrativo pela UFMG, que parcela expressiva da doutrina defende a “aplicação do princípio da legalidade estrita às sanções administrativas, afirmando a necessidade de a lei estabelecer, com clareza e segurança, a conduta ilícita e os limites das respectivas sanções. Trilham esse caminho, entre outros, Carlos Ari Sundfeld, Marçal Justen Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Edilson Nobre Jr. e Daniel Ferreira”.

Assim, no mesmo sentido acima, Daniel Ferreira, Professor Titular de Direito Administrativo da UNICURITIBA, Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra e Doutor e Mestre em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela PUC/SP, ensina que “não há dúvidas de que a conduta ensejadora de sancionamento administrativo deve ter sido previamente ‘tipificada’. A razão é simples: somente se pode exigir comportamento diverso daquele

Oportuna, ainda, a lição de Geraldo Ataliba, segundo a qual “cientificamente, não há distinção possível entre a matéria tributária e a administrativa, porque ontologicamente os respectivos sistemas de normas obedecem ao mesmo regime, informam-se pelos mesmos princípios gerais e adotam as mesmas categorias e institutos gerais. (...) É válido aqui, como alhures, onde haja direito, porque conceito lógico-jurídico.”

Portanto, se não há distinção científica ontológica entre a matéria tributária e a administrativa e elas são informadas pelos mesmos princípios gerais e adotam as mesmas categorias e institutos gerais, então, também por este motivo, deverá incidir no âmbito do DAS e da improbidade administrativa o princípio da tipicidade e o caráter *numerus clausus*.

Em momento de brilho, o STJ, no julgamento do REsp 704570, em 17/05/2007, com base no voto vencedor do então Ministro Luiz Fux e lastreado na obra de Fábio Medina Osório, julgou que

previamente estabelecido como proibido (por ação ou omissão) e, pois, somente é sancionável o comportamento (‘voluntário’) distinto daquele normativamente almejado”.

Vale citar, ainda, os professores Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia, os quais, registrando a lição de Fábio Medina Osório, expõem, com acerto, que “sem a garantia da tipicidade, os cidadãos atingidos ou potencialmente afetados pela atuação sancionatória ficariam expostos às desigualdades, a níveis intoleráveis de riscos de arbitrariedade e caprichos dos Poderes Públicos. Daí porque o princípio é fundamental para delimitar o campo mínimo de movimentação dos Poderes Públicos”.

Fábio Medina Osório, em sua obra monográfica pioneira sobre o tema Direito Administrativo Sancionador no Brasil, desde o ano 2000, defende que “Nenhuma sanção, ainda que de caráter disciplinar, pode ser aplicada ao total arrepio da

o “direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais (Fábio Medina Osório in ‘Direito Administrativo Sancionador’, RT, 2000)”.

Em recente acórdão do STF, de relatoria do Eminentíssimo Min. Gilmar Mendes, cujo julgamento ocorreu em 7.12.2020<sup>19</sup>, acentuou-se, firme nas lições de Nelson Hungria, que a doutrina destaca a extensão das garantias da pena às sanções administrativas, reconhecendo o vínculo entre essas duas esferas do poder sancionatório estatal.

Dessa forma, considerando a unidade do sistema punitivo, consoante defendido, também, por Sandro Lúcio Dezan, em obra específica sobre o tema intitulada “Uma Teoria do Direito Público Sancionador: Fundamentos da Unidade do Sistema Punitivo”, é imperioso reconhecer a regra da tipicidade, com forte fundamento constitucional, no âmbito da definição do ilícito de improbidade administrativa.

legalidade, da tipicidade, da culpabilidade, da pessoalidade, da individualização da pena, da presunção de inocência, da proporcionalidade, da razoabilidade e da interdição de arbitrariedade sem o respeito ao direito de defesa”. Continua o mencionado autor afirmando que “Nenhuma medida disciplinar pode prescindir dessas fundamentais garantias porque sua submissão aos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador é imperiosa. Lamentavelmente, nem sempre tais comandos são observados pela Administração Pública, que confunde relação de especial sujeição com arbítrio”.

No mesmo sentido acima, Gustavo Binenbojm, Mestre e Doutor em Direito Público, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, de há muito, ensina que o poder punitivo da Administração deve encontrar fundamento e limite na sistemática constitucional de maneira semelhante àquela estabelecida no Direito Penal,

<sup>19</sup>STF, ADI 2975, Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 07/12/2020, PUBLIC 04-02-2021. Do voto do relator, oportuno ressaltar a seguinte passagem: “Ao tratar das semelhanças entre os ilícitos penais e administrativos, Nelson Hungria destacava que ‘a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico’ (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. p. 24). Para o autor, ‘não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência

ou de oportunidade, afeitos à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço’ (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. p. 24). Com base nesse entendimento, defende Hungria que a diferença entre as sanções administrativas e penais é de quantidade ou grau, ou seja, na maior ou menor gravidade de uma em cotejo com a outra, de modo que o ilícito administrativo seria um *minus* em relação ao ilícito penal (HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. p. 24)” (destaque do original).

aplicando-se, por conseguinte, ao regime disciplinares diversas garantias, entre elas o princípio da legalidade, sob o viés da tipicidade (art. 5º, LIII, LIV e LV).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no entanto, numa visão há muito ultrapassada pela doutrina mais moderna, defende a incidência do princípio da atipicidade no âmbito dos processos administrativos. Contudo, a própria autora observa que essa atipicidade só estaria presente quando permitida pela própria lei administrativa, o que, segundo a autora, não acontece, p. ex., com o Código de Trânsito Brasileiro, no qual é exigida plenamente a tipicidade.

Além disso, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em elogiável e costumeiro exemplo de honestidade intelectual, consigna expressamente em sua obra que a “grande maioria da doutrina defende, hoje, o princípio da tipicidade na esfera administrativa, como decorrência do princípio da legalidade e aplicação analógica do princípio do direito penal, segundo o qual não existe crime nem pena sem lei que o preveja (nullum crimen, nulla poena lege)”.

Observe-se, no entanto, que já em 1978, Alberto Xavier observou que “também no Direito Administrativo – e ver-se-á que menos justificadamente – se tem procurado ligar a regra da legalidade da Administração com a da tipicidade, ora fazendo da primeira espécie da segunda, ora transformando esta em corolário daquela.”

A própria Lei n. 8.429/1992, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, prevê expressamente a necessidade de observância da regra da tipicidade em diversos dispositivos<sup>20</sup>.

Desse modo, não é possível conceber que uma imputação de improbidade seja “tipificada” diretamente no *caput* dos arts. 9º ou 10, justamente, pelo fato de que não há ali qualquer conduta especificamente tipificada.

Vale registrar que no julgamento do Tema 1199 pelo STF (ARE 843.989), concluído em 18/8/2022, que definiu as teses referentes à (ir)retroatividade da Lei n. 14.230/2021 (“nova” LIA), o Ministro relator Alexandre de Moraes, embora com algum temperamento, consignou em seu voto, o qual restou vencedor, a necessidade de observância da tipicidade, no sentido “(d)a necessidade de apontar os fatos e imputações de cada um dos réus, mesmo que não se exija a mesma rigidez de tipicidade do campo do Direito Penal, sempre foi exigência legal”. Assim, como é possível constatar, o citado Ministro também relacionou a exigência de tipicidade ao princípio da legalidade.

Diante da necessidade inafastável de observância da regra da tipicidade no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e estando o sistema de improbidade administrativa inserido no

DAS, não há admitir, portanto, a validade de tipos indefinidos de improbidade, cuja concretização e definição ficará, em cada situação, a cargo exclusivamente da autoridade judicial, com todos os efeitos deletérios que podem decorrer do arbitrio judicial, fenômeno esse que, infelizmente, tem, nos últimos tempos, se alastrado velozmente no Brasil.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo regime legal da improbidade administrativa decorrente da Lei n. 14.230/2021 realça o papel dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, entre eles o da tipicidade (regra da tipicidade). Apesar de funcionar como importante reforço argumentativo, tratando-se a tipicidade de uma exigência constitucional, decorrente do princípio da legalidade, o seu caráter imperativo deve ser reconhecido mesmo antes da edição da novel legislação.

Por conseguinte, o enquadramento da suposta conduta ímproba, diante da regra da tipicidade, não se coaduna com tipos abertos ou cláusulas gerais, de forma que não devam ser entendidas como adequadas ao regime jurídico da improbidade administrativa interpretações que permitam o enquadramento de uma conduta como ato de improbidade a partir de normas abertas, o que acontece quando se pretende enquadrar a suposta conduta ímproba exclusivamente no *caput* dos arts. 9º ou 10 da Lei n. 8.429/1992, ainda que ela não possa ser enquadrada em algum dos incisos dos referidos artigos.

## REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.  
BINENBOUM, Gustavo. O Direito Administrativo Sancionador e o Estatuto Constitucional do Poder Punitivo Estatal. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial), 2014.  
CARVALHO, Raquel. *Direito sancionador: resolvendo a reserva legal, tipicidade, discricionariedade e vinculação*. 02 mar. 2021. Disponível em: <<http://raquelcarvalho.com.br/2021/03/02/direito-sancionador-resolvendo-a-reserva-legal-tipicidade-discricionariedade-e-vinculacao/>>. Acesso em: 30 jun. 2022.  
DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma Teoria do Direito Público Sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.  
FÉO, Rebecca. *Direito Administrativo Sancionador e os Princípios Constitucionais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.  
FERREIRA, Daniel. *Infrações e sanções administrativas*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: PUC-SP. 2017. Disponível em: <<https://enciclopediadjuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>>. Acesso em: 30 jun. 2022.  
FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.  
FERREIRA, Daniel. *Infrações e sanções administrativas*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zocoun, Carolina Zancaner Zocoun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediadjuridica.pucsp.br/verbete/107/edicao-1/infracoes-e-sancoes-administrativas>>. Acesso em: 30 jun. 2022.  
GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério. *Improbidade Administrativa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.  
MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988*. *Revista Estudos Institucionais*, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>>. Acesso em: 30 jun. 2022.  
HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945.  
JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.  
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.  
MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.  
NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flávio Amaral. A Criminologia no Direito Administrativo Sancionador. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=702>>. Acesso em: 30 jun. 2022.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções administrativas e princípios de direito penal*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan./mar. 2000.  
OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinora Adelaide Musetti Grotti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020.  
OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *A retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador e a reforma da lei de improbidade pela lei 14.230/2021*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/11/08/reforma-da-lei-de-improbidade/>>. Acesso em: 30 jun. 2022.  
OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: RT, 1985.  
OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 6/7; HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, seleção histórica - 1945 - 1995, p. 15; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 898; VITTA, Heráldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29; FERREIRA, Daniel. *Infrações e sanções administrativas*. In: DALARRI, Adilson Abreu e outros (org.). *Tratado de Direito Administrativo: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 626; FÉO, Rebecca. *Direito administrativo sancionador e os princípios constitucionais penais: análise de processos da ANP*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 65; DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 37/45; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. *A retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador e a reforma da lei de improbidade pela lei 14.230/2021*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2021/11/08/reforma-da-lei-de-improbidade/>>. Acesso em: 30 jun. 2022.  
OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.  
OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.  
OSÓRIO, Fábio Medina. *Conceito de sanção administrativa: novos paradigmas. Reflexões sobre o novo conceito de sanção administrativa adotado na doutrina e na jurisprudência brasileira*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/direito-administrativo-sancionador/sancao-administrativa-novos-paradigmas-29102020>>. Acesso em: 30 jun. 2022.  
OSÓRIO, Fábio Medina. *O princípio da culpabilidade e a improbidade administrativa na Lei nº 8.429/92*. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (Organizadores). *Estudos sobre Improbidade Administrativa: em homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.  
PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.  
VITTA, Heráldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.  
VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.  
XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

# A regulamentação do marketing jurídico à luz do provimento nº 205/2021 do conselho federal da OAB



ANTÔNIO VINÍCIUS  
SANTOS DA SILVA

## AUTORES

Graduado em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa 2017. Pós-graduado em Política e Estratégia em 2010, pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra em parceria com a UNEB, MBA em Gestão da Inteligência Estratégica em 2012, pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra em parceria com a Faculdade Batista Brasileira. Pós-graduando em Direito Civil pela Escola Superior de Advocacia Nacional em parceria com a Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul desde 2022. Advogado e Presidente da Subcomissão de Defesa do Consumidor da Subseção da OAB-Itaberaba. Endereço: Avenida Cezar Cabral, nº 206, Centro, Ipirá – Ba, CEP: 4460000, E-mail: antoniovinicius.silva.adv@gmail.com

## RESUMO

Precisamente por ser o advogado o intermediário obrigatório entre as partes e o juiz, é que sua função é considerada como serviço público, pelo Estatuto da OAB (artigo 2º), e indispensável à administração da Justiça, pela própria Constituição. Nessa toada, a advocacia não pode ter somente o cunho mercantilista, o que naturalmente induz a necessidade de normas regulamentadoras com a finalidade de impedir excessos. Assim sendo, com a evolução da internet e das redes sociais, e do marketing digital, em julho de 2021, foi publicado o Provimento 205/2021, contendo conceitos fundamentais e regulamentando condutas. Desta feita, o presente artigo objetiva, por meio da ótica da revisão bibliográfica, tratar das mudanças contempladas pelo provimento, bem como, pontuar a discussão acerca da flexibilidade ou rigidez do dispositivo, ora examinado. Desta feita, o Provimento 205/2021 não veda a exibição de bens de caráter pessoal, mas sim, daqueles vinculados à publicidade de atuação profissional, de maneira que se promova o próprio trabalho ou se capte clientes, proibição já existente há tempos nas legislações pretéritas.

**Palavras-Chave:** Marketing Jurídico. Publicidade. Provimento 205/2021. Estatuto da OAB.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O exercício da advocacia é regulamentado pelo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Estatuto da Advocacia e da OAB e pelo Provimento 205/2021 que trata sobre a publicidade e uso da internet e redes sociais.

Essas normas sempre foram objeto de inúmeras discussões e correntes de pensamentos, pois incontáveis advogados são ferrenhos críticos das proposições e restrições determinadas pelo.

Provimento em análise. Isso ocorre em virtude da existência de uma dicotomia quanto ao seu reflexo na vida profissional do advogado, principalmente, quanto a publicidade e propaganda e a inserção dos jovens advogados no mercado.

Nessa toada, de um lado, existem aqueles que preconizam que as regras de proteção ao mercado jurídico são

benéficas aos advogados, pois reduzem o risco de aviltamento dos honorários e a queda geral. Nesse sentido, o exercício da advocacia é vista como a atividade que busca a paz e a justiça visando a pacificação social e o não culto ao litígio. Aduzem ainda que o uso excessivo da publicidade pode acarretar a explosão de clientes e contrastando com a postura exigida pela profissão.

Por outro lado, com a intensificação da internet e das redes sociais, muitos advogados anseiam por uma maior flexibilização quanto ao uso de publicidade nas redes sociais. Para essa linha de pensamento, existe uma latente dificuldade na busca por projeção e espaço profissional em razão das limitações determinadas pela OAB, e isso os coloca em posição de maior dificuldade em relação aos grandes e renomados escritórios de advocacia. Ainda aduzem

que a publicidade pode facilitar o acesso, a representação e a consultoria e ainda permitir mais opções de escolha aos clientes.

Esses frequentes embates, alinhado à influência da pandemia do Covid-19 e as suas intensas evoluções tecnológicas, demandaram atualização das normas que tratam da publicidade. Desse modo, em 15 de julho de 2021, após esgotadas as inúmeras revisões e debates dos artigos do Provimento nº 94/2000 do Conselho Federal, foi publicado o Provimento 205/2021 que revogou o anterior e permitiu uma melhor atividade da advocacia.

É por meio da análise do Provimento 205/2021, que o presente trabalho científico visa abordar o direcionamento que a internet deu à advocacia e a forma como a cultura do marketing tem influenciado a atividade jurídica.

## O debate entre a flexibilização e a rigidez da publicidade jurídica

Com a evolução da denominada moderna advocacia, surge um intenso debate a respeito das consequências que as restrições a publicidade trazem para a atuação dos advogados, principalmente com a intensificação da internet e das redes sociais nos últimos anos, pois elas aboliram todas as barreiras geográficas do mundo trazendo um senso de comunidade e inclusão social. (KOTLER; KARTAJAYA; SETIAWAN, 2017, p. 8). A corrente que defende a flexibilização das normas alega que a vedação da mercantilização e limites da publicidade favorecem os interesses de bancas de escritórios renomados e mantêm uma dinastia entre os profissionais, pois existe uma dificuldade natural de projeção profissional dos jovens inseridos no mercado em comparação aos já estabelecidos.

Sobre o tema, Ari Lima pontuou que: “No setor jurídico, o código de ética tem sido apontado, com frequência, como empecilho para a implantação do marketing nos escritórios, por sugerir ações de propaganda e publicidade que são proibidos pelo código. No entanto, marketing é muito mais do que anúncios em jornais, como pensam alguns profissionais da advocacia, e é por isso

que existe certo preconceito por parte dos menos informados. (LIMA, 2007, p.1)”.

Assim, essas formas de produção de conteúdo, servem como divulgação, mesmo que indiretamente e acabam por trazer notoriedade para o nome dos profissionais e conseqüentemente a captação de clientes.

Por outro lado, é imperioso afirmar que os limites da publicidade protegem a advocacia da baixa remuneração gerada a partir da competição entre profissionais. Além disso, não havendo processo regulatório efetivado pela OAB para essa matéria, a sociedade estaria exposta a uma enxurrada de publicidade sobre a advocacia, que poderia ocorrer, por exemplo, com a contratação de celebridades para divulgar profissionais ou Nomes de escritórios, ou ainda o surgimento de “salvadores da honra” capazes de solucionar qualquer caso, em flagrante contraste com a postura exigida pela profissão.

A partir dessa dicotomia, surge então uma grande discussão sobre o marketing jurídico acompanhado de uma grande insegurança por parte dos advogados.

Não obstante, essa insegurança é justificável, pois muito confundem os termos publicidade e Marketing, sendo este último fundamental para o trabalho de qualquer profissional, é a partir dele que se descobre como se comunicar com o cliente e qual o melhor canal a ser adotado.

Nas lições da jornalista e especialista em marketing, Janaina Nogueira, o marketing é pura estratégia, é a responsável por desenvolver ações para se chegar até os clientes, entender e satisfazer as suas necessidades. Já a publicidade é a difusão de ideias, é tornar algo público, ou seja, é a divulgação dos produtos e serviços. (NOGUEIRA, 2014)

Para Kotler e Keller (2012), o marketing se aplica a diferentes tipos de produtos, tais como: bens, serviços, eventos, experiências, pessoas, lugares, propriedades, organizações, informações e ideias. Entretanto, muito desses conceitos não se relacionam com a função da advocacia, tendo em vista as características do que se vende e sua ligação com o consumidor final. Por esta razão, se fez necessária a implementação de legislação atualizada para dispor desse assunto.

### Análise do provimento 205/2021

A intensificação do uso da internet, principalmente, após o cenário pandêmico, fez com que o advogado tivesse que se adaptar e utilizar ferramentas digitais diariamente. Nessa toada, a jovem advocacia passou a desejar a flexibilização das regras atuais, com o objetivo de contemplar as novas ferramentas tecnológicas e de comunicações disponíveis. Assim sendo, tornou-se fundamental a atualização das normas que regulamentam a publicidade e o marketing dos advogados.

Nesta esteira, em junho de 2021 foi aprovado o Provimento 205/2021 do Conselho Federal que altera o Provimento 94/2000 vigente há mais de 20 anos. Esta mudança ocorre também pela necessidade de tornar as normas

disciplinadoras do temas menos ambíguas, no sentido que se facilite a interpretação e aplicação por parte dos advogados que temem estar cometendo alguma infração e buscam segurança jurídica.

As atualizações mencionadas disciplinam a publicidade, propaganda e a informação da advocacia, trazendo como maior inovação a regulamentação específica quando ao uso das redes sociais, que até então gerava muitas dúvidas e excessos.

Nesse diapasão, pontos como a participação de advogados em lives foi disciplinada pelo provimento, bem como, o uso das ferramentas como Chatbot, Whatsapp e o

Google Ads. Contudo, a utilização imoderada da publicidade, a partir de propagandas indutivas e ostensivas que objetivam captação de clientes ou mercantilização da profissão continuam proibidas.

No tocante a mercantilização da advocacia, apesar de ser proibida pelo provimento anterior, este não trazia conceito na norma jurídica para defini-la, o que levava a muitos questionamentos quanto as condutas que poderiam ou não ser praticadas.

O atual provimento é mais didático e pontual quanto a isso, pois elenca as hipóteses proibidas em seus artigos 3º e 4º em especial.



*Art. 3º A publicidade profissional deve ter caráter meramente informativo e primar pela discricção e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão, sendo vedadas as seguintes condutas:*

*I – Referência, direta ou indireta, a valores de honorários, forma de pagamento, gratuidade ou descontos e reduções de preços como forma de captação de clientes;*

*II – Divulgação de informações que possam induzir a erro ou causar dano a clientes, a outros advogados ou à sociedade;*

*III – anúncio de especialidades para as quais não possua título certificado ou notória especialização, nos termos do parágrafo único do art. 3º-A do Estatuto da Advocacia;*

*IV – Utilização de orações ou expressões persuasivas de autoengrandecimento ou de comparação;*

*V – Distribuição de brindes, cartões de visita, material impresso e digital, apresentações dos serviços ou afins de maneira indiscriminada em locais públicos presenciais ou virtuais, salvo em eventos de interesse jurídico.*

*§ 1º Entende-se por publicidade profissional sóbria, discreta e informativa a divulgação que, sem ostentação, torna público o perfil profissional e as informações atinentes ao exercício profissional, conforme estabelecido pelo § 1º, do art.*

*44, do Código de Ética e Disciplina, sem incitar diretamente ao litígio judicial, administrativo ou à contratação de serviços, sendo vedada a promoção pessoal.*

*Art. 4º No marketing de conteúdos jurídicos poderá ser utilizada a publicidade ativa ou passiva, desde que não esteja inculcida a mercantilização, captação de clientela ou emprego excessivo de recursos financeiros, sendo admitida a utilização de anúncios, pagos ou não, nos meios de comunicação, exceto nos meios vedados pelo art. 40 do Código de Ética e Disciplina e desde que respeitados os limites impostos pelo inciso V do mesmo artigo e pelo anexo deste provimento. (OAB, 2021, p. 1).*

Quanto a utilização do *marketing* para conteúdo e os anúncios, para Moraes e Rez (s.d.) os termos são opostos. O marketing de conteúdo busca engajar os clientes com ações e conteúdo que eles realmente se interessam, criando conexão com os propósitos e ideias publicadas, diferente dos anúncios, que buscam inserir uma logomarca no campo visual do cliente. No marketing de conteúdo, que é permitido pelo Provimento, o profissional atinge exatamente a audiência que deseja,

oferecendo uma experiência exclusiva ao público que alcança.

Ricardo Orsini (2015) aborda, num contexto do marketing jurídico, a permissão de captação de clientes apenas de forma ética, sendo possível o uso da internet para fins de publicidade para obter um relacionamento por meio de produção de conteúdo valioso.

O artigo 5º também aborda uma novidade importante quanto ao uso dos meios de

comunicação para a realização do marketing jurídico, pois se abstém de fazer vedações aos meios e apenas reafirma a observância do que já não é permitido pelo CED. Dessa forma, permite o uso dos meios de comunicação, proibindo-se rádio, cinema e televisão, outdoors, painéis luminosos ou formas assemelhadas, bem como muros, paredes, veículos, elevadores ou em qualquer espaço público, mala direta, a distribuição de panfletos ou formas correlatas que visem a captação de clientela.

A redação do artigo pontua que:



*Art. 5º A publicidade profissional permite a utilização de anúncios, pagos ou não, nos meios de comunicação não vedados pelo Art. 40 do Código de Ética e Disciplina. (OAB, 2021).*

Dessa forma, distingue-se a publicidade ativa da passiva, ficando o uso de expressões/textos no Ads (publicidade passiva) contudo proibida a publicidade em vídeos no YouTube (publicidade ativa), voltados a um público que não tinha intenção de vê-los.

As novas regras ainda estabelecem a criação de um Comitê Regulador do Marketing Jurídico, órgão consultivo, que pode propor ao Conselho Federal a alteração, inclusão ou exclusão de novos critérios ao provimento, e

também a criação do órgão chamado Coordenação Nacional de Fiscalização, que acompanhará denúncias de violações às regras de publicidade e dará efetividade às disposições do provimento.

## A controvérsia da “ostentação” do advogado

Um dos artigos que do Provimento nº 205/2021 que vem sendo objeto de muitas

discussões e polêmicas é o artigo 6º que disciplina a ostentação na publicidade do

advogado, conforme o texto transcrito abaixo:



*Art. 6º Fica vedada, na publicidade ativa, qualquer informação relativa às dimensões, qualidades ou estrutura física do escritório, assim como a menção à promessa de resultados ou a utilização de casos concretos para oferta de atuação profissional. Parágrafo único. Fica vedada em qualquer publicidade a ostentação de bens relativos ao exercício ou não da profissão, como uso de veículos, viagens, hospedagens e bens de consumo, bem como a menção à promessa de resultado. (OAB,2021).*



A destarte, faz-se necessário definir o significado do termo “ostentar”:



*Fazer ostentação; mostrar(-se) com alarde e vanglória” ou “usar de arrogância ou hostilidade para produzir impressão moral ou intelectual em alguém; estampar, exhibir, mostrar. [OSTENTAR In: DICIO, Dicionário Online de Português. 2021,p.1).*

Nessa toada, ostenta algo o faz de modo deliberado, exagerado, com o objetivo de causar alguma reação a quem vê.

Assim, o dispositivo, ora em análise, proíbe que membros da classe façam ostentação nas redes sociais caso estejam promovendo seus serviços profissionais. Entretanto, o texto

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho acadêmico teve como finalidade abordar, a partir da forte influência que a tecnologia e a internet deu a advocacia, principalmente, no tocante ao marketing jurídico, a maneira de como a publicidade do advogado deve ser feita consoante às normas éticas atualizadas pelo Provimento em comento.

Essa atualização foi essencial, pois, o regramento sobre a publicidade editada há mais de 20 anos, já se encontrava defasada em relação com a intensificação das transformações sofridas pela tecnologia, principalmente, nos últimos anos. Dessa forma o Provimento 205/2021 trouxe didática e clareou muitos pontos até então

gerou outra interpretação: a de que os advogados estariam impedidos de ostentar bens de consumo na internet, independentemente de estar ligada a atividade profissional ou não.

Assim sendo, o artigo 6º visa tornar claro as orientações do EAOAB e do CED/OAB à publicidade na advocacia de modo especial,

obscuros e ambíguos constantes na legislação anterior.

Nesta esteira, o artigo pontuou as correntes de ideias antagônicas e favoráveis à atualização do marketing e da publicidade jurídica e demonstrou como o provimento vigente atende os anseios de ambas as linhas de ideias, no sentido de que ao mesmo tempo que esclarece as maneiras como a publicidade e o marketing deve ser realizados, mantém os limites que protegem a função essencial da advocacia.

De outro modo, ao longo deste trabalho foi possível identificar a necessidade do uso de ferramentas digitais para a divulgação da atuação do advogado. Pois em decorrência

à publicidade na Internet e nas redes sociais.

De mais a mais, embora a proibição atinja a ostentação tanto de bens associados ao exercício da profissão quanto aqueles que nada têm a ver com ela, não há nenhum impedimento à imodéstia dos membros da advocacia enquanto cidadãos comuns, nas redes sociais ou fora delas.

de ser a advocacia fundamental à justiça, é indispensável que se adotem ferramentas que facilitem o acesso a ela, bem como, a informação e ao conhecimento.

Ademais, foi pontuada neste artigo acadêmico que a polêmica sobre o art. 6º, que dispõe sobre a ostentação do advogado em redes sociais. Nesta senda, resta evidente que esta polêmica se trata da forma rasteira decorrente da interpretação equivocada do dispositivo em tela, haja vista que não se veda a exibição de bens de caráter pessoal, mas sim, daqueles vinculados à publicidade de atuação profissional, de maneira que se promova o próprio trabalho ou se capte clientes, proibição já existente há tempos nas legislações pretéritas.

### REFERÊNCIAS

BRASIL. **Provimento Nº 205/2021**. De 15 de julho de 2021. Dispõe sobre a publicidade e a informação da advocacia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/provimento-2052021.pdf>;  
BRASIL. **Provimento Nº 94/2000**. De 05 de setembro de 2000. Dispõe sobre a publicidade, a propaganda e a informação da advocacia. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/94-2000/>;  
**Código de Ética e Disciplina da OAB, VADE MECUM**, Editora Saraiva, 32ª edição, 2021, São Paulo;

DICIO, **Dicionário Online de Português**. Porto: 7Graus, 2022. Acesso em: 28 de out. 2022;  
KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2012. Tradução: Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Sextante, 2017;  
LIMA, ARI. **Estratégias para conquistar clientes na advocacia**. 2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3642/Estrategias-para-conquistar-clientes-na-advocacia>. Acesso em 28. out. 2022;  
ORSINI, Ricardo. **Entenda porque marketing jurídico na Internet não é publicidade online**. Disponível em: <http://ultimatum.com.br/blog/marketingjuridico/juridicointernet/>. Acesso em: 29 out. 2022.

# Advocacia, substantivo feminino: a participação das mulheres nas diretorias das Subseções da OAB Bahia (2016-2024)



LEONELLEA PEREIRA

## AUTORA

Doutoranda em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Estudos Interdisciplinares sobre Gênero, Mulheres e Feminismos (UFBA, 2019). Especialista em Ciências Penais (UNIDERP, 2013) e também em Gestão de Políticas Públicas de Gênero e Raça (UFBA, 2014). Graduada em Direito (UEPB, 2010). Advogada (OAB/BA 32.346) na Presidência da OAB Subseção Irecê – BA (2022-2024). Professora universitária. Técnica de Nível Superior da UNEB Campus XVI – Irecê. Endereço: Rua Jonas Pereira, nº 148, Nova Brasília. CEP: 44.915-000, São Gabriel – BA. Telefone: (74) 99942-0118. E-mail: leonellea@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7207217841688056>

## RESUMO

Mesmo representando pouco mais de 50% das inscrições da Ordem dos Advogados do Brasil, as mulheres ainda ocupam poucos espaços de destaque nos seus quadros institucionais. Observando a composição das diretorias das 36 subseções da Bahia nos últimos três mandatos (2016/2018, 2019/2021 e 2022/2024), nota-se um crescimento no número de mulheres nestes cargos. Em 2021, a OAB/BA elegeu a primeira advogada para a presidência da instituição, sendo ainda a primeira gestão com mulheres na presidência e vice-presidência simultaneamente, e a primeira diretoria com 03 advogadas (presidente, vice e a secretária-geral). Observando os desdobramentos do primeiro mandato após a vigência do Provimento nº 202/2020, é que se poderá dizer quais frutos serão colhidos neste triênio e os caminhos que eles vão abrir, para além dos números que já estão postos.

**Palavras-Chave:** Mulheres Advogadas, Mulheres na OAB, Participação política institucional.

## DESBRAVANDO OS CAMINHOS

A advocacia é uma profissão antiga: no período clássico na Grécia, os logógrafos, escritores profissionais de discursos forenses, são considerados os primeiros advogados da história (SOUZA, 2018). Sua atuação foi proibida por muito tempo, sendo a advocacia regulamentada em 594 a.C., quando Sólon “proibiu a advocacia às mulheres, escravos e infames” (PAIVA, 2019, p. 171). A profissão vai ganhar maior notoriedade a partir da sistematização do ensino jurídico instigada pelo conjunto de compilações do Direito Romano que vem a ser denominada Corpus Juris Civilis na Idade Moderna (VÉRAS NETO, 2018).

No Brasil, no final do século XIX, nota-se que poucas foram as mulheres que estudaram na pioneira na Faculdade de Direito do Recife. Uma das primeiras, Maria Augusta Meira de Vasconcelos, formada em 1889, ao ser impedida

de exercer a profissão, escreveu ao presidente da República que respondeu: “O Direito brasileiro inspira-se no Direito Romano. Ora, em Roma, mulheres não exerciam a magistratura. Logo...” (BARBALHO, 2008, p. 72).

Em 1898, formou-se a carioca Myrthes Gomes de Campos, atuando em seu primeiro processo criminal no ano seguinte. O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros – IOAB vetou sua admissão aos quadros profissionais logo depois. Apenas em 1906 sua inscrição como advogada foi autorizada, militando intensamente até 1944 (PAIVA, 2019). É considerada a primeira advogada brasileira, coexistindo idêntico título simbólico à piauiense Esperança Garcia, concedido pelo Conselho Seccional da OAB/PI em 2017, pelo reconhecimento das características de petição à correspondência endereçada por ela em 1770 ao governador da Capitania de São José do Piauí, denunciando

a situação de violência a que era submetida. Este reconhecimento ensina uma lição imprescindível para que “aprendêssemos a ver a advogada impossível: uma mulher negra de 19 anos, escravizada, que denunciou por escrito as violências que sofria e testemunhava em uma fazenda localizada a 300 km de onde hoje está Teresina” (GUMIERI, 2017, p. 01 apud PAIVA, 2019, p. 184), O Conselho Federal da OAB reconheceu em 25/11/2022 que Esperança Garcia foi a primeira advogada brasileira e determinou a construção de um busto em sua homenagem a ser colocado na sede da entidade em Brasília (CFOAB, 2022).

O caminho aberto por essas desbravadoras não se fez pavimentado para todas as mulheres, pois o campo do Direito, por muito tempo, foi ocupado majoritariamente por homens. Isso pode ser uma das causas da presença das mulheres ter sido tardia na advocacia:



*Poderia estar intimamente relacionado com o “advogar” [...] um lugar ocupado por aquele que está exposto ao espaço público, cujo acesso, durante muito tempo, foi reservado unicamente ao homem, bem como, o curso de Direito mantém relação direta com a elaboração de leis e com a tomada de decisões de uma sociedade, tarefa esta que mais uma vez não possibilitava a participação das mulheres. Ainda mais do que o espaço material, é a palavra e a sua circulação que modelam a esfera pública (PERROT, 1998, p. 59).*

O número de mulheres inscritas na OAB vem aumentando consideravelmente em todas as seccionais, chegando a superar o número de advogados, pela primeira vez, em abril de

2021. “A feminização da carreira” (BONELLI, 2017) não correspondeu proporcionalmente à ocupação dos cargos nas diretorias das subseções, seccionais e do Conselho Federal.

Ante essa sub-representação, diversos grupos de advogadas se organizaram em várias seccionais (como “A ordem é paridade”, na Bahia, com homólogos em outros estados). O

CFOAB instituiu o Provimento nº 164/2015, criando o Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada, com vistas a fortalecer os Direitos Humanos das mulheres e a defesa das prerrogativas profissionais. 2016 foi intitulado “Ano da Mulher Advogada”, ampliando o debate sobre o PNMA e cobrando das seccionais a sua aprovação como plano estadual.

Na Bahia, o Plano Estadual de Valorização da Mulher Advogada – Resolução nº

001/2017 ampliou previsões do plano nacional, prevendo nos incisos XIX e XX do art. 2º, que seja assegurada a paridade de gênero em todas as comissões permanentes e especiais bem como nos demais órgãos da OAB, sempre que possível, garantindo-se no mínimo 30% do gênero em menor número e a garantia às prerrogativas conquistadas pela Lei nº 13.363/2016 (para gestantes, lactantes, adotantes ou às que derem a luz) (OAB/BA, 2017).

É notória a existência de um verdadeiro “teto de vidro”, visto que esses avanços institucionais e legislativos trazem a ilusória sensação de que a igualdade já foi alcançada e não é preciso continuar falando nas diferenças. Esta expressão define “uma barreira invisível que dá a ilusão de igualdade de oportunidades na carreira, mas bloqueia o acesso às posições elevadas da hierarquia profissional, mantendo as advogadas nas atividades menos valorizadas, que não preparam para posições de prestígio e poder” (BONELLI et al, 2008, p. 273).

## Mulheres nas diretorias da OAB: rumo à paridade

Em 2018, o intenso debate sobre a alteração do Regulamento Geral da OAB, visando ampliar a participação feminina nas diretorias da instituição, resultou na obrigatoriedade do mínimo de 30% e máximo 70% de candidaturas de cada sexo (art. 131). A polêmica centrou-se no

art. 156-C, prevendo que as alterações só passariam a vigorar a partir das eleições de 2021, não alcançando o pleito que ocorreria dali a dois meses.

Um pedido de reconsideração foi apresentado em nome de coletivos e

movimentos de mulheres advogadas<sup>20</sup>, alegando que se o art. 137-C do Regulamento prevê a aplicação supletiva da legislação eleitoral, que fosse aplicada a mesma legislação para garantir o mínimo de 30% das vagas nas chapas às advogadas, que estavam em número muito inferior:



*[...] é um paradoxo que a paridade com a legislação eleitoral seja invocada para sustentar a aplicação do princípio da anualidade, implicando na postergação da eficácia do referido art. 131, mas seja relegada ao olvido quanto ao atraso na implantação de cota de gênero. [...] As normas que proporcionam igualdade material entre homens e mulheres e afastam qualquer caráter circunstancial ao pleito [...] devem ser desde logo aproveitados pelo órgão e colocadas em vigor, inclusive como forma de suplantar o já referido descompasso temporal entre a previsão da legislação eleitoral e as medidas internas adotadas pela OAB (p. 04-05).*

O pedido não foi acolhido. Nova divergência se instala em janeiro de 2019, com a formação de chapa única para a diretoria do Conselho Federal composta apenas por advogados (embora houvessem 19 conselheiras titulares e 22 suplentes no órgão). Uma petição de impugnação da chapa foi apresentada por coletivos de mulheres advogadas<sup>21</sup>, argumentando que essa composição contrariava a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), por não realizar a reserva mínima de 30% das vagas para o sexo feminino.

As requerentes citaram o Plano Nacional da Mulher Advogada, afirmando que deferir o

registro daquela chapa cancelaria “a sub-representação feminina nos quadros da Diretoria do Conselho Federal da OAB” e que a entidade não pode corroborar “com a prática inibidora de participação feminina, mormente quando todos os esforços democráticos, jurídicos e legais se dão no sentido contrário” (p. 06 e 10). Mesmo com a briosa sustentação oral da representante das petionárias, a impugnação foi indeferida, e o mesmo aconteceu com o recurso. Mas isso não impediu que a pauta continuasse ganhando força em todo o país.

Ante a urgência do tema e a maturidade do debate, em 14/12/2020 foi aprovado

por aclamação (após acalorado debate da sessão anterior) o “Projeto Valentina”, alterando o Regulamento Geral para instituir a paridade de gênero na composição das chapas para o Conselho Federal, seccionais, subseções e Caixas de Assistência, aplicável às eleições de 2021<sup>22</sup>. Foi aprovada também, por maioria de votos, a cota racial para pretos e pardos de 30%, com validade de 30 anos (10 eleições). Uma entidade que tem a defesa da democracia como bandeira, precisa começar este exercício internamente, promovendo a ocupação dos seus cargos de forma plural e diversa, levando em conta os diversos marcadores sociais que convertem diferenças em desigualdades.

## Participação feminina nas diretorias das Subseções da OAB/BA: comparativo entre as gestões 2016/2018, 2019/2021 e 2022/2024

Diante de toda a movimentação com o intuito de ampliar a participação feminina nos quadros da OAB, é interessante observar o movimento de

presença e ausência de mulheres nas diretorias das subseções baianas para examinar os reflexos destas políticas institucionais.

A diretoria é composta por 05 cargos<sup>23</sup>, sendo a seccional Bahia, na ocasião, composta por 35 subseções. As chapas eleitas em 2015 para o mandato 2016/2018 ficaram assim:

<sup>20</sup>Movimento da Mulher Advogada, Coletivo Advogadas do Brasil, Associação Brasileira de Advogadas, Associação Elas Pedem Vista, Movimento Mulheres com Direito, Movimento Nós Queremos Mais: A Ordem é Paridade, Rede Feminista de Juristas, Movimento Igualda OAB e CLADEM.

<sup>21</sup>Coletivo Mais Mulheres no Conselho Federal da OAB, Rede Feminista de Juristas, Movimento

da Mulher Negra Brasileira, Movimento Mulheres com Direito, Elas por Elas – Vozes e Ações das Mulheres.

<sup>22</sup>Provimento nº 202/2020, publicado em 14/04/2021.

<sup>23</sup>Presidente, vice-presidente, secretária(o) geral, secretária(o) geral adjunta(o) e tesoureira(o).

**TABELA 01 – NÚMERO DE ADVOGADAS NAS DIRETORIAS (2016/2018)**

Nº DE ADVOGADAS	%	Nº DE SUBSEÇÕES	SUBSEÇÕES
0	2,8%	01	Campo Formoso
01	54,3%	19	Alagoinhas, Camaçari, Conceição do Coité, Cruz das Almas, Eunápolis, Feira de Santana, Gandu, Ibicaraí, Ilhéus, Irecê, Itaberaba, Itamaraju, Jacobina, Jequié, Juazeiro, Lauro de Freitas, Santa Maria da Vitória, Santo Antônio de Jesus, Senhor do Bonfim.
02	34,3%	12	Barreiras, Bom Jesus da Lapa, Brumado, Coaraci, Ipiaú, Itabuna, Luís Eduardo Magalhães, Porto Seguro, Serrinha, Teixeira de Freitas, Valença, Vitória da Conquista.
03	5,8%	02	Guanambi e Paulo Afonso.
04	2,8%	01	Itapetinga.
05	0	0	-

(Tabela elaborada pela autora com dados da OAB/BA.)

Assim, do total de 175 integrantes de diretorias das subseções da seccional Bahia, havia 123 advogados (70,3%) e 52 advogadas (29,7%). A distribuição do quantitativo de integrantes pelos 05 cargos nas diretorias ficou:

**TABELA 02 – ADVOGADAS EM CARGOS DAS DIRETORIAS (2016/2018)**

CARGO	%	Nº DE SUBSEÇÕES	SUBSEÇÕES
Presidente	17,7%	06	Jacobina, Lauro de Freitas, Ipiaú, Teixeira de Freitas, Guanambi e Paulo Afonso.
Vice-presidente	31,4%	11	Barreiras, Bom Jesus da Lapa, Brumado, Camaçari, Ilhéus, Ipiaú, Itapetinga, Luís Eduardo Magalhães, Senhor do Bonfim, Valença, Vitória da Conquista.
Secretária geral	45,7%	16	Barreiras, Bom Jesus da Lapa, Coaraci, Cruz das Almas, Eunápolis, Ibicaraí, Irecê, Itaberaba, Itabuna, Itapetinga, Juazeiro, Luís Eduardo Magalhães, Paulo Afonso, Porto Seguro, Santo Antônio de Jesus, Serrinha.
Secretária adjunta	34,3%	12	Alagoinhas, Brumado, Conceição do Coité, Feira de Santana, Guanambi, Itabuna, Itapetinga, Paulo Afonso, Porto Seguro, Santa Maria da Vitória, Serrinha, Vitória da Conquista.
Tesoureira	25,7%	09	Coaraci, Gandu, Guanambi, Itamaraju, Itapetinga, Jequié, Paulo Afonso, Teixeira de Freitas, Valença.

(Tabela elaborada pela autora com dados da OAB/BA.)

Para o mandato 2019/2021, houve a criação da subseção de Simões Filho, aumentando, então, o número de subseções para 36. Considerando as chapas eleitas em 2018 bem como a composição da nova subseção, observa-se: A partir dos dados apresentados,

**TABELA 03 – NÚMERO DE ADVOGADAS NAS DIRETORIAS (2019/2021)**

Nº DE ADVOGADAS	%	Nº DE SUBSEÇÕES	SUBSEÇÕES
0	0	0	-
01	27,8%	10	Bom Jesus da Lapa, Camaçari, Conceição do Coité, Cruz das Almas, Feira de Santana, Gandu, Ibicaraí, Ilhéus, Itamaraju, Serrinha.
02	38,9%	14	Alagoinhas, Campo Formoso, Eunápolis, Guanambi, Ipiaú, Itabuna, Jacobina, Jequié, Juazeiro, Lauro de Freitas, Porto Seguro, Santa Maria da Vitória, Santo Antônio de Jesus, Senhor do Bonfim.
03	25%	09	Barreiras, Brumado, Coaraci, Irecê, Luís Eduardo Magalhães, Teixeira de Freitas, Valença, Vitória da Conquista e Simões Filho.
04	8,4%	03	Itaberaba, Itapetinga, Paulo Afonso.
05	0	0	-

(Tabela elaborada pela autora com dados da OAB/BA.)

percebe-se que do total de 180 integrantes de diretorias das subseções da seccional Bahia, eram 103 advogados (57,2%) e 77 advogadas (42,8%). Comparando com o

mandato anterior, houve um crescimento de 44,1% na participação de mulheres nas diretorias eleitas para as subseções da OAB no estado da Bahia.

Quanto à distribuição deste quantitativo de integrantes pelos 05 cargos nas diretorias na gestão 2019/2021, tem-se:

**TABELA 04 – ADVOGADAS EM CARGOS DAS DIRETORIAS (2019/2021)**

CARGO	%	Nº DE SUBSEÇÕES	SUBSEÇÕES
Presidente	16,7%	06	Alagoinhas, Bom Jesus da Lapa, Ipiaú, Paulo Afonso, Senhor do Bonfim, Simões Filho.
Vice-presidente	36,2%	13	Barreiras, Eunápolis, Guanambi, Irecê, Itaberaba, Itabuna, Itapetinga, Luís Eduardo Magalhães, Senhor do Bonfim, Valença, Vitória da Conquista.
Secretária geral	56,6%	20	Barreiras, Brumado, Campo Formoso, Coaraci, Ibicaraí, Ipiaú, Irecê, Itaberaba, Itapetinga, Jequié, Juazeiro, Lauro de Freitas, Luís Eduardo Magalhães, Paulo Afonso, Porto Seguro, Santa Maria da Vitória, Santo Antônio de Jesus, Simões Filho, Teixeira de Freitas, Vitória da Conquista.
Secretária adjunta	66,7%	24	Alagoinhas, Barreiras, Brumado, Campo Formoso, Conceição do Coité, Eunápolis, Gandu, Guanambi, Irecê, Itaberaba, Itabuna, Itapetinga, Jacobina, Jequié, Juazeiro, Lauro de Freitas, Luís Eduardo Magalhães, Paulo Afonso, Porto Seguro, Santa Maria da Vitória, Santo Antônio de Jesus, Simões Filho, Teixeira de Freitas, Valença, Vitória da Conquista.
Tesoureira	36,2%	13	Camaçari, Coaraci, Cruz das Almas, Feira de Santana, Ilhéus, Itaberaba, Itamaraju, Itapetinga, Jacobina, Paulo Afonso, Serrinha, Teixeira de Freitas, Valença.

(Tabela elaborada pela autora com dados da OAB/BA.)

Comparando os dados referentes aos dois mandatos citados, observa-se, que passou a ter mulheres nas composições de todas as diretorias das subseções da Bahia no mandato 2019/2021. Observa-se, também, que o número de subseções com apenas uma advogada na diretoria caiu de 19 para 10, uma redução de 47,4%, o que já leva a deduzir o crescimento do número de subseções com 02 ou mais advogadas: de 12 diretorias em 2016/2018 com 02 mulheres, passou-se a 14 (+16,7%); as 03 diretorias com 03 mulheres tornaram-

se 09 (+200%), e de 01 diretoria com 04 advogadas, chegou-se a 03 subseções (+200%).

Considerando o total de integrantes das diretorias de todas as subseções (180), o número de mulheres aumentou 44,1%. Ao tempo em que se manteve 06 advogadas na presidência, cresceu a ocupação de os demais cargos: +18,7% na vice-presidência; +33,4% de secretárias-gerais; +100% de secretárias adjuntas e +55,6% de tesoureiras.

Em 2021, com o Provimento 202/2020 em vigor, todas as diretorias devem ter 02 ou 03 advogadas na formação das chapas. O resultado da eleição traz uma mudança de cenário: Dos 180 integrantes de diretorias, são 91 advogados (51,5%) e 89 advogadas (49,5%), crescimento de 15,5% na participação de mulheres em relação ao mandato anterior.

Quanto à distribuição dos cargos, temos:

**TABELA 05 – NÚMERO DE ADVOGADAS NAS DIRETORIAS (2022/2024)**

Nº DE ADVOGADAS	%	Nº DE SUBSEÇÕES	SUBSEÇÕES
02	52,7%	19	Alagoinhas, Brumado, Camaçari, Conceição do Coité, Cruz das Almas, Gandu, Ibicaraí, Ipiaú, Itaberaba, Itabuna, Itamaraju, Jacobina, Juazeiro, Lauro de Freitas, Santa Maria da Vitória, Santo Antônio de Jesus, Serrinha, Simões Filho e Vitória da Conquista.
03	47,3%	17	Barreiras, Bom Jesus da Lapa, Campo Formoso, Coaraci, Eunápolis, Feira de Santana, Guanambi, Ilhéus, Irecê, Itapetinga, Jequié, Luís Eduardo Magalhães, Paulo Afonso, Porto Seguro, Senhor do Bonfim, Teixeira de Freitas e Valença.

(Tabela elaborada pela autora com dados da OAB/BA.)

Dos 180 integrantes de diretorias, são 91 advogados (51,5%) e 89 advogadas (49,5%),

crescimento de 15,5% na participação de mulheres em relação ao mandato anterior.

Quanto à distribuição dos cargos, temos:

**TABELA 06 – ADVOGADAS EM CARGOS DAS DIRETORIAS (2022/2024)**

Nº DE ADVOGADAS	%	Nº DE SUBSEÇÕES	SUBSEÇÕES
Presidenta	30,6%	11	Barreiras, Bom Jesus da Lapa, Brumado, Campo Formoso, Gandu, Irecê, Itapetinga, Porto Seguro, Senhor do Bonfim, Simões Filho e Vitória da Conquista.
Vice-presidenta	58,4%	21	Alagoinhas, Barreiras, Camaçari, Campo Formoso, Coaraci, Cruz das Almas, Eunápolis, Feira de Santana, Guanambi, Ilhéus, Itaberaba, Itabuna, Jacobina, Jequié, Lauro de Freitas, Luís Eduardo Magalhães, Porto Seguro, Santo Antônio de Jesus, Senhor do Bonfim, Teixeira de Freitas e Valença.
Secretária geral	55,6%	20	Bom Jesus da Lapa, Brumado, Camaçari, Coaraci, Conceição do Coité, Eunápolis, Guanambi, Ilhéus, Ipiáú, Irecê, Itaberaba, Itapetinga, Lauro de Freitas, Luís Eduardo Magalhães, Paulo Afonso, Porto Seguro, Santa Maria da Vitória, Santo Antônio de Jesus, Senhor do Bonfim, Simões Filho e Valença.
Secretária adjunta	52,8%	19	Cruz das Almas, Eunápolis, Feira de Santana, Gandu, Guanambi, Ibicarai, Ilhéus, Itabuna, Itamaraju, Itapetinga, Jacobina, Jequié, Juazeiro, Paulo Afonso, Porto Seguro, Santa Maria da Vitória, Serrinha, Simões Filho e Teixeira de Freitas.
Tesoureira	52,8%	19	Alagoinhas, Barreiras, Bom Jesus da Lapa, Bom Jesus da Lapa, Coaraci, Conceição do Coité, Feira de Santana, Ibicarai, Ipiáú, Irecê, Itamaraju, Jequié, Juazeiro, Luís Eduardo Magalhães, Paulo Afonso, Gandu, Guanambi, Itamaraju, Itapetinga, Jequié, Paulo Afonso, Serrinha, Teixeira de Freitas, Valença e Vitória da Conquista.

(Tabela elaborada pela autora com dados da OAB/BA.)

Comparando com os números do mandato anterior, nota-se não apenas a maior presença das mulheres, mas também o destaque nas posições assumidas: cresceram os números de presidentes (+83,4%), vice-presidentes (+61,6%) e tesoureiras (+46,2%). O número de secretárias-gerais se manteve idêntico, sendo o de secretárias-gerais adjuntas o único que diminuiu (-20,8%), reflexo direto da maior ocupação nas outras funções.

A OAB Bahia já praticava a ocupação paritária do Conselho Seccional desde 2018, e isso certamente influenciou a movimentação feminina nas subseções. Nas últimas duas gestões, a diretoria estadual teve duas advogadas (2016/2018: vice-presidente e tesoureira; 2019/2021: vice-presidente e secretária-geral), e o mandato 2022/2024 é a primeira gestão com uma advogada na presidência, com mulheres na presidência e vice-presidência simultaneamente, e a primeira diretoria com 03 advogadas (presidente, vice e a secretária-geral). O momento foi histórico desde a eleição: nem mesmo uma candidatura feminina à presidência havia sido registrada anteriormente. Embora tivesse 04 chapas concorrendo, a disputa foi polarizada entre as 02 capitaneadas por advogadas.

Na CAAB, os 08 cargos também foram ocupados de forma paritária, sendo as

advogadas vice-presidente, secretária-geral e duas diretoras suplentes. No Conselho Federal, são 03 advogados e 03 advogadas representando a Bahia. Havia 03 gestões sem advogadas na diretoria nacional, e neste mandato temos duas mulheres (secretária-geral e adjunta).

Merece atenção o fato de 05 advogadas terem sido eleitas para presidir seccionais: além da Bahia, há mulheres nas presidências em Mato Grosso, Paraná, Santa Catarina e São Paulo. À exceção da primeira, as demais seccionais têm uma advogada na presidência pela primeira vez. Em 90 anos da OAB, apenas 11 mulheres presidiram seccionais, mas não de forma simultânea. No mandato anterior, por exemplo, não havia nenhuma.

Embora crescente a quantidade de advogadas nas diretorias, ainda é pequeno o número de mulheres nas presidências (embora seja o maior aumento de 2019 para 2022), e em outros cargos, grande parte continua como suplente. A presença de mulheres em posição de liderança ainda é reduzida, como é em todos os espaços de poder e decisão, seja no poder público, em grandes empresas ou entidades profissionais. Mas as engrenagens estão se movimentando e modificando as estruturas. Os desdobramentos deste mandato é que vão mostrar quais frutos serão colhidos e

quais caminhos serão abertos, para além dos números que já estão postos.

## FEMINIZAÇÃO DA ADVOCACIA

Em abril de 2021, pela primeira vez, o número de advogadas superou o de advogados. Dentre 1.306.629 profissionais inscritos<sup>24</sup>, as mulheres representam 50,86% (661.325), e esse crescimento continuará em ascensão, já que as mulheres constituem 53,5% das estagiárias (7.682 de 14.361 inscrições). As advogadas já são maioria em 17 das 27 seccionais (62%)<sup>25</sup>: Amazonas (50,9%), Bahia (52,4%), Distrito Federal (50,6%), Espírito Santo (51,9%), Goiás (51,9%), Minas Gerais (50,5%), Mato Grosso (52%), Pará (52,5%), Rio de Janeiro (52,5%), Rondônia (52,8%), Roraima (50,4%), Rio Grande do Sul (51,6%), Santa Catarina (50,5%), Sergipe (51,8%), São Paulo (51%) e Tocantins (50,8%). As advogadas são um eleitorado expressivo e a OAB “terá de formular políticas [...] visando a ampliação de direitos e a equidade. Em vez de seguirem invisíveis no Código de Ética, as relações profissionais precisariam ser regulamentadas para a redução da discriminação de gênero na profissão” (BONELLI et al, 2008, p. 283).

Fazendo um recorte geracional, fica mais explícito que a “feminização da advocacia” (BONELLI, 2017) tem sido constante e

<sup>24</sup>Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados> Acesso em 24/09/2022.

<sup>25</sup>Dados do Conselho Federal da OAB em 24/09/2022.

crecente, como se visualiza na tabela a seguir.

**TABELA 07 – RECORTE GERACIONAL DA ADVOCACIA BRASILEIRA POR SEXO (2022)**

IDADE	Nº DE MULHERES	Nº DE HOMENS	% MULHERES	% HOMENS	TOTAL
Até 25 anos	45.245	24.249	64,5%	35,5%	70.194
26 a 40 anos	340.929	256.021	57,1%	42,9%	596.950
41 a 59 anos	222.214	247.378	47,3%	52,7%	469.592
60 anos ou mais	79.468	157.763	33,5%	66,5%	237.231
<b>TOTAL</b>	<b>661.325</b>	<b>638.858</b>	<b>50,9%</b>	<b>49,1%</b>	<b>1.300.183</b>

(Tabela elaborada pela autora com dados da OAB/BA.)

O mapa geracional da advocacia baiana não é diferente: Embora seja menor a presença de mulheres no recorte com mais de 40 anos, é na fração

**TABELA 08 – RECORTE GERACIONAL DA ADVOCACIA BAIANA POR SEXO (2022)**

IDADE	Nº DE MULHERES	Nº DE HOMENS	% MULHERES	% HOMENS	TOTAL
ATÉ 25 ANOS	1.744	900	66%	34%	2.644
26 A 40 ANOS	17.266	12.994	57,1%	42,9%	30.260
41 A 59 ANOS	7.989	9.398	45,9%	54,1%	17.387
60 ANOS OU MAIS	2.790	5.033	35,7%	64,3%	7.823
<b>TOTAL</b>	<b>28.649</b>	<b>26.056</b>	<b>52,4%</b>	<b>47,6%</b>	<b>54.705</b>

(Tabela elaborada pela autora com dados da OAB/BA.)

com mais de 60 anos que a diferença se torna mais expressiva. Dentre os mais jovens, o cenário se inverte, especialmente no grupo com até 25 anos. Cruzando esta informação com o número de estagiárias, é um indicativo que esta diferença seguirá se acentuando.

### NO HORIZONTE HÁ ESPERANÇA!

Sabadell afirma que a crescente feminização das carreiras jurídicas não acarretou mudanças expressivas no exercício profissional, constatando que “as mulheres conquistaram o mundo jurídico sem mudá-lo, isto é, sendo obrigadas a adotar padrões de comportamentos masculinos” (SABADELL, 2013, p. 237), ou seja, “práticas normásculas” (BONELLI, 2017, p. 117): os códigos e posturas masculinos são a referência, buscando uma pretensa

neutralidade, represando a participação das advogadas nas posições de menor prestígio e poder da carreira, inclusive do ponto de vista institucional.

Como conciliar a vida familiar e profissional ainda é uma cobrança que se faz costumeiramente apenas às mulheres, muitas advogadas não se veem em condições de assumir tarefas institucionais (mesmo querendo), pois para grande parte delas, a responsabilidade com demandas domésticas e de cuidados não é partilhada com parceiros ou outras pessoas do seu grupo familiar. Assim as diferenças reproduzem desigualdades.

O crescimento da participação feminina nestas esferas é recente. Cabe à nova geração de advogadas compreender o

momento fértil em que a advocacia se apresenta às mulheres, para que se possa não apenas “conquistar” os espaços, mas transformá-los, para que essas diferenças possam “se tornar imperceptíveis em vez de invisíveis” (BONELLI, 2017, p. 118).

Pedindo licença para encerrar em primeira pessoa, temos o compromisso de fazer do protagonismo feminino neste mandato não apenas o símbolo de uma época, mas mostrá-lo efetivamente em trabalho e realizações institucionais. Como profetizou a escritora Conceição Evaristo em uma entrevista inesquecível, “o importante não é ser o primeiro ou a primeira, é abrir os caminhos”: que possamos fazer deste cenário o verdadeiro retrato de um novo tempo, um novo tempo para a advocacia.

#### REFERÊNCIAS

BARBALHO, Renê Martins. **A feminização das carreiras jurídicas**: construções identitárias de advogadas e juízas no âmbito do profissionalismo. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de São Carlos. Orientadora: Dra. Maria da Glória Bonelli. São Carlos: UFSCar, 2008. Disponível em <https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/6663> Acesso em 16set2022.

BONELLI, Maria da Glória; CUNHA, Luciana G.; OLIVEIRA, Fabiana L. de; SILVEIRA, Maria Natália B. da. **Profissionalização por gênero em escritórios paulistas de advocacia**. Tempo Social – Revista de Sociologia da USP, v. 20, nº 01, p. 265-290. São Paulo: USP, 2008. Disponível em <https://www.scielo.org/pdf/ts/v20n1/a13v20n1.pdf> Acesso em 07jan2021.

\_\_\_\_\_. **Docência do Direito**: fragmentação institucional, gênero e interseccionalidade. Cadernos de Pesquisa, v.47 n.163 p.94-120 jan./mar. 2017. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/198053143659> Acesso em 16set2022.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Esperança Garcia é reconhecida pelo Conselho Pleno como a primeira advogada brasileira**. Publicada em 25/11/2022. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/60503/esperanca-garcia-e-reconhecida-pelo-conselho-pleno-como-a-primeira-advogada-brasileira> Acesso em 28nov.2022.

\_\_\_\_\_. **Provimento nº 202/2020** – Altera o art. 2º, o caput e o § 1º do art. 3º, e o caput do art. 7º, e revoga os §§ 1º e 3º do art. 7º do Provimento n. 146/2011. Disponível em: <https://www.oab.org.br/uti/print?numero=202%2F2020&print=Legislacao&origem=Provimtos> Acesso em 16set2022.

\_\_\_\_\_. **Provimento nº 164/2015** – Cria o Plano Nacional de Valorização da Mulher Advogada e dá outras providências. Disponível em [https://www.oab.org.br/arquivos/](https://www.oab.org.br/arquivos/provimento-164-2015-)

\_\_\_\_\_. **provimento-e-publicacao-626457675.pdf** Acesso em 16set2022.

\_\_\_\_\_. **Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB**. Dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/regulamentogeral.pdf> Acesso em 16set2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECCIONAL BAHIA. **Resolução nº 001/2017** - Cria o Plano Estadual de Valorização da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Bahia e dá outras providências. Disponível em [https://www.oabba.org.br/arquivos/oab\\_resolucoes/28/ARQUIVO\\_RESOLUCAO.pdf](https://www.oabba.org.br/arquivos/oab_resolucoes/28/ARQUIVO_RESOLUCAO.pdf) Acesso em 16set2022.

PAIVA, Francélia de Jesus Uchôa. **As mulheres nas carreiras jurídicas no país dos bacharéis**: avanços e desafios de advogadas e magistradas no Estado do Amazonas. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Sociedade e Cultura na Amazônia. Manaus: UFAM, 2019. Disponível em <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/7897> Acesso em 16set2022.

PERRROT, Michelle. **Mulheres públicas**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998. Disponível em <https://cisges.files.wordpress.com/2015/04/michelle-perrrot-mulheres-pc3babclicas.pdf> Acesso em 16set2022.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma leitura externa do direito. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Raquel de Souza. **O Direito Grego Antigo** in WOLKMER, Antônio Carlos (org). Fundamentos de História do Direito. 9ª edição. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2018, p. 77-112.

VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Direito Romano Clássico**: seus institutos jurídicos e seu legado in WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Fundamentos de História do Direito**. 9ª edição. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2018, p. 131-167.

# Alguns detalhes sobre o estado democrático de direito e como o exercício da advocacia se insere nesse contexto

## AUTORES



PEDRO BENJAMIN  
NAVARRO DE  
BRITTO MATOS

Advogado. Sócio do Matos&Matos Advogados Associados. Bacharel em Direito (UNIFACS/2022). cursando Especialização em Direito Público (Faculdade Baiana de Direito e Gestão).



LARA SOUSA MATOS

Advogada. Sócia do Matos&Matos Advogados Associados. Bacharel em Direito (UFBA/1999), Mestre (UFBA/NPGA/2015) e Doutora (UFBA/NPGA/2020) em Administração Política. Servidora pública estadual da carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental (EPPGG/BA).

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo trazer reflexões acerca da atuação do advogado no Estado Democrático de Direito. Nesse campo vastíssimo, articular o exercício da advocacia com os conteúdos atinentes aos termos “Democrático” e “de Direito”, salientando algumas de suas características não adstritas ao campo jurídico, porém ainda assim dotadas de relevância para o trabalho diário de advogadas e advogados.

**Palavras-Chave:** Estado Democrático de Direito. Advogado. Democracia. Conflito. Verdade.

## INTRODUÇÃO

Na obra “O Dever do Advogado”, o ilustre Ruy Barbosa, em uma troca de correspondências com o advogado Evaristo de Moraes, debate sobre a imprescindível atuação da figura do(a) advogado(a) perante a sociedade, como garantidor de

direitos a todos, independentemente dos seus atos.

Nesse sentido, ele afirma que mesmo “um crime detestável que acordou a cólera popular”, e onde “o povo não enxerga mais a verdade com lucidez. O acusado reveste

aos seus olhos a condição de monstro sem traço de procedência humana. A seu favor, não se admite uma palavra.” (BARBOSA, 2002, p.37), deve-se lhe garantir todos os direitos cabíveis através da figura do(a) advogado(a). Como bem afirma o douto jurista em sua obra:



*[...] Faz-se mister resistir à impaciência dos ânimos exacerbados, que não tolera a serenidade das formas judiciais. Em cada uma delas a sofreguidão pública descobre um fato à impunidade. Mas é, ao contrário, o interesse da verdade o que exige que elas se esgotem; e o advogado é o ministro desse interesse. Trabalhando por que não faleça ao seu constituinte uma só dessas garantias da legalidade, trabalha ele, para que não falte à justiça nenhuma de suas garantias. Eis por que, seja quem for o acusado, e por mais horrenda que seja a acusação, o patrocínio do advogado, assim entendido e exercido assim, terá foros de meritório, e se recomendará como útil à sociedade. (BARBOSA, 2002, p. 37-38)*

Tal entendimento de que os indivíduos devem ter os seus direitos salvaguardados, independentemente de quaisquer fatos com os quais estejam envolvidos, é um dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. De forma semelhante, é institucionalmente organizado um protocolo de regras, ações e procedimentos para que os sujeitos possam discutir e reclamar seus direitos uns frente aos outros. A lide é não somente reconhecida como legitimada.

Dessa forma, a advocacia, trabalhando pelas garantias de legalidade, deve defender, antes de quaisquer causas, o cumprimento desses princípios e de tantos

outros que compõem os pontos de basta essenciais para a tecitura do plano onde exerce o seu trabalho a(o) advogada(o), para que sejam garantidos e cumpridos os direitos de todos e todas sob a tutela de um Estado cuja existência e ação sejam efetivamente qualificadas por meio de práticas democráticas fundamentadas em um formalmente estabelecido arcabouço normativo.

Antes de abordar facetas peculiares a uma e a outra dimensão, é mister ressaltar a importância crucial da vinculação entre os termos “Democrático” e “de Direito”. O conceito científico-biológico “simbiose” se refere a “interação de duas espécies

que vivem juntas; associação entre seres vivos na qual ambos são beneficiados.” (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2001, p. 2.572). Por meio de tal vocábulo, é possível enxergar uma relação simbiótica entre a Democracia e o Estado de Direito.

Nesse mesmo fulcro, Zizek (2013, p.18) menciona Ernesto Laclau que, ao abordar de maneira inovadora o fascismo e o populismo, concluiu que “o sentido não é inerente aos elementos de uma ideologia como tal — antes, esses elementos funcionam como ‘significantes soltos’, cujo sentido é fixado por seu modo de articulação hegemônica”. Isso significa dizer que os significantes existem “soltos”

– como ecologia, economia, política, democracia, estatal, e tantos outros substantivos e adjetivos – e são unidos, consubstanciando simbioticamente um dado discurso, de diversas formas.

A forma hegemônica é um modo de articulação discursiva – ou de organização do espaço simbólico. Os significantes articulados não possuem significados em si mesmos, nem tampouco significados primários ou secundários, ou seja, não há um significante principal em redor do qual gravitam os demais inscritos, não há relação suplementar: definem-se mutuamente. Assim, por exemplo, a expressão “Estado Democrático de Direito” define o significante

Estado e os significantes Democrático e de Direito no momento da articulação.

Os três domínios associados – Estado Democrático de Direito – encerram pontos cardeais e balizas que orientam e delinham a composição de um quadro referencial indispensável ao funcionamento eficaz e diligente das prerrogativas e pressupostos previstos na Constituição Federal, que não à toa é conhecida também como Carta Magna. É nesse contexto que se move a(o) advogada(o), por vezes embrenhando-se em trilhas enredadas e navegando por mares bravios. Nesse artigo, busca-se sugerir um instante de reflexão sobre (apenas) dois traços pertencentes ao

âmbito sócio semântico das categorias “democrático” e “de direito” que compõem substancialmente o real concreto do exercício da advocacia, para que prestar atenção ao mapa, seguir a bússola, não impeça o exame atento das circunstâncias e o entendimento ora da paisagem, ora do caminho.

## DEMOCRACIA, POLIFONIA E CONFLITO

Não há como se falar em democracia sem citar Aristóteles. Para o filósofo, a democracia integrava o rol de classificação de formas de governo, que tinha como parâmetro, para distinção entre as espécies, o número de governantes. Com isso, aduz o professor Dalmo de Abreu Dallari (2016, p. 222):



*Distingue ele três espécies de governo: a realeza, quando é um só indivíduo quem governa; a aristocracia, que é o governo exercido por um grupo, relativamente reduzido em relação ao todo; e a democracia, que é o governo exercido pela própria multidão.*

Cumprir registrar, desde logo, a expressão “governo exercido pela própria multidão”. São muitos sujeitos participando juntos, não necessariamente unidos. Porém, a Democracia vai além de uma forma de governo. É possível afirmar que ela é uma ideologia, que influencia diretamente o regime político de um país e que resulta em algumas variáveis: a democracia liberal, democracia social, democracia popular, democracia direta, indireta, democracia parlamentar ou representativa, onde os cidadãos têm participação, por meio do sufrágio universal e outros mecanismos, na criação, elaboração e desenvolvimento de leis, bem como na governança e, conseqüentemente, nas políticas públicas. Sofre críticas sobre a possibilidade de coexistir com ou existir em um sistema capitalista e, ainda assim, manter sua força – esse é um embate contínuo.

Avançando muitos passos na história das ideias políticas, importante se faz assinalar os conceitos elaborados por Gramsci (COUTINHO, 1981), sobretudo porque relacionam de forma intrínseca as dimensões delineadas, constituindo-se em instrumentos privilegiados de análise. É preciso reconhecer a importância da política e o papel preponderante que para o autor sardo é exercido pela vontade e pela ação na transformação da realidade, contrariando o determinismo vulgar e fatalista preponderante em sua época e, em outra direção, mas com as mesmas conseqüências, ainda mais visível na contemporaneidade.

Ao invés de, como os clássicos, identificar o Estado (sua gênese, função e estrutura) com o conjunto de aparelhos repressivos, o autor italiano dialoga com o seu tempo, quando os processos de socialização da política são intensificados e, por conseguinte, uma maior complexidade se apresenta. É a partir desse novo olhar que Gramsci apresenta, no âmago da Teoria Ampliada do Estado, o conceito de “sociedade civil” e os sujeitos coletivos de massa como a esfera de mediação entre a infraestrutura econômica e o Estado em sentido restrito, o que significa o reconhecimento de novas determinações para o agir estatal.

A “sociedade civil” e os “aparelhos privados de hegemonia” (escolas, Igrejas, sindicatos, etc.) são, portanto, organismos de participação política voluntários, que não se caracterizam pelo uso da repressão. A hegemonia é dotada de uma base material própria, um espaço autônomo e específico de atuação. Enquanto a sociedade política tem seus portadores materiais nos aparelhos repressivos de Estado, os portadores materiais da sociedade civil são os “aparelhos privados de hegemonia”. Este fato novo – a nova determinação do Estado – não nega ou elimina as determinações registradas pelos clássicos, mas representa uma percepção que vislumbra possibilidades multiformes e heterogêneas.

Nessa oportunidade, contudo, se pretende atentar para a multidão e, dito de outro modo, para a sociedade civil e não para os

desdobramentos da democracia como instituto ou experiência. A reunião de inúmeros sujeitos, com o direto a voz e voto, agrupados ou não em aparelhos privados de hegemonia, promove um ampliadíssimo concerto polifônico.

A polifonia foi primeiramente conceituada para nomear um estilo de música, de base popular, desenvolvido durante a Idade Média em oposição ao canto gregoriano, monódico e produzido pela Igreja. Duas características que merecem destaque: manifestação de origem popular e, quase em conseqüência lógica, contrária aos cantos de uma única voz. Desde sua origem – e por causa dela – a polifonia sagrou-se pelo dinamismo e mutabilidade, avessa à ficção social da perfeição, síntese final de uma ordem pronta e acabada. Aplicando esse conceito metafóricamente, Bakhtin (1981) analisa a obra de Dostoiévski e conclui que não há ali apenas plurivocidade, mais que isso, as vozes das diversas personagens soam ao lado da palavra do autor.

Como as vozes, as consciências não se submetem a qualquer estrutura hierárquica, se expressam polifônica e dialogicamente, concorrendo umas com as outras. Então, o filósofo russo evidencia uma característica importantíssima do estilo do escritor, sobretudo para o enredo desse texto: a inconclusibilidade.

No mundo polifônico de Dostoiévski, os problemas, desafios, disputas e contradições não percorrem espirais dialéticas que

redundam enfim numa solução definitiva, longe disso, permanecem “irremediavelmente contraditórios” (BAKHTIN, 1981, p.24), sem chance de salvação por meio de uma apoteose redentora. A democracia é essencialmente marcada pela polifonia. São vozes e consciências múltiplas e plurais, reverberando em sociedade, repetindo e atualizando discursos, ideias e ideais, defendendo destinos sempre por se (re)fazer. A(o) advogada(o), destarte, exerce o seu ofício em meio a muitos cantos, acordes, melodias e arranjos.

Ora, as considerações sobre polifonia são muito pertinentes para revelar o conflito como característico da vida em sociedade – um não-todo que reúne indivíduos e grupos sociais diversos, em arranjos relacionais os mais variados e, frequentemente, com interesses concorrentes ou mesmo antagônicos; multidão e sociedade civil proferindo e defendendo discursos, direitos, narrativas que explicam e justificam o que se vive desse ou daquele modo.

Uma reflexão um pouco mais detida sobre o lugar e o papel do conflito na vida social se faz pertinente. Os movimentos contraditórios, ou quase isso, que acontecem ininterruptamente merecem destaque porque, pura e simplesmente, fazem parte da vida. Inicialmente, cabe mencionar duas concepções a respeito do conflito, que se posicionam em polos opostos: a primeira, normativa, assume o conflito como um desequilíbrio sistêmico, uma disfunção social, isto é, o conflito acontece quando algo não funciona bem; a outra diz que



*um sistema é tanto mais pujante e dinâmico quanto mais capaz de gerar e produzir conflitos. em vez de sinalizar disfunções e desequilíbrios, os conflitos constituem dinâmicas, processos e sujeitos sociais que viabilizam e operam o permanente aperfeiçoamento do sistema ou, mesmo, em algumas visões, sua superação – através de reformas ou revoluções (VAINER, 2007).*

A partir da primeira e muito difundida visão, a tendência é buscar o fim do conflito, a correção do sistema social. Retira-se a política – fonte de balbúrdia, adversária da construção de estratégias comuns – de pauta e ao menos três utopias podem ser pensadas. A utopia da sociedade harmônica, que parte das críticas às desigualdades engendradas pelo sistema capitalista, intenta uma sociedade igualitária, onde a superação das desigualdades de classe promove a homogeneidade das famílias ou indivíduos e, em consequência direta, previne todo e qualquer conflito. A utopia da sociedade silenciada, no que lhe concerne, chega a ausência do dissenso por meio da repressão violenta imposta pelo poder.

A violência como mecanismo primordial do sistema não ocorre tão somente em ditaduras declaradas; a força repressora é aplicada em determinadas situações também em contextos anunciados como democráticos. Bom exemplo é a maneira pela qual o Estado

lida com conflitos fundiários rurais e urbanos. Por fim, a utopia da sociedade consensual defende que os conflitos surgem quando não foi possível negociar a tempo os interesses que se contrapõe (VAINER, 2007).

A grande questão dessa última utopia, que também pode ser reconhecida como utopia da sociedade negocial, é considerar os agentes livres e em igualdade de condições para tergiversar e firmar um acordo, chegar a um consenso. Contudo, essa propagada igualdade “é uma ficção social, ou melhor, uma ficção engendrada no e pelo mercado [...] pois, como todos sabemos, o mercado e a sociedade estão longe de colocar face a face iguais. E, como também sabemos, as negociações raramente colocam, frente a frente, potências negociais de igual porte” (VAINER, 2007).

Desse modo, a democracia consensual/negocial se reverte de defesa de liberdades, escondendo seu caráter autoritário, fazendo

funcionar a ideologia. Não há que se falar em contrato entre iguais quando não há iguais. Não é viável chegar a satisfações mútuas diante de interesses antípodos: é impreterível escolher, por capricho, ilusão ou miopia, como se verá adiante. Nesse fluxo, outro ponto a ser considerado é que a sociedade não é, com o querer a concepção consensual/negocial, formada por grupos de interesses constituídos. Longe disso, os grupos subalternizados se constituem como sujeitos políticos na luta, via conflitos deflagrados, quando geram identidades, planos e práticas coletivas, ação política (VAINER, 2007). Se é na disputa política que os sujeitos coletivos se formam e são formados, a intenção de prevenir ou mediar conflitos significa obstaculizar, senão impedir, que os segmentos populacionais oprimidos surjam e se posicionem com autonomia. Possui, portanto, apesar da boa intenção aparente, aquele conhecido caráter autoritário. Para concluir esse ponto com Vainer (2007):



*Por tudo o que eu disse, julgo necessário rejeitar políticas e estratégias fundadas na prevenção e mediação de conflitos. A construção de cidadãos, a constituição de sujeitos políticos coletivos, o fortalecimento de políticas urbanas universalistas, abrangentes, tudo isso aponta para a necessidade de reconhecer a contribuição indispensável dos conflitos sociais, e os riscos representados por sua eliminação, seja através da violência, seja através da prevenção. Também aponta para a necessidade de radicalizar os conflitos, e não de buscar suas mediações. O que nos falta, ainda, e por muito tempo, é temperarmos nossa sociedade para viver, de maneira intensa, profunda, plena, a conflituosidade.*

A advocacia lida diuturnamente com a polifonia e com o conflito, mais especificamente, com o princípio da ampla defesa e do contraditório, e isso só é possível em um Estado Democrático. Advogadas(os) são

agentes políticos dotadas(os) de qualificação técnica que garantem o direito à fala e a conflituosidade no âmbito de uma sociedade que se movimenta, atualiza e onde os sujeitos expandem as suas compreensões, dúvidas

e certezas. É o profissional que conhece, deve conhecer, as pedras do caminho. Para encerrar esse item, segue um trecho da obra O Auto da Compadecida, de Ariano Suassuna (2005, p.122):



*O Encourado, cioso dos pecados dos réus, encaminha a todos para o inferno, até que João Grilo grita:*

**JOÃO GRILLO:** *Acabem com essa molecagem. Diabo dum barulho danado! É assim, é? É assim, é?*

**ENCOURADO:** *Assim como?*

**JOÃO GRILLO:** *É assim de vez? É só dizer “pra dentro” e vai tudo? Que diabo de tribunal é esse que não tem apelação?*

**ENCOURADO:** *É assim mesmo e não tem para onde fugir!*

**JOÃO GRILLO:** *Sai daí, pai da mentira! Sempre ouvi dizer que para se condenar uma pessoa ela tem de ser ouvida!*

A provocação alardeia o conflito – o contraditório –, e desencaixa o centro do discurso “oficial”, fazendo aflorar a percepção de outros discursos possíveis – a ampla defesa – e, dessa forma, dessacraliza e relativiza o discurso do poder, fazendo ver tratar-se de somente mais um discurso entre os ruídos altercados da polifonia (BAKHTIN, 2010). Promove a ruína da ideia de um discurso único, fechado e impermeável, cujos valores são a seriedade hiperbólica e a imutabilidade. É desse jeito que na obra ficcional as autoridades constituídas nos moldes da vida terrena – Bispo, Padre, Sacristão, Padeiro e Esposa – veem-se na hora após a morte igualados ao Cangaceiro, seu cabra e também ao amarelo João Grilo. E é nele, o amarelo mais amarelo da Paróquia, em quem se agarram, como conta o livro. Aparece, em seguida, atendendo ao pedido de Grilo, ninguém menos que Nossa Senhora, a Compadecida, como advogada de todos, em defesa do julgamento justo e dos direitos concernentes àquelas condutas e histórias de vida.

## DIREITO E VERDADE

Sobre o atributo “de Direito”, destacar-se-á a associação – pretensa e intentada com esmero – entre o que é consolidado pelas leis, em sentido amplo, e a verdade. O Estado de Direito não é uma forma de Estado, muito menos uma forma de governo. Como Paulo Bonavides (2018, p. 331) bem explicita, o Estado de Direito é “um status quo institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores de garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais”. Dessa forma, o Estado de Direito é aquele onde o próprio Estado, enquanto detentor de poderes perante a população, assume um compromisso

direto para com estes de salvaguardar e, conseqüentemente, fazer cumprir os direitos de todos aqueles sob sua tutela.

Retomando a citação de Ruy Barbosa, “a serenidade das formas judiciais” ordenam o transcurso de um processo de desvelada busca, movido pelo “interesse da verdade”. A busca procura o direito a ser aplicado ao caso concreto, pretende identificar quais são as normas que disciplinam a situação posta em discussão (polifonia e conflito, ampla defesa e contraditório atuando fortemente nessa seara). Esse direito é o que aquela sociedade, naquele momento sócio-histórico, foi capaz de produzir e compreender como justamente adequado aos seus valores regentes e à verdade dos fatos. Conclui-se que a verdade não se mostra explicitamente, entre tantas vozes dissonantes, de pronto; precisa ser investigada, (re)conhecida, e as formas judiciais estabelecem os protocolos orientadores desse percurso.

O empenho incessante para alcançar a verdade – aquela verdade singular – por vezes se prolonga no tempo e segue por veredas certamente tortuosas, em alguma intensidade; se aproximará dela – sempre uma aproximação, nunca um acesso integral a toda substância da verdade – a narrativa mais próxima, ou a que faça crer ser a mais próxima, da versão socialmente consolidada e/ou juridicamente posta – ainda que temporariamente, pois sujeita aos ventos bravios das mudanças sócio-históricas – a respeito dos fatos e fenômenos tratados.

Não é possível aqui aprofundar a discussão filosófica sobre a verdade, ao mesmo tempo em que necessário se faz trazer à baila algum fundamento para o tema. Por conseguinte, apresenta-se a visão do filósofo pragmatista

Richard Rorty (1999), para quem as teorias da verdade devam ser desinflacionadas. Para o autor, a verdade não possui uma substância cognitiva, uma essência ou propriedade real, nem tampouco um fundamento metafísico; a verdade, a partir dessa abordagem deflacionista, é o acordo possível entre dois falantes. Rorty (1999) não se arvora a construir uma teoria da verdade, considerando desnecessário esse intento; o que ele pretende é “dessubstanciar” o conceito de verdade, permitindo que as discussões ocorram em torno de outros temas, como a liberdade, por exemplo.

Desinflado, o conceito de verdade se aplica a frases, sentenças, discursos, argumentos. As coisas em si mesmas não podem ser verdadeiras ou falsas, afinal a verdade não é imanente a essa ou aquela coisa. As palavras, por sua vez, não emanam diretamente das coisas, são articuladas umas às outras por razões distintas e não necessariamente subordinadas a uma lógica racional e, desse modo, por esse périplo de definições mutuamente referentes e culturalmente consensuadas, nomeiam as coisas. É certo que as coisas existem em si, entretanto as designações são fruto da engenhosidade humana, não surgem de uma dimensão metafísica que traga em paralelo o julgamento sobre o falso ou o verdadeiro.

Sendo os argumentos em favor ou contra uma possível verdade elementos discursivos, cumpre-nos trazer aqui algumas considerações a partir de um recorte desse campo do conhecimento. A análise do discurso considera que os dispositivos discursivos que estruturam a comunicação simbólica são necessariamente distorcidos em alguma medida e/ou guardam relação com o poder, vez que não há possibilidade de acesso à realidade sem tais mediações. Zizek explica a visão da análise do discurso através de Ducrot:



*A ideia básica de Ducrot é que não se pode traçar uma clara linha demarcatória entre os níveis descritivos e argumentativos da linguagem: não existe conteúdo descritivo neutro; toda descrição (designação) já é um momento de algum esquema argumentativo; os próprios predicados descritivos são, em última instância, gestos argumentativos reificados-naturalizados. Esse impulso argumentativo assenta-se nos topoi, nos “lugares-comuns”, que operam apenas enquanto naturalizados, apenas enquanto os empregamos de maneira automática, “inconsciente” — uma argumentação bem-sucedida pressupõe a invisibilidade dos mecanismos que regulam sua eficiência (2013, p. 16, 17).*

Zizek (2013) menciona, em seguida, Michel Pêcheux. Esse último autor afirma que uma das formas de atuação da ideologia é fazer existir uma “evidência” de Sentido. Os mecanismos discursivos propõem algo que pode ser expresso com as frases: “Olhe, você pode ver por si mesmo como são as coisas!” ou “Deixe os fatos falarem por si”. Ora, os fatos não podem, simplesmente, ser tomados por “evidência”, afinal jamais “falam por si”; sempre são compreendidos no âmbito de um discurso – vale lembrar a constatação de Ducrot: “toda descrição (designação) já é um momento de algum esquema argumentativo”. Esta falsa

“evidência” remete a questão do ponto de vista.

O sujeito imerso num universo simbólico será conduzido a ver isso ou aquilo, a reconhecer ou não como “evidência” dotada de Sentido este ou aquele fenômeno social. Tudo o que percebe como falta ou excesso decorre da organização do espaço simbólico no qual se move. Perceber como excesso o número de pessoas pobres no aeroporto – fazendo parecer uma rodoviária – ou condenar a existência trabalho em condições análogas à escravidão são fruto de um discurso, de uma organização simbólica que define verdades. Como diz Drummond (1985),



*A porta da verdade estava aberta,  
mas só deixava passar  
meia pessoa de cada vez  
Assim, não era possível atingir toda a verdade,  
porque a meia pessoa que entrava  
só trazia o perfil de meia verdade.  
E sua segunda metade  
voltava igualmente com meio perfil.  
E os meios perfis não coincidiam.  
Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.  
Chegaram a um lugar luminoso  
onde a verdade esplendia os seus fogos.  
Era dividida em duas metades,  
diferentes uma da outra.  
Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.  
Nenhuma das duas era perfeitamente bela  
E era preciso optar. Cada um optou  
conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.*

O direito estabelecido, quando estabelecido, consolida uma argumentação. Ao descrever condutas e situações e o modo de tratá-las demonstra inequivocamente um ponto de vista, um argumento. O fato de enxergar e atribuir

importância a tais condutas e situações, a ponto de incorporar ao ordenamento regras que lhes digam respeito, informa sobre o que fundamenta o pensar e agir do Estado, inclusive corroborando ou não com seus divulgados princípios. As

evidências de sentido, por seu turno, não são dadas nem mesmo pela descrição argumentativa da lei. Serão disputadas, contestadas, defendidas, e a verdade mais bela terá, sempre no fio da navalha do espaço tempo, êxito.

## O papel do advogado nessas circunstâncias

Face a tantos movimentos, a advocacia é exercício fundamental para garantir as possibilidades: de fala, narrativa, criação, gozo e fruição de direitos. Além das competências técnicas próprias a

cada especialidade, a(o) advogada(o) deve estar atento à polifonia, conflitos, versões sobre a verdade, evidências de sentido, para fazer valer o Estado Democrático de Direito, deve se situar

frente as multiplicidades dos contextos que se apresentam ou são escamoteados. Apelando à arte mais uma vez, deve ser o profissional do direito como “Bridge Over Troubled Water”.



### REFERÊNCIAS

BAKHTIN, Mikhail. **Problemas da poética de Dostoiévski**. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1981.  
BARBOSA, Rui. **O Dever do Advogado**: Carta a Evaristo de Moraes. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.  
BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 11ª. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.  
COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci**. (Coleção Fontes do Pensamento Político – vol.2). Porto Alegre: L&PM, 1981.

DALLARI, Daimo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 33ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.  
DRUMMOND, Carlos. **A verdade dividida**. In Contos Plausíveis. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.  
INSTITUTO ANTÔNIO HOUAIS. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1ª. ed. [S. l.]: Objetiva, 2001.  
ZIZEK, Slavoj. **O espectro da ideologia**. In Slavoj Zizek (Org.). Um mapa da Ideologia. 5ª reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2013.  
RORTY, Richard. Verdade e Liberdade: Uma réplica a Thomas McCarthy. In GHIRALDELLI Jr, Paulo.

# Demandas estruturais e as funções anômalas da justiça eleitoral: estudo de caso da consulta nº 0600306-47.201926

## AUTORES



LUIS VINICIUS DE  
ARAGÃO COSTA

Advogado, conselheiro seccional da OAB/BA, mestrando em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Educação, Desenvolvimento e Pesquisa.



OSMAR MENDES  
PAIXÃO CÔRTEZ

Advogado, professor titular do programa de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Educação, Desenvolvimento e Pesquisa.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará o fenômeno a realização do papel constitucional da Justiça Eleitoral, em especial do Tribunal Superior Eleitoral na consolidação e ampliação do processo democrático brasileiro.

Investigar-se-á, a partir do conceito de problema estrutural e da caracterização do processo estrutural, como a Corte Eleitoral vem se utilizando de instrumentos típicos daquela Justiça Especializada para interpretar, reconhecer e normatizar regras para aplicação nas eleições nacionais, regionais e municipais.

Em recorte, será feito um estudo de caso sobre a Consulta nº 0600306-47.2019, onde o Tribunal Superior reconheceu e disciplinou regra de rateio de recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial para Financiamento de Campanhas (FEFC) para candidaturas de

mulheres e candidaturas negras. Neste, uma atenção maior será dada ao financiamento das candidaturas negras, uma vez que não possui até aquele momento qualquer regra literal, constitucional ou infraconstitucional, emanada do Poder Legislativo.

Para tanto, a primeira parte deste artigo contextualizará o problema da democracia na atual quadra histórica, com enfoque para a participação de grupos minoritários e necessidade de uma reforma política reclamada por movimentos reivindicatórios.

A segunda parte tratará do conceito de problema estrutural dentro dos estudos até então apresentados para o fenômeno do processo estrutural e objetivação do processo.

Feita a incursão bibliográfica, serão apresentados dois instrumentos atípicos

da Justiça Eleitoral para administração das eleições: a consulta e o poder normativo, bem como a crítica ao uso dessas ferramentas pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Ao fim, a Consulta nº 0600306-47.2019 será estudada em caráter descritivo, demonstrando a participação da parte consulente, dos órgãos opinativos, e também analíticos, demonstrando a presença dos elementos doutrinários encontrados ao longo do artigo.

De antemão, vale ressaltar que não se trata de reconhecer a consulta como um instrumento jurisdicional, o que de fato não é, mas entender como um órgão do Poder Judiciário pode se valer desse instrumento para resolver um problema estrutural, com determinação de normas inéditas para toda coletividade ou, ao menos, para os participantes do processo eleitoral.

## A democracia, a reforma negada e representatividade: de 2013 ao *black lives matter*.

O processo de redemocratização iniciado após a abertura política culminou na Constituição Federal de 1988, restabelecendo o Estado Democrático de Direito e o regime de funcionamento das liberdades civis e políticas. O pluralismo político e a liberdade de partidária são normas constitucionais extraídas do texto constitucional, mais detidamente nos artigos 1º e 17.

Com a nova Constituição e o regime de redemocratização, diversas vezes o Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado para discutir assuntos relacionados ao

funcionamento, financiamento, direito de antena e fidelidade partidária.

O regime democrático vive um momento de questionamentos em diversas partes do mundo, com impacto na nossa democracia, podendo ser escolhido o que é idos de 2013 como um dos momentos cruciais. Parte da legislação eleitoral foi apresentada ou conduzida para o centro dos movimentos contestatórios.

Algumas das soluções foram apresentadas já em 2013, sendo uma delas a possibilidade

de Reforma Política através de “Constituinte exclusiva”<sup>27</sup>. Contudo, o tema não avançou no parlamento, inclusive recebendo críticas de juristas<sup>28</sup>, uma das razões para não se avançar o tema no Poder Legislativo.

Maria da Glória Gohn, analisando em perspectiva sociológica e histórica o processo de movimentações de rua de 2013 até as eleições de 2018, identifica que “os movimentos clássicos, de luta pela terra, moradia ou os sindicatos, contam pouco com a participação dos jovens, e usualmente se organizam de forma tradicional no rural e no urbano” (2019,

<sup>27</sup>Trabalho realizado para conclusão de créditos na disciplina Uniformização de Jurisprudência e a realização do papel constitucional das cortes superiores, no programa de mestrado em Direito do Instituto Brasileiro do Ensino, Pesquisa e Extensão (IDP).

<sup>28</sup>Dilma propõe Constituinte exclusiva para reforma política. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 de junho de 2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-24/dilma-rousseff-propoe-constituinte-exclusiva>

reforma-politica>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

<sup>29</sup>Juristas questionam proposta de Constituinte para reforma política. *Portal G1*, Rio de Janeiro, 24 de junho de 2013. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/juristas-questionam-proposta-de-constituinte-para-reforma-politica.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

p. 182)). Para essa autora, “eles [esses movimentos tradicionais] têm concepções e estruturas organizacionais mais centralizadas, focalizadas em líderes e lideranças”.

Em uma perspectiva global, Yascha Mounk (2019) analisa o fenômeno norte-americano e europeu, apontando investigações que demonstram que os cidadãos passaram a confiar menos na classe política e nas instituições democráticas.

Aparenta para fatores distintos, porém

complementares: seja a partir de crise de identidade e desinstitucionalização de partidos até ausência de estímulos para congregar uma nova cultura de participação, passando por escolhas legislativas e até mesmo até mesmo descrença em instituições e na própria democracia.

Norberto Bobbio (2017) enfrenta a questão identificando a existência de uma sociedade pluralista construída pela própria democracia, onde “não existe mais o povo como unidade

ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central” (BOBBIO, 2017, p. 43).

A crise da democracia liberal indica ainda a desestruturação e incapacidade de Estados promoverem políticas públicas que consigam responder aos anseios de uma sociedade cada vez mais plural.

Neste sentido, Manuel Castells dirá que



*A crise da democracia liberal resulta da conjunção de vários processos que se reforçam mutuamente. A globalização da economia e da comunicação solapou e desestruturou as economias nacionais e limitou a capacidade do Estado-nação de responder em seu âmbito a problemas que são globais na origem, tais como crises financeiras, a violação aos direitos humanos, mudança climática, a economia criminoso ou o terrorismo (CASTELLS, 2018, p. 17).*

Em outras palavras, a crise da democracia liberal é ainda reflexo da incapacidade do Estado frente a diversidade. Fato é que as promessas de bem-estar, todas elas positivadas em diversas constituições ao redor do planeta foram descumpridas em países de democracia social consolidada, como países da Europa ocidental, como o desmantelamento de seu sistema de proteção social (CASTELLS, 2018).

Certo é que algumas respostas aos movimentos de 2013 ficaram abertas e, em

2020, o registro de transeuntes por câmeras de celulares da morte de George Floyd por sufocamento realizado por um policial, em Minneapolis (EUA), fez eclodir o movimento black lives matter (vidas negras importam), que tomou o mundo em ondas concêntricas.

No Brasil, os reflexos do movimento tiveram origem na inquietação de parcela da sociedade diante de tratamentos não assimétricos dados pela opinião pública entre as mortes de pessoas negras e brancas<sup>29</sup>.

Se o sistema proporcional reconhece a possibilidade de representação de minorias, ao buscar que “todas as correntes de opinião que obtenham considerável apoio na sociedade participem institucionalmente da formação da vontade política do Estado” (SALGADO, 2012, 152), certo é que no parlamento nacional, apesar da população negra<sup>30</sup> representar 54,9% da população, a representação na Câmara de Deputados 24,46% eleita no pleito de 2018.

## Processo estrutural, problema estrutural e complexidade e as relações com o ativismo.

### ENFRENTANDO CONCEITOS: PROCESSO ESTRUTURAL E PROBLEMA ESTRUTURAL.

É referência comum na doutrina que o processo estrutural “inicia em um contexto experimentalista, utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em especial naquela comumente conhecida como Corte Warren, datada de 1853 a 1969” (ARENHART et alli, 2021, 18).

A percepção do nascimento processo estrutural brasileiro tem relação com este processo não somente pelo exemplo escolhido para esta análise/estudo de caso, mas por estar a sociedade americana, naquele contexto, “preparada para um novo contexto social étnico”, havendo o clima político favorável para afastar a doutrina do *separate but equal* (ARENHART et alli, 18).

Como dito acima, o cenário político nacional, promovido pela manifestações de 2013 e pelos reflexos do movimento *black lives matter* (vidas negras importam), criou-se assim um ambiente favorável para que o Poder Judiciário assumisse o protagonismo de uma reforma política que tenta-se superar o déficit de representatividade de pessoas negras nos parlamentos (Câmaras dos deputados, estaduais, distrital e de vereadores), além da ocupação de cargos escolhidos pelo sistema majoritário (presidente da República, governadores e prefeitos, além dos senadores).

O conceito de processo estrutural está em construção na doutrina nacional.

O processo estrutural é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação

jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural.

Didier Jr, Zanetti Jr e Oliveira dizem ser natural que “se pretenda vincular a noção de processo estrutural aos casos em que se discutem questões altamente complexas, relativas a direitos fundamentais e em que se busca interferir na estrutura de entes ou instituições ou em políticas públicas” (2020, 104).

Para os mesmos autores, “o conceito de processo estrutural pressupõe o de problema estrutural” (DIDIER JR. et alli, 2020, 104), sendo este um conceito-chave.

<sup>29</sup>Vidas negras importam! chacoalha brasileiros entorpecidos pela rotina de violência racista. El País, São Paulo, 06 de junho de 2020. Racismo. Disponível em: < <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-06/vidas-negras-importam-chacoalha-parcela-de-brasileiros-entorpecida-pela-rotina-de-violencia-racista.html>>. Acesso em: 15 de outubro de 2022. Não se desconhece que o Brasil já tivesse um movimento negro ativo e que conquistasse no âmbito legislativo como a Lei nº

7.716/89 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) e a política de cotas, sufragada constitucionalmente pelo STF, para citar como exemplos, mas apenas contextualiza o momento político especial para esse estudo. <sup>30</sup>Aqui considerada pretos e pardos.

Aparentemente, Sergio Cruz Arenhart, Gustavo Osna e Marcos Félix Jobim seguem o mesmo caminho, dedicando um capítulo de seu curso para definir e caracterizar o problema estrutural antes mesmo de qualquer tentativa de delinear um conceito sobre o processo estrutural.

Contudo, Abbagnano (1999) diz que conceituar é exercer uma função finalística e instrumental. O conceito assim descreve os objetos da experiência para permitir o seu reconhecimento, classifica para as diversas formas como ele aparece, organiza os dados da experiência estabelecendo conexões de natureza lógica e

permitir a interferência dedutiva imprescindível no âmbito da ciência a fixação de conceitos.

Apesar disso, certo que, como dito, o conceito de processo estrutural – em formação – precisa que antes sejam, fixadas as balizas conceituais do que vem a ser “problema estrutural”.

É natural que a trivialização ao processo como um mero instrumento de satisfação do direito material transforme o seu objeto (o problema estrutural) como algo que a ciência e os estudos se esforcem mais a pesquisar e lapidar.

Para Didier Jr, Zanetti Jr e Oliveira, o problema estrutural se caracteriza pela “existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade” (2020, 104).

Ainda na caracterização, os mesmo autores destacam que o referido problema estrutural não propriamente é um ato ou fato ilícito, “no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal” (DIDIER JR. et alli, 2020, 104).



*Estado de desconformidade, como dito, não é sinônimo necessariamente de estado de ilicitude ou de estado de coisas ilícito. Estado de desconformidade é situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas, que exige uma intervenção (re)estruturante. Essa desorganização pode, ou não, ser consequência de um conjunto de atos ou condutas ilícitas (DIDIER JR. et alli, 2020, 104).*

Para Arenhart, Osna e Jobim, um problema estrutural se caracteriza pela complexidade e multipolaridade, buscando a recomposição institucional e sendo prospectivo. Ficaremos para fins desse estudo tão-somente na complexidade.

Para compreender a complexidade e até diferencia-lá de outras situações em que a palavra fora empregada, os

autores citados diferenciam problemas complexos e problemas simples diante da “previsibilidade existente entre determinada demanda ação e os seus possíveis resultados”, ou seja, “enfatizar-se-á a característica que diferencia os sistemas simples dos complexos a partir da maior ou menor previsibilidade das consequências oriundas de certo ‘estímulo’ aplicado” (ARENHART et alli, 2021, 63).

Por outro lado, reconhecem os autores que “qualquer solução exige a participação de inúmeras organizações” e “pluralidade de indivíduos” (ARENHART et alli, 2021, 63), atraindo assim a característica de “complexidade” ao polo da representatividade e legitimidade política.

A questão ganha novos contornos quando se percebe a relação entre a objetificação do processo (ou demanda) e ativismo judicial.

## O Ativismo Judicial e a Objetivação do Processo

Primeiro, deve-se partir das premissas de Ran Hirschl, à expansão do poder judicial é reconhecida principalmente em governos democráticos, posto que “a existência de um regime democrático implica a presença de um conjunto de regras procedimentais e processos de tomada de decisão aos quais todos atores devem aderir” (2020, 76).

Hirschl (2020) também trabalha com a hipótese de delegação de poderes da seara política para o campo judicial, evitando assim desgaste decorrente do risco da decisão, ou ainda, na tentativa de ganhar apoio de opinião pública em questões controversas, ao passo que os tribunais teriam a credibilidade e reputação de órgão apolíticos.

Para o autor, “o poder do judiciário não cai do céu; é politicamente construído” (2020, 104) e a “constitucionalização de direitos e

o fortalecimento da revisão judicial resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas e hegemônicas” (2020 104).

Para Elival da Silva Ramos, ativismo judicial “é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”, resultando em “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (2015, 14).

Paixão Côrtes acredita que “se a constitucionalização de direitos e as judicial reviews levam à transferência de poderes para o Judiciário, consoante Hirschl bem nota, dando em certa medida margem para

o ativismo judicial, a objetivação, entendida como a tendência de os tribunais julgarem cada vez mais teses e menos casos concretos reforça essa tendência” (2016).

Entendemos que a tentativa de legitimação se dá em termos essenciais e processuais, ou ainda, endo e exoprocessuais.

Analisando as características do Poder Judiciário, e também olhando criticamente os aspectos exoprocessuais, temos que o processo estruturante desafia a solução de medidas que, em análise direta e descompromissada, estaria na órbita do atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Em dissertação sobre tema, Hemily Saraiva, aborda a questão pronunciando que ao Poder Judiciário cabe a “função de garantia

da efetivação dos direitos fundamentais” (2021, 20).

Segundo a pesquisadora, “são vários os doutrinadores, bem como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem reiterados entendimentos de que o Judiciário pode implementar políticas públicas para garantir os direitos fundamentais sociais, desde que o faça excepcionalmente, ou seja, quando houver manifesta omissão dos órgãos estatais competentes” (SARAIVA, 2021, 20).

Em nossas palavras, a legitimidade essencial ou exoprocessual do Poder Judiciário estaria então firmada no desenho institucional trazido pela Constituição de 1998, elevando ao Supremo Tribunal Federal na função de guardião da carta política, mas ainda o poder-dever estatal de apreciação de toda lesão ou ameaça de lesão a direito (inciso XXXV, artigo 5º).

Porém, como visto, a legitimação democrática só ocorre em uma espécie de carácter subsidiário ou autocontido: a motivação política-constitucional para o Poder Judiciário invadir o feixe de atribuições de funções legislativas e executivas só se observa quando há mora

injustificada por parte dos outros poderes ou funções estatais.

A par disso, é necessário que futuros estudos se interessem em classificar o que vem a ser mora injustificada, uma vez que o “tempo da política” é diferente do “tempo do direito processual”, cabendo à política – como sempre fez – negociar consensos e dissensos por seus códigos próprios de maioria/minoria, situação/oposição, um mister pode resultar em dia, meses e anos de negociação e até mesmo encontrar “um momento adequado para tanto”<sup>31</sup>.

Também exoprocessualmente, a legitimação política-institucional do Poder Judiciário em promover políticas públicas é questionada pelo fato deste possuir função “contramajoritária”.

Segundo Hemily Saraiva, os membros do Poder Judiciário “são legítimos para proferirem decisões, diante da autorização da própria Constituição Federal”, no que afastaria o carácter contramajoritário daquele poder por expressa ressalva constitucional.

Com superficial discordância, acreditamos que a natureza contramajoritária não está em encaixe com o Poder Judiciário, fazendo antes

parte da essencialidade da função judiciária ou judicante. Em exemplo superficial, guardará a mesma função contramajoritária à comissão processante de pedido de impeachment do parlamento ou ainda, os órgãos de administração aos quais cabem a fixação de penalidades e multas.

Assim, ao que nos parece, em função jurisdicional (e a consequente característica contramajoritária) estará presente até o pronunciamento judicante. A implementação da política pública, por outro lado, revestirá o Poder Judiciário dos deveres e poderes da atividade administrativa.

A questão residual que fica é quem poderá socorrer o cidadão que se sentir vítima de um cadastramento ilegal feito por servidores públicos na implementação de política pública deferida e executada pelo Poder Judiciário?

Além do controle de políticas públicas implementadas porque deveria estar julgando a política pública, há ainda problemas quanto à execução ou de *enforcement*, razão pela qual o Poder Judiciário deve manter preferencialmente uma função de autocontenção, o que traz novamente complexidade para o problema estudado.



*[...] o principal problema para a consolidação dos provimentos estruturantes e para a consecução dos seus resultados parece possuir natureza material. Em outros termos, ainda que se admita que o Poder Judiciário possa se enveredar por esse caminho, há diferentes interrogações de como fazê-lo” (ARENHART et alli, 2021, 66).*

A legitimação processual ou endoprocessual deriva da capacidade do magistrado, no processo de conhecimento de uma demanda estrutural, se cercar de informações e elementos para decidir, no sentido a sua decisão (por vezes uma entre duas, três ou milhares possíveis) o acolhimento da maioria

dos beneficiários daquela política pública, respeito a capacidade de financiamento do estado e até mesmo a resistência de setores resistentes a tal implementação.

Aqui, em perspectiva luhmanniana, ocorre uma necessária abertura cognitiva do sistema

do direito para a sistema da política, com vista a conhecer as diversas orientações e expressões do problema estruturante, os efeitos positivos e negativos e, por que não, conhecer os “risco da decisão”, variável calculável pelos donos de mandatos políticos quando resolvem “queimar capital político”.

## Justiça eleitoral: a onipresente desconhecida. Consulta e poder normativo do poder judiciário como funções atípicas e essenciais.

Antes de adentrar ao estudo de caso, é preciso apresentar as peculiaridades da Justiça Eleitoral, essa onipresente desconhecida.

Fato é que desde 2014, quando a validade do certame fora questionada tanto no que diz respeito à integridade das urnas eletrônicas, quanto sob denúncias de abuso de poder político e econômico da chapa vencedora

(Dilma/Temer), a Justiça Eleitoral passou a ser objeto de observação de curiosos de plantão oficioso, palpiteiros de redes sociais, mas também da comunidade acadêmica.

Percebeu-se então, como se entre nós nunca estivesse, a presença cotidiana da jurisdição eleitoral como árbitra dos litígios envolvendo candidatos e partidos políticos, mas não

só a isso se resume as funções do Tribunal Superior Eleitoral, os 27 Tribunais Regionais e as milhares de Zonas Eleitorais espalhadas das capitais até o “Brasil profundo”.

Dentre as funções atípicas, da Justiça Eleitoral – e em especial do Tribunal Superior Eleitoral – estão a competência para expedir instruções necessárias para execução da lei eleitoral

<sup>31</sup> Isso porque nada é tão reto quanto se imagina. Surpreendessem os que acham que as bancadas partidárias ou ainda bancadas informais (como a evangélica) pode determinar a rejeição de uma matéria tida por polêmica. Em exemplo recente, os parlamentares começaram a discutir o uso da *cannabis*

*sativa* para fins medicinais, o que já vem dando trabalho, o que demonstra que associar esse tema com a legalização das drogas pode não conseguir a mesma audiência disposta ao diálogo, no entanto, a descriminalização pelo STF aguarda o ruído do parlamento.

(poder normativo) e responder consultas elaboradas em tese por autoridades e órgãos partidários<sup>33</sup>.

Bem verdade que o parlamento guarda certas ressalvas e, por vezes, já tentou limitar o poder normativo do Tribunal Superior, fazendo crescer ao Código Eleitoral, com a Lei nº 14.211/2021, o artigo 23-A, restringindo a expedição de instruções às “matérias especificamente autorizadas em lei”.

Não se sabe ainda como o Tribunal Superior se comportará diante de tal

fenômeno, sendo certo que ainda existe nas instruções (chamadas de Resoluções) atos que introduzem normas jurídicas inovadoras, quando não estabelecendo a fixação de sanções sem o devido processo legislativo, a exemplo fortuito, a punição de transferência ao Tesouro por utilização de recursos de origem não identificada, que, a par de constar na Resolução TSE 21.841/2004, apenas foi inserida na Lei 9.504 com a reforma realizada pela Lei 13.165/2015, ou seja, onze anos depois da criação da “penalidade” por parte do Tribunal, além da perda de cargo do

parlamentar infiel, regulamentada na Resolução TSE 22.610.

O alcance do poder normativo da Justiça Eleitoral divide a doutrina nacional.

Em monografia sobre o tema, Manuel Carlos de Almeida Neto vaticinou que “o poder regulamentar e normativo da Justiça Eleitoral deve ser desenvolvido dentro de certos limites formais e materiais” (2014, 219).

Aprofundando o seu entendimento, defende que



*os regulamentos eleitorais só podem ser expedidos segundo a lei (secundum legem) ou para suprimir alguma lacuna normativa (praeter legem). Fora dessas balizas, quando a Justiça Eleitoral inova em matéria legislativa ou contraria dispositivo legal (contra legem), por meio de resolução, ela desborda da competência regulamentar, estando, por conseguinte, sujeita ao controle de legalidade ou constitucionalidade do ato (2014, 219-220).*

Em crítica mais pragmática, Marcelo Ramos Pelegrino Ferreira reconhece

que o fundamento do poder normativo da Justiça Eleitoral não está previsto na

Constituição Federal, mas na legislação infraconstitucional. Para ele,



*O órgão máximo da Justiça Eleitoral reverbera sobre a competência privativa da União, com arrimo na legislação infraconstitucional, como a chamada norma geral das eleições (Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997), Código Eleitoral e Lei dos Partidos Políticos 609 e sem nenhuma previsão expressa para esta anômala ‘função normativa’ na Constituição Federal (FERREIRA, 2019, 243).*

Já Clèmerson Merlin Clève defende o poder normativo a partir da cláusula geral estabelecida no artigo 121 da Constituição da República (2011, 79), o que nosso sentir é um esforço hermenêutico exagerado, posto que o citado artigo apenas reserva a lei complementar a organização e competência dos tribunais, nada falando sobre a regulamentação das normas eleitorais.

Em resumo, o Supremo Tribunal Federal quando provocado nas ações diretas de inconstitucionalidade 3.999/DF e 4.086/DF reconheceu o poder normativo da Justiça Eleitoral, chamando atenção especial para a finalidade deste ensaio a ressalva trazida pelo relator, ministro Joaquim Barbosa: “As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões

típicas da matéria, não se pronunciar” (BRASIL, 2009, 1).

Para o relator, “não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo” (BRASIL, 2009, 1).

O reconhecido do direito fora feito pelo TSE na resposta à Consulta nº 1.389, quando a Corte Eleitoral firmou entendimento contrário a jurisprudência dominante do STF. Instalado por uma série de mandados de segurança que arguíam em favor das agremiações o direito líquido e certo ao mandado do parlamentar trânsfuga, as ações mandamentais reconheceram o posicionamento firmado do Tribunal Superior.

Aqui nos deparamos com outra função atípica: resposta a consultas.

Presentes no cotidiano da Justiça Eleitoral, tanto nos Tribunais Regionais quando na Corte Superior, é nesta que

este procedimento peculiar ganha força institucional.

Apesar de uma jurisprudência que teima em negar poder cogente às repostas, a Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com a reforma realizada pela Lei 13.655, em especial no artigo 30 e seu parágrafo, que estabelece o caráter vinculante de tais atos.

Em boa hora, lembra-se que o CPC determina aos juízes e tribunais a observância da “orientação do plenário” aos quais estiverem vinculados (inciso V, artigo 927 do CPC).

Assim, ainda que revestida de função atípica, considerada um ato de natureza administrativa, a resposta às consultas ganharam um patamar decisório e vinculativo que engrandece o instituto e chama atenção para o estudo do mesmo.

Ainda que ressalve o uso do poder normativo e das consultas, Ferreira entende que

<sup>33</sup>Não só os incisos IX e XII do artigo 23 do Código Eleitoral prevê as funções aqui detalhas. Já no parágrafo único do artigo 1º do mesmo código prevê-se que “o Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução”.



*A despeito da inexistência de caráter vinculante previsto em lei, os frutos da “função consultiva” da Justiça Eleitoral, são sempre lembrados e integrados como fundamento das decisões judiciais, sendo mais mera orientação, tal como a jurisprudência a trata. Seu escopo é equivalente ao da lei, ainda mais com as novas disposições antes apontadas do Código de Processo Civil sobre a necessidade de consagração da uniformidade da jurisprudência nacional (FERREIRA, 2019, 249)*

Dessa forma, as duas peculiaridades da Justiça Eleitoral aqui descritas serem

para entender o fenômeno do processo estrutural à medida em que analisaremos,

em estudo de caso, a Consulta nº 0600306-47.2019 e seus desdobramentos.

## Estudo de caso: o caso da consulta TSE nº 0600306-47.2019.

A Consulta nº 0600306-47.2019.00.0000 foi promovida pela deputada federal Benedita Souza da Silva Sampaio levando ao Tribunal Superior Eleitoral buscando responder, segundo a própria consulente, questões atinentes “à participação da mulher negra e participação dos negros em geral” no processo eleitoral (BRASIL, 2020, 5).

Em sua contextualização, foram trazidos dados por extraídos de fontes jornalísticas<sup>33</sup> e estudos realizados por Irapuã Santana<sup>34</sup> demonstrando em cotejo desproporcionalidade entre as candidaturas de pessoas negras e brancas e a representação proporcional e o contingente populacional verificado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Segundo a apresentação de dados em petição, ao passo que a população negra brasileira representa 53% do contingente, apenas 32,83% de dos

candidatos eram identificados como pretos e pardos<sup>35</sup>.

Ainda segundo o estudo realizado, o diagnóstico para esse desequilíbrio entre candidaturas negras e brancas seria a ausência de estímulo dos próprios partidos políticos através da distribuição de recursos de campanha, uma vez que “as variações existentes entre as corridas para os cargos políticos se definem eminentemente pelo custo de suas campanhas, haja vista a abrangência de sua atuação quando forem eleitos” (SANTANA *apud* BRASIL, 2020, 11).

Após o cotejo de outros dados que, por mais incríveis e necessários para reconhecimento da realidade social, não fazem do objeto estudo, a petição de consulta aborda conceitos de representatividade e igualdade, abrindo tópico

especial para a questão da mulher negra na política eleitoral e referências, dados e estudos acerca da condições sócio-econômica por clivagem de raça, transversalmente abordando aspectos como escolaridade, população carcerária e renda (BRASIL, 2020).

Assim, demonstra-se que a petição consulta não se reduziu a formular quesitos objetivos para serem respondidos pelos ministros da corte eleitoral, apesar de fazê-los dentro da técnica jurídica necessária, mas antes contextualizou um problema estrutural inclusive já positivado através da legislação, em especial do Estatuto da Igual Racial, e já decididos pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo assim menção à ADI 5617<sup>36</sup>.

O problema estrutural foi apresentado do TSE com o seguinte rol de quesitos:



- a) As formas de distribuição dos recursos financeiros e tempo em rádio e TV, já concedido às mulheres na Consulta 0600252-18.2018.6.00.0000, deverão ser na ordem de 50% para as mulheres brancas e outros 50% para as mulheres negras, conforme a distribuição demográfica brasileira? Motivo? Vários! Entre eles: Deputados e Senadores com seus sobrenomes consolidados estão trazendo suas mulheres, filhas e outras da família com o mesmo sobrenome para terem acesso a este dinheiro, exclusivo para mulheres. Sendo membros das famílias destes tradicionais Deputados e Senadores, este dinheiro corre o perigo de ser desviado, não chegando às mulheres negras que estão fora deste círculo de poder.*
- b) É possível haver reserva de vagas nos partidos políticos para candidatos negros, nos mesmos termos do que ocorreu com as mulheres? Motivo? Vários! Entre eles: conforme mostrado no texto acima, mesmo tendo um número razoável de candidatas homens negros, por causa da discriminação institucional, poucos candidatos negros são de fato, eleitos.*
- c) É possível aplicar o entendimento dos precedentes supra para determinar o custeio proporcional das campanhas dos candidatos negros, destinando 30% como percentual mínimo, para a distribuição do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, previsto nos artigos 16-C e 16-D, da Lei das Eleições, conforme esta Corte entendeu para a promoção da participação feminina?*
- d) É possível aplicar o precedente, também quanto à distribuição do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão para os NEGROS, prevista nos artigos 47 e seguintes, da Lei das Eleições, devendo-se equiparar o mínimo de tempo destinado a cada partido, conforme esta Corte entendeu para a promoção da participação feminina? (BRASIL, 2020, 33).*

Conforme procedimento das consultas, antes de ir ao plenário, o tema é submetido ao parecer da Assessoria Consultiva (ASSEC), vinculada à presidência do tribunal, e ao

Procurador Geral Eleitoral para opinativo.

Em parecer, o órgão de assessoramento interno orientou por responder negativamente

a consulta e encontrou “óbice na ausência de legislação específica a tratar do assunto” e reconhecendo uma limitação do poder normativo da Justiça Eleitoral, além de apontar

<sup>33</sup>No teor da petição, faz constar: “Nas eleições de 2016, foi constatado que dos 5.568 municípios do país, em 2.512 cidades não há candidato negro (preto ou pardo) disputando as eleições para o cargo de prefeito. Ora, em uma nação onde mais da metade da população – 53% – é de negros, por que em 45,11% dos municípios eles sequer se apresentaram para disputar o cargo de chefe do poder executivo local?” (BRASIL, 2020, 8). A primeira oração usa com fonte o jornal diário *Estadão* (Estado de São Paulo), informando acesso de m <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,apenasbrancos-disputam-em-45-das-cidades-do-pais,10000076642>

<sup>34</sup>Segundo a petição inicial, disponível em Instituto Mercado Popular. Disponível em <http://mercadopopular.org/2016/12/negros-eleicoes/>

<sup>35</sup>Segundo o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, população negra se define como

“o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga” (inciso IV, parágrafo único do artigo 1º) (BRASIL, 2010).

<sup>36</sup>Cabe uma nota sobre a referida ADI. Pelo voto do relator, acolhido por maioria, o STF entendeu por dar “interpretação conforme a Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais” (BRASIL, 2018, 1)

projetos de lei, em tramitação, cujo objeto versa sobre a participação político-eleitoral da população negra (BRASIL, 2020, 43).

Em opinativo, o órgão ministerial averbou a impossibilidade de se responder afirmativamente a consulta por compreender a partilha de recursos e vagas destinados à grupo vulnerável “cria um parâmetro de segregação que não decorre diretamente da lei”, contudo, reconhecendo que a prática espontânea por parte da agremiação, “no exercício de sua autonomia”, seria possível (BRASIL, 2020, 69).

Demonstrando a participação e abertura do processo cognitivo, possível em procedimentos dessa natureza, nos autos constam ainda intervenção do Movimento Negro Unificado (MNU)<sup>37</sup>, Coalização Negra por Direitos<sup>38</sup>, Instituto Marielle Franco e diversas outras organizações da sociedade civil que atuam ativamente na defesa dos direitos e interesses da população negra brasileira, trazendo informações, dados,

pesquisas e documentos relevantes à matéria.

Em uma dimensão substancial, os dados e documentos assinalados, bem como a habilitação dessas entidades não foram conhecidos pelo relator, uma vez que “a consulta eleitoral não comporta, em princípio, intervenção de *amici curiae*, tendo em vista que não possui índole jurisdicional e por haver previsão expressa nesse sentido na Res.-TSE nº 23.478/2016” (BRASIL, 2020, 385), deixando de ser enfrentado tais argumentos e informações pelos relatores.

Observa-se já, então, alguns requisitos trazidos para caracterização do processo estrutural, apesar de não se tratar de processo jurisdicional propriamente dito, mas uma função administrativa levada a cabo por um Tribunal, cuja competência também será julgar as violações contra a sua jurisprudência e ato oriundos de seu poder normativo. Uma necessidade premente de participação

popular na formulação da decisão do tribunal sobre uma matéria de relevante alcance.

Necessário pontuar que, apesar de suprimida a participação, os efeitos que ficaram no Tribunal Superior Eleitoral permitem observar em certa medida um mecanismo de monitoramento de política pública, a saber, a Comissão de Promoção de Igualdade Racial, criada pela Portaria TSE nº 230, de 08 de março de 2022, sob a coordenação do Ministro Benedito Gonçalves, com o objetivo elaborar estudos e projetos para ampliar a participação da população negra no processo eleitoral, bem como a realização de audiência pública sobre “Desigualdade Racial e Sistema Eleitoral” .

No que é pertinente ao julgamento da consulta, lê-se nos votos dos ministros o reconhecimento de uma demanda tipicamente estruturante.

No voto condutor, o Ministro Roberto Barroso descreve o objeto em discussão:



*O racismo no Brasil é estrutural. Isso significa que, mais do que um problema individual, o racismo está inserido nas estruturas políticas, sociais e econômicas e no funcionamento das instituições, o que permite a reprodução e perpetuação da desigualdade de oportunidades da população negra (BRASIL, 2020, 393).*

Tal reconhecimento também há de ser observado nos votos proferidos pelo Ministro Alexandre de Moraes, quando entende que Para o ministro,



*a sub-representação das pessoas negras nos poderes eleitos, ao mesmo tempo que é derivada do racismo estrutural existente no Brasil, acaba sendo um dos principais instrumentos de perpetuação da gravíssima desigualdade social entre brancos e negros. Trata-se de um círculo extremamente vicioso, que afeta diretamente a igualdade proclamada na Constituição Federal e fere gravemente a dignidade das pessoas negras (BRASIL, 2020, 424).*

sistema político-eleitoral brasileiro tradicionalmente foi estruturado nas bases racista”.  
“perpétua a desigualdade racial, pois de uma sociedade ainda e lamentavelmente E ainda, nas palavras do voto-vista,



*a interpretação que venha a permitir a efetivação da plena participação política das brasileiras e brasileiros negros produziria inúmeros resultados positivos, promovendo uma espécie de compensação pelo tratamento aviltante historicamente aplicado à população negra no Brasil (ideia de reparação), viabilizando acesso preferencial a uma plataforma importante para subsidiar o rearranjo das condições de funcionamento do processo social (ideia de redistribuição), atenuando, por meio do exemplo positivo, o sentimento de inferiorização causado pela rarefeita presença de pessoas negras em posições políticas de prestígio (ideia de reconhecimento) e qualificando nosso sistema político-eleitoral e a própria Democracia pela incorporação de políticos com experiências de vida plurais (ideia de diversidade) (BRASIL, 2020, 425).*

Ao nosso sentir, há claro reconhecimento estrutural”, reconhecidamente indenizatória (ou ainda em ação de da questão de forma a tratar a decisão impossível de superar através obrigação de fazer) ajuizado por um como estruturante, um típico “problema do ajuizamento de simples ação membro filiado a partido político.

## Entre o ativismo a autocontenção

Ao apreciar o quesito referente a o Ministro Luís Roberto Barroso judicial para não invadir as funções “reserva de candidaturas negras”, demonstra uma carta contenção tipicamente parlamentares:

<sup>37</sup>Movimento social-racial de reconhecida atuação em defesa dos direitos da população negra, com atuação desde a década de 70 do século passado e destacada a atuação no processo constituinte.

<sup>38</sup>Organização da sociedade civil que tem por objetivo aglutinar diversas organizações, entidades, grupos e coletivos do movimento negro brasileiro”, conforme disposto no site <https://coalizaonegropordireitos.org.br/sobre/>.



*considero que compete prioritariamente ao Congresso Nacional estabelecer uma política de ação afirmativa apta a ampliar a participação política de minorias não brancas, atendendo ao anseio popular e à demanda constitucional por igualdade. Como tenho afirmado, a política é gênero de primeira necessidade em uma sociedade democrática e o Legislativo é o locus por excelência da elaboração normativa. Na ausência de uma norma específica que institua ação afirmativa para pessoas negras no acesso a participação política, determinando, e.g., o tamanho da cota e suas condições específicas, o Poder Judiciário não deve – em princípio – ser protagonista da sua formulação (BRASIL, 2020, 409).*

Entretanto, na linha de raciocínio do Ministro, naquele momento seria “legítima a atuação do Poder Judiciário para assegurar direitos fundamentais de grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, contra discriminações, diretas ou indiretas”, o que, no seu entender necessitaria por “impedir que a ação afirmativa instituída pela Lei nº 9.504/1997 produza discriminações injustificadas em desfavor de grupos historicamente marginalizados e a perpetuação da desigualdade racial no acesso aos cargos públicos eletivos” (BRASIL, 2020, 410).

Por outras palavras, procurava o Ministro diminuir o impacto de disputa de valores do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do Fundo Partidário (FP) nas candidaturas negras masculinas.

Explica-se que, ao reconhecer na ADI 5671 a reserva de 30% desses recursos para as candidaturas femininas (ainda sem qualquer debate racial), o TSE e STF acabaram por aumentar a competição interna na “banda masculina” por recursos (menos recursos, mais competições).

Ocorre que, dentro de estratos populacionais existem inúmeros substratos e clivagens que, aprofundadas, podem reproduzir lógicas discriminatórias tão desafiadoras quanto a injustiça originalmente combatida.

Foi o caso da reserva de recursos para candidaturas femininas, que acabou por espremer as candidaturas masculinas negras junto com as candidaturas masculinas brancas, sendo esse acesso aos recursos igualmente desigual. Por essa razão, como dito em suas razões, o voto proferido pelo Ministro Barroso tentou corrigir os reflexos de um ativismo. Contudo, ao responder o



*À mingua de uma norma específica que institua ação afirmativa nessa seara, o Poder Judiciário não deve ser protagonista da sua formulação. Isso, porém, não quer dizer que não haja papel algum a desempenhar. É legítima a atuação do Poder Judiciário para assegurar direitos fundamentais de grupos historicamente vulneráveis, como mulheres, negros ou homossexuais, contra discriminações, diretas ou indiretas. Assim, o TSE pode e deve atuar para impedir que a ação afirmativa instituída pela Lei nº 9.504/1997 produza discriminações injustificadas e perpetue a desigualdade racial (Brasil, 2020, 395).*

segundo item formulado na consulta (reserva de candidaturas para pessoas negras com

destinação proporcional dos recursos públicos e direito de antena), entenderam os Ministros

em manter uma autocontenção parcial, sendo o voto condutor novamente esclarecedor:



*Sobre a questão, considero que compete prioritariamente ao Congresso Nacional estabelecer uma política de ação afirmativa apta a ampliar a participação política de minorias não brancas, atendendo ao anseio popular e à demanda constitucional por igualdade. Como tenho afirmado, a política é gênero de primeira necessidade em uma sociedade democrática e o Legislativo é o locus por excelência da elaboração normativa. Na ausência de uma norma específica que institua ação afirmativa para pessoas negras no acesso a participação política, determinando, e.g., o tamanho da cota e suas condições específicas, o Poder Judiciário não deve – em princípio – ser protagonista da sua formulação (BRASIL, 2020, 409).*

Não se afastou, no entanto, o voto condutor de proclamar um resultado criativo, destinando (ainda que sem amparo de clara dicção legal) a reserva de valores do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) para candidaturas de homens

negros, tal como destinado a candidaturas femininas negras.

Por fim, em respeito à regra da anualidade eleitoral, proclamava ainda o voto-vista do Ministro Alexandre de Moraes e Ministro

Og Fernandes. A par disso, restou sufragado o voto relator determinando “aplicabilidade imediata da resposta dada”, bem como, “a expedição de comunicação aos órgãos nacionais dos partidos”, sob os critérios:



*i. O cálculo da aplicação de recursos do FEFC em candidaturas de mulheres negras e homens negros será realizado do seguinte modo: (i) afere-se o percentual nacional de candidaturas de cada gênero para cada partido, com base no total de pedidos de registro; (ii) afere-se o percentual de mulheres negras, dentro do total de candidaturas femininas, e de homens negros, dentro do total de candidaturas masculinas; (iii) esses percentuais (mulheres, mulheres negras e homens negros) serão utilizados para definir o montante mínimo do FEFC a ser aplicado pelo partido, em todo o país: a) nas candidaturas*

femininas, observado, dentro deste grupo, o montante mínimo a ser aplicado a candidaturas de mulheres negras; b) nas candidaturas de homens negros. A fiscalização da aplicação dos percentuais mínimos será realizada pelo TSE apenas no exame das prestações de contas do diretório nacional.

ii. O cálculo e a fiscalização da aplicação de recursos do Fundo Partidário em candidaturas de mulheres negras e de homens negros será realizado do seguinte modo: (i) havendo aplicação de recursos do Fundo Partidário em campanhas, o órgão partidário doador, de qualquer esfera, deverá destinar os recursos proporcionalmente ao efetivo percentual de a) candidaturas femininas, observado, dentro deste grupo, o volume mínimo a ser aplicado a candidaturas de mulheres negras; e b) candidaturas de homens negros; (ii) e a proporcionalidade será aferida com base nas candidaturas apresentadas no âmbito territorial do órgão partidário doador. A fiscalização da aplicação do percentual mínimo será realizada no exame das prestações de contas de campanha de cada órgão partidário que tenha feito a doação.

iii. Em ambos os casos – FEFC e Fundo Partidário –, os percentuais de candidatas negras e de candidatos negros serão definidos, a cada eleição, com base na autodeclaração da cor preta e da cor parda, lançada no formulário do registro de candidatura.

iv. Os critérios para a distribuição do FEFC, enviados pelos partidos políticos à Justiça Eleitoral para publicação, deverão ser compatibilizados com a destinação mínima de recursos em candidaturas de pessoas negras, nos termos ora fixados, sendo desnecessária a edição de ato complementar (BRASIL. 2020, 489/490).

Em medida cautelar na ADPF 738, no STF, o Ministro Ricardo Lewandowski “a imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do TSE à Consulta 600306-47, ainda nas eleições de 2020 (BRASIL. 2020b, 10).

Nos fundamentos, o relator considerou o princípio da igualdade (artigo 5º, caput, da CF) e afastou a regra da anterioridade anual afirmando que outrora, no julgamento da ADI 3741, o Supremo firmara entendimento que de

ofensa à citada regra ocorre nas hipóteses de “(i) rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos ou candidatos no processo eleitoral; (ii) deformação que afete a normalidade das eleições; (iii) introdução de elemento perturbador do pleito; ou (iv) mudança motivada por propósito casuístico” (BRASIL, 2020b, 9).

Não que aqui se fale em “decisão em cascata”, mas certo é que as eleições de 2020 foram realizadas e o financiamento

de candidaturas de pessoas negras foi realizado com os partidos se valendo dos critérios estabelecidos na Consulta nº 0600306-47.2019.

Entretanto, para as eleições de 2022, o Tribunal Superior Eleitoral fez editar a Resolução nº 23.655, em 9 de dezembro de 2021, inserindo e alterando dispositivos na Resolução nº 23.607, firmando os mesmos critérios no artigo inciso I, do parágrafo do artigo 17.

## A reação parlamentar

A reação do Congresso Nacional à reforma eleitoral realizada pelo Tribunal Superior Eleitoral para participação e incentivo de candidaturas negras não seguiu o caminho de alterar a regra de rateio do Fundo Especial de Financiamento Eleitoral.

No bojo das discussões e aprovação de regras eleitorais, para as eleições de 2022, o parlamento não adentrou na questão, seja incorporando a regra (como feito parcialmente com a fidelidade partidária), seja legislando em sentido diametralmente oposto ao que

decidiu pela Corte Eleitoral (como no caso da necessidade de informar os doadores originários). Com o silêncio da legislação, foram mantidas as regras previstas na Consulta nº 0600306-47.2019, como já dito, agora acrescentadas à Resolução TSE nº 23.607.

Contudo, o Congresso, tratando o tema, promulgou a Emenda Constitucional nº 111, de 28 de setembro de 2021, alterando a regra de distribuição dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de

Campanha (FEFC), determinando que “os votos dados a candidatas mulheres ou a candidatos negros para a Câmara dos Deputados nas eleições realizadas de 2022 a 2030 serão contados em dobro. (BRASIL. 2021).

Trata-se de incentivo e estímulo às candidaturas de mulheres e negros, uma vez que, recebendo apoio partidário e alcançando mais votos, o desempenho dessas candidaturas aumentará as chances das agremiações acessarem mais recursos que suas oponentes<sup>39</sup>.

# Desempenho de candidaturas negras nas eleições de 2020 e 2022 e problemas identificados na execução da norma extraída da consulta nº 0600306-47.2019

Não se trata de fazer neste artigo uma análise profunda dos impactos da legislação e desempenho das candidaturas negras e muito menos vincular tais informações ao sucesso ou fracasso da Consulta nº 0600306-47.2019.

Primeiro, há imperiosa necessidade de apuração metodológica e extração de dados em sítios oficiais para acompanhar a evolução de candidaturas negras, de onde o auxílio da sociologia e da ciência política seria não só importante como mais qualificado.

Segundo, há necessidade de investigar se outros fatores contribuem para o resultado, como a reverberação ainda sentida do movimento black lives matter (vidas negras importam), seja no repúdio ao racismo, seja na adoção de políticas

<sup>39</sup>A regra de rateio do Fundo Partidário está prevista no artigo 41-A da Lei nº 9.096/95, sendo 95% do recurso distribuído aos partidos conforme a proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Já a FEFC, o seu rateio deve respeitar as regras previstas no artigo 16-D da Lei nº 9.504/97, sendo 35% divididos entre os partidos que tenham pelo menos um representante na Câmara dos Deputados, na proporção do percentual de votos por eles

obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Tanto para o Fundo Partidário quanto para o FEFC, os votos dados à candidaturas negras e femininas serão contabilizados em dobros, aumentando as fatias da agremiação para acesso aos recursos.

afirmativas em outras áreas<sup>40</sup>.

Contudo, certo é que o próprio Tribunal Superior Eleitoral divulgou em sua home page que para o ano de 2020, “25.960 candidatos negros [foram eleitos para o cargo de vereador], cerca de 10% do número total de candidaturas registradas”<sup>41</sup>.

Já para as eleições de 2022, a Câmara de Deputados fez registrar que “apesar do aumento de 36,25% das candidaturas de pretos e pardos para a Câmara dos Deputados em 2022 frente a 2018, o número de candidatas efetivamente eleitos com essas características autodeclaradas cresceu apenas 8,94%”<sup>42</sup>.

Como dito, os números precisam ser estudados e analisados, podendo a Comissão de Promoção de Igualdade Racial, criada pela Portaria TSE nº 230, de 08 de março de 2022, coordenada do Ministro Benedito Gonçalves, se valer de informações para aperfeiçoar o sistema de distribuição.

Certo é que as notícias em imprensa dão conta de candidatos questionados quanto a sua autodeclaração<sup>42</sup>, não havendo na legislação banca de verificação e heteroidentificação, o que também induz a necessidade de se debruçar sobre o sistema aprovado e estudar o aperfeiçoamento do sistema.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou entender como o Tribunal Superior Eleitoral pode e

vem se valendo de instrumentos atípicos para promover mudanças estruturais na organização nacional.

No estudo de caso realizado, o reconhecimento e a normatização de acesso aos recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) foi feito a partir de instrumentos atípicos para engendrar um processo criativo de normas, realizado através da interpretação de normas constitucionais.

Em qualquer pretensão, espera que o presente artigo sirva de contribuição para os que estudam o processo de objetivação do processo e a busca de soluções estruturantes pelo Poder Judiciário. Como as investigações preliminares podem demonstrar, apesar de se valerem de um arsenal de medida típicas da administração pública, as medidas adotadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, o crescimento de candidaturas negras e seu êxito no sufrágio, depende de mudanças estruturais no bojo da própria sociedade, uma vez que nem o tímido avanço detectado na eleição de parlamentares negros pode ser imediatamente atribuído à política de rateio aprovada pela Consulta nº 0600306-47.2019.

Contudo, refira-se que não está a fazer no presente trabalho qualquer crítica à decisão da Corte Eleitoral, uma vez que se reconhece a interpretação constitucional como realizadora de normas e direitos fundamentais e, entre estes, a representação das minorias em um país talhado pela escravidão é algo premente.



Certo é, também, que a norma carece de ajuste e aperfeiçoamento. Questionamentos sobre a heteroidentificação de candidatos autodeclarados pardos e pretos tomaram notícias de jornais e acusações de norte a sul do país na eleição de 2022, cabendo à Justiça Eleitoral através de citada comissão discutir marcos de fiscalização das agremiações.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2ª edição, 1999.
- ALMEIDA NETO, Manoel Carlos. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 219-220
- ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. **Curso de processo estrutural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5617 DF**, Relator: Min. Edson Fachin. Julgamento em: 15 de março de 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>>. Acesso em: 10 de setembro de 2022..
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3999 DF e ADI n. 4086 DF**, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em: 12 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 10 de novembro de 2019.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta nº 0600306-47.2019.00.0000 2020**, Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Julgamento em: 20 de agosto de 2020. Disponível em: <Sistema PJe>. Acesso em: 10 de setembro de 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 738 MC/DF**, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em: 11 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344370519&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 de setembro de 2022.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 111**. Altera a Constituição Federal para disciplinar a realização de consultas populares concomitantes às eleições municipais, dispor sobre o instituto da fidelidade partidária, alterar a data de posse de Governadores e do Presidente da República e estabelecer regras transitórias para distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e para o funcionamento dos partidos políticos. Brasília: Imprensa

- Nacional, 29 de setembro de 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/emenda-constitucional-n-111-348247850>>. Acesso em: 11 de setembro de 2022.
- CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. Zahar: Rio de Janeiro, 2018.
- CLEVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 79
- CÓRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **O processo estrutural enquanto forma de objetivação e o ativismo judicial**. RePro, 297, São Paulo: Ed. RT, nov. 2019, pág. 271-290.
- DIDIER, Fredie Jr.; ZANETI, Hermes Jr.; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 75, jan./mar. 2020, pág. 101-136.
- FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial: o caso brasileiro no divã**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.
- GOHN, Maria da Glória. **Participação e democracia no Brasil**: da década de 1960 aos impactos pós-junho de 2013. Petrópolis: Vozes, 2019.
- HIRSCHL, Ran. **Rumo à Juristocracia: as origens e consequências do novo constitucionalismo**. Londrina: Editora E.D.A., 2020.
- MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SALGADO, Eneida Desirée (Org.). **Sistemas eleitorais: Experiências Iberoamericanas e Características do Modelo Brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SARAIVA, Hemily Samila da Silva. **Processo coletivo estrutural democrático na jurisdição brasileira**: instrumentos de participação como elementos legitimadores na construção das decisões estruturais. 2021. 157f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

<sup>40</sup>Em fevereiro e julho de 2022, a Ordem dos Advogados do Brasil, pelas seccionais Bahia e São Paulo aprovaram a inclusão racial e gênero para formação da lista sextupla para preenchimento de vaga destinada ao quinto constitucional nos Tribunais de Justiça dos respectivos Estados. Disponível em: <<https://www.oab-ba.org.br/noticia/quinto-constitucional-oab-ba-publica-edital-para-formacao-de-lista-sextupla-com-paridade-de-genero-e-cotas-raciais>> e <<https://www.conjur.com.br/2022-fev-12/30-advogados-constitucional-serao-negros-decade-oab-sp>>. Acesso em: 17 de outubro de 2022.

<sup>41</sup>Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Novembro/mais-de-40-dos-candidatos-negros-das-eleicoes-municipais-2020-foram-eleitos>>. Acesso em: 17 de outubro de 2022

<sup>42</sup>Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/911743-numero-de-deputados-negros-e-pardos-aumenta-894-mas-e-menor-que-o-esperado/>>. Acesso em: 25 de outubro de 2022.

<sup>43</sup>Pelo menos 60 de 135 deputados eleitos que se autodeclararam pretos e pardos apresentaram discrepância racial em um estudo de heteroidentificação conduzido pelo sociólogo Luiz Augusto Campos, coordenador do Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa da UERJ (Disponível em: <<https://g1.globo.com/podcast/o-assunto/noticia/2022/10/06/para-evitar-fraude-candidatos-que-se-declararam-pretos-e-pardos-devem-ser-testados-por-comissao-habilitada-defende-professor-de-direito.ghtml>>). Acesso em: 25 de outubro de 2022.

# Direito humano ao desenvolvimento sustentável da negritude

## AUTORES



VEYZON CAMPOS  
MUNIZ

Doutorando no Programa de Doutorado em Direito Público - Estado Social, Constituição e Pobreza do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra. Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Paulista e em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul. Pós-graduando em Direitos Humanos e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca/Fiocruz. Possui Certificação em Desenvolvimento Sustentável e Ferramentas para Formulação de Políticas Públicas pela Escola Nacional de Administração Pública e Diplomado em Regulação e Melhora Regulatória pela Universidade Nacional Autônoma do México. Egresso da Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul e da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: veyzon.muniz@gmail.com.

## RESUMO

O presente ensaio tem por escopo explicitar o conteúdo do direito humano ao desenvolvimento sustentável, a partir da vivência quilombola aplicada à coletividade de negras e negros brasileiros. Assevera-se que, à concretização de direitos humanos, é fundamental a erradicação de práticas racistas, constituindo-se, assim, espaços racialmente seguros e sustentáveis e, por conseguinte, efetivando-se um verdadeiro Estado Democrático.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos. Desenvolvimento Sustentável. Negritude.

De pronto, rende-se atenção aos termos do Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que, ao instituir a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, em seu artigo 3º, inciso I, estabelece que povos e comunidades tradicionais são “[...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”.

O mesmo dispositivo normativo, ainda, define desenvolvimento sustentável (inciso III) como “o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras”. O que, oportunamente, merece retificação no sentido de se proceder a uma ampliação semântica.

Assevera-se que a sustentabilidade é, em verdade, um paradigma axiológico estrutural dos desenhos constitucionais preocupados com o bem-estar presente e futuro das pessoas, pelo que sua dimensão social merece o devido destaque, em razão de representar vedação a um processo de desenvolvimento excludente. Assim, um design estatal substantivo da sustentabilidade é impositivo, pelo que se defende que a

erradicação das discriminações raciais é componente indissociável da mais adequada noção de desenvolvimento sustentável. Afinal, o racismo vai de encontro ao caráter universalista do desenvolvimento.

Com efeito, a realidade brasileira, inequivocamente, é marcada pelos processos de invasão e apropriação do território originário e escravização de pessoas desumanizadas e expostas à toda sorte de violência e tráfico transatlântico, todos fontes do racismo que passou a estruturar a integralidade das relações sociais, econômicas, políticas, psicológicas e jurídicas de nosso país, de modo insustentável. Assim, fica nítido que, ao se analisar as exclusões no Brasil, percebe-se que “as inequidades raciais presentes remontam ao modelo segregacionista que consolidou e assegurou privilégios de uma classe dominante de matiz europeia branca em detrimento da população negra e indígena”.

Bas’llele Malomalo, em tempo, ensina que o desenvolvimento sustentável diz respeito à “construção de uma sociedade que é assente no equilíbrio do ser humano com as divindades e ancestrais e com o cosmos e a natureza”, pontuando que o ser humano, “enquanto mu-ntu, ser-carregador da força vital que o conecta com os outros seres é o responsável para zelar para que esse equilíbrio se torne um acontecimento histórico”.

Nesse sentido, tais lições mostram que a sustentabilidade, enquanto princípio

articulador da ordem jurídica e política, pauta-se justamente na ciência de que todos os seres humanos são potenciais agentes históricos comprometidos com o bem-estar comum e com ações antirracistas. Todavia, para que essa potencialidade se concretize é indispensável que se revise o passado, de modo consciente dos crimes contra a humanidade praticados contra povos e pessoas negras, para que se consiga enxergar a contribuição da ancestralidade à efetivação de um futuro sustentável.

O desenvolvimento sustentável, em seu máximo sentido material – como direito humano, processo civilizatório e prática de otimização das relações humanas –, remonta ao projeto quilombola<sup>45</sup>. Afinal, os quilombos, em uma necessária reconstrução de sua materialidade histórica, foram “os precursores da nossa luta de hoje, quanto, arriscando a vida, recusaram a imposição do trabalho forçado, dos novos valores culturais, novos deuses, nova língua, novo estilo de vida”.

Assevera-se que a luta quilombola é um primeiro elo da corrente de resistência contra o racismo estrutural no processo de desenvolvimento histórico brasileiro, uma que vez corresponde à gênese de um caminho à construção de espaços plurais, diversos e inclusivos em nosso país. Paz, desenvolvimento, democracia e direitos humanos eram (e são) objetivos para as comunidades tradicionais e, ainda hoje, constituem metas à negritude. Como bem

<sup>44</sup>O estado da arte do período não mudou com o correr dos séculos, como na música “Todo camburão tem um pouco de navio negreiro” (1994) d’O Rappa: “E mole de ver / Que em qualquer dura / O tempo passa mais lento pro negão / Quem segurava com força a chibata / Agora usa farda / Engatilha a macaca / Escolhe sempre o primeiro / Negro pra passar na revista / Pra passar na revista / Todo camburão tem um pouco de navio negreiro”.

<sup>45</sup>Versos da música “Quilombo” (1984) de Gilberto Gil elucidam: “Quilombo / Que todos regaram com todas as águas do pranto / Quilombo / Que todos tiveram de tombar amando e lutando / Quilombo / Todos nós ainda hoje desejamos tanto / Existiu / Um eldorado negro no Brasil / Existiu / Viveu, lutou, tomou, morreu, de novo ressurgiu”.



lecionou Abdias do Nascimento, é crucial que o negro se apodere de seus direitos e proceda na coalizão e organização de movimentos sociais e instituições focados na aplicação efetiva de tais direitos.

Fato é que os quilombos, inegáveis espaços de sustentabilidade, passam ainda por constantes ataques perpetrados, sem pudores, pelos beneficiários do modelo segregacionista e supremacista branco estruturado no país. Exemplo dessa realidade é a Instrução Normativa nº 128, de 30 de agosto de 2022, aprovada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), que tornou mais burocrático o reconhecimento de comunidades quilombolas<sup>46</sup>.

Sob ataques que atravessam os tempos, negras e negros no Brasil têm visto seu acesso à terra, à saúde, à educação e à renda, qualidade e tempo de vida, capacidade laboral, e garantia de segurança pública serem diáris e gradativamente violados ou exterminados, pelo que se tem que é dos quilombos ancestrais que chegaremos a um futuro que queremos e necessitamos. A mudança do estado de coisas insustentável vem a partir de uma transformação social, de inspiração na existência e resistência quilombola.

Por conseguinte, com o intuito de destruir as barreiras erguidas pelo racismo, no

presente e no futuro, assevera-se a importância de recuperar o tempo perdido e a memória imprecisa causados pela herança do pensamento colonial e pela nostalgia de alguns sobre o modelo econômico baseado na objetificação negra, cooperar na formação de ambientes essencialmente não discriminatórios e pacíficos, e empoderar a totalidade da população negra quanto aos seus direitos e a sua cidadania. Assim, à concretização do direito-síntese ao desenvolvimento sustentável, é com a defesa intransigente da vida quilombola que se catalisa a necessária indução de práticas antirracistas urgentes, relevantes e necessárias à edificação de espaços racialmente seguros e sustentáveis.

#### REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Dani. **INCRA** aprova norma que dificulta o reconhecimento de comunidades quilombolas. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/incra-aprova-norma-que-dificulta-o-reconhecimento-de-comunidades-quilombolas/>. Acesso em: 02/09/2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.040**, de 07 de fevereiro de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm). Acesso em: 02/09/2022.

EMICIDA. *Eminência Parda, com participação de Jé Santiago, Dona Onete e Papillon* (2019). Disponível em: <http://www.letras.mus.br/emicida/eminencia-parda-part-dona-onete-je-santiago-e-papillon/>. Acesso em: 02/09/2022.

GIACOIA, Gilberto; SILVA, Lucas Soares. **Exclusão social e criminalização do excluído: uma reflexão sobre a seletividade do sistema penal brasileiro**. Direito penal e criminologia. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

GILBERTO GI. **Quilombo (1984)**. Disponível em: <http://www.letras.mus.br/gilberto-gil/556793/#album:quilombo-trilha-sonora-1984>. Acesso em: 02/09/2022.

MALOMALO, Bas'ilele. **Ubuntu como projeto alternativo de sociedade diante da crise social, econômica, política e ambiental do modelo desenvolvimentista ocidental: um olhar a partir da América Latina e da África**. In: CALAZANS, Márcia Esteves de; MALOMALO, Bas'ilele; PINEIRO, Emília da Silva (Orgs.). *As desigualdades de gênero e raça na América Latina no século XXI*. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

NASCIMENTO, Abdias do. **O negro revoltado**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

NASCIMENTO, Abdias do. **O quilombismo: documentos de uma militância pan-africanista**. Rio de Janeiro: IPEAFRO, 2019.

O RAPP. **Todo camburão tem um pouco de navio negroiro (1994)**. Disponível em: <http://www.letras.mus.br/o-rappa/77644/>. Acesso em: 02/09/2022.

<sup>46</sup> De acordo com o texto normativo, apenas as populações que já possuem Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID) têm assegurados direitos sobre seu território, o que corresponde a menos de 10% das comunidades, segundo a Coordenação Nacional de Articulação de Quilombos (CONAQ). O procedimento anterior pressupõe a autodeclaração junto a Fundação Cultural Palmares, que requer a realização dos estudos antropológicos e econômicos necessários, em tese, sem ônus financeiros aos quilombos. Cumpre salientar que é o reconhecimento que torna possível a implementação de políticas públicas nesses espaços. (Cf. ALVARENGA, Dani. INCRA aprova norma que dificulta o reconhecimento de comunidades quilombolas. Disponível em: <https://jornalistaslivres.org/incra-aprova-norma-que-dificulta-o-reconhecimento-de-comunidades-quilombolas/>. Acesso em: 02/09/2022.)

<sup>47</sup> Como bem pontua a música "Eminência Parda" (2019) de Emicida, com participação de Jé Santiago, Dona Onete e Papillon: "Não tem dor que perdurará / Nem o teu ódio perturbará / A missão é recuperar / Cooperar e empoderar / Já foram muitos anos na retransa (retranca) / Mas preto não chora, mano, levanta / Não implora, penhora a bandeira branca / Não cansa a garganta com antas, não adianta não / Foco e atenção na nossa ascensão".

# Ferramenta poderosa: o incidente de resolução de demandas repetitivas e o seu objeto no código de processo civil e no código de defesa do consumidor

## AUTORES



RUI PATTERSON

Advogado pela Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), atuante desde sua graduação em 1977 nas áreas de Direito do Trabalho, Direito Civil, Direito de Família, Direito Previdenciário, Direito Eleitoral, Direito Penal (este com ênfase na defesa de presos e atingidos políticos pela Ditadura Militar de 1964/1985 e seus desdobramentos na Comissão de Anistia do Ministério da Justiça). Procurador Jurídico do Município de Candeias, Bahia, por oito anos, nas gestões do Prefeito David Caldeira. Integrante do Grupo Tortura Nunca Mais – GTNM da Bahia. Conselheiro da Seccional da OAB/BA na gestão Rubens Mário de Macedo, integrando a Comissão de Direitos Humanos. Integrante das Comissões de Direitos Humanos e de Idosos nas gestões de Luiz Viana Queiroz e de Fabrício Castro, atuais Conselheiros Federais. Atuou na criação de sindicatos profissionais, desde a associação, a exemplo do Sindicato dos Trabalhadores da Indústria Química, Petroquímica, Plástica e Farmacêutica do Estado da Bahia – SINDIQUIMICA; Sindicato dos Advogados do Estado da Bahia, SINDAV, sendo seu atual Presidente, sub judice, e na retomada dos Sindicatos profissionais da Bahia dos Metalúrgicos, Bancários, Engenheiros e afins, Eletricitários, Técnicos em Enfermagem e outros. Autobiografado em “Quem Samba Fica – Memórias de Um Ex-Guerrilheiro”, 2011, editora EGBA, 284 páginas. Avenida Estados Unidos 558 conjunto 601, Comércio, CEP 40010-020. 71-3241-6235, 71-99971-0859. [ruipatterson@gmail.com](mailto:ruipatterson@gmail.com).

## RESUMO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR – foi estabelecido no Código de Processo Civil de 2015 como promessa para a efetivação dos princípios da segurança jurídica, isonomia e duração razoável do processo. Este artigo tem como objetivo analisar os fundamentos do IRDR e o seu cabimento frente ao Código de Defesa do Consumidor, o Código de Processo Civil e seus reflexos na seara penal e processual penal, não se tratando, sob nenhuma forma, de temáticas específicas, e sim em razão da sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica à aplicação do Direito.

**Palavras-Chave:** O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Objeto. Processual civil. Código de Defesa do Consumidor.

## INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça tem sido objeto de preocupação não só do judiciário como do Estado, globalmente, empregando ferramentas dirigidas à sua maior efetividade. O Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 976 a 987, estabeleceu firmemente as teses jurídicas aplicáveis a ações e recursos seriados no interesse de melhor proporcionar segurança jurídica, isonomia e a duração razoável aos processos em curso no judiciário.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é representativo por excelência desse instrumento, no sentido de harmonizar as garantias fundamentais inscritas na Constituição da República e em leis infraconstitucionais.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O CPC/2015 integra sentido vanguardista

situado entre a *civil law*, derivada do sistema germânico que, no Direito Brasileiro, possui raízes mais profundas e a *common law*, oriunda do direito anglo-saxão, cuja eficácia se tornou evidente na Constituição/1988 e em todo o nosso sistema de controle de constitucionalidade, destacando a maturidade jurídica desse controle, acolhendo ensinamentos, experiências e transmitindo-as em institutos próprios, como o Código de Defesa do Consumidor, este já existente desde 1990, lei no. 8.078, determinada pelo artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal, sendo seus princípios básicos a devida informação, indisponibilidade de direitos, liberdade de escolha, equilíbrio, boa-fé objetiva e vulnerabilidade, adotando a Teoria Finalista, que considera consumidor o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

O CPC concilia a jurisprudência com os dispositivos legais, fundindo a pacificação

dos litigantes com a implementação de políticas públicas estabelecendo entre eles maior efetividade, com a promoção de julgamentos uniformes, seguros, isonômicos, capazes de contribuir para a resolução de conflitos em tempo razoável, determinando a uniformização e estabilidade, tendo como objeto questões de direito material ou processual.

A melhor doutrina oriunda dos dispositivos do CPC é no sentido de formação de teses jurídicas aplicáveis a recursos e a ações seriados. Em seu artigo 928 da lei 13.105/15, o tratamento jurídico é o mesmo dos estabelecidos nos recursos Especial e Extraordinários repetitivos, permitindo a aplicação analógica das regras ali instituídas, com o IRDR atuando nos processos cuja controvérsia sobre a mesma questão seja unicamente de direito e que tragam risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, uniformizando a jurisprudência dos tribunais, mantendo-a íntegra e coerente.

## O objeto do IRDR

O IRDR foi concebido para solucionar as demandas que versam sobre a mesma questão de direito a respeito da qual há decisões total ou parcialmente divergentes, sendo comum a existência de centenas dessas ações, ou grupos de ações, que surgem em um mesmo evento, chamadas de demandas repetitivas, ou de massa, causadas pela insegurança jurídica que impossibilita a correta aplicação da lei para o particular, não sendo incomum o prejuízo causado tanto a requerentes como a requeridos pela impossibilidade e falta de planejamento do judiciário, obrigando, o IRDR, a julgamentos coerentes, isonômicos e céleres.

No direito germânico instituiu-se o *musterverfahren*, ou procedimento modelo, e o *pilotverfahren*, ou procedimento piloto, tendo como exemplo as questões surgidas e diante das dificuldades encontradas pelo Tribunal Administrativo de Munique para tratar de mais de cinco mil ações ajuizadas contra a construção do aeroporto internacional daquela cidade, exibindo similitudes quanto às alegações das partes, diferindo aquele Tribunal ou acatando teses antagônicas, divergências essas solucionadas pela Corte Constitucional da República Alemã.

Em torno desse tema é que Erik Jayme<sup>48</sup>, jurisconsulto nascido em Montreal, no

Canadá e com nacionalidade alemã, tratou primariamente a questão da aplicação das leis segundo ter, o direito, uma função social a realizar, realidade concebível se levada em conta a sociedade que se quer reger, no que se convencionou chamar de Teoria do Diálogo das Fontes cuja essência se resume na constatação de que as normas jurídicas não se excluem, supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos, mas se complementam.

A despeito das fontes acima serem de inspiração estrangeira, a nova ferramenta processual é genuinamente nacional, não se tratando de simples importação e dela se extraindo o máximo proveito, assegurando-se o efetivo acesso à justiça com a utilização de instrumentos e institutos disponíveis de forma a obter a melhor produtividade e solucionar as demandas que versam sobre a mesma questão de direito a respeito da qual há decisões total ou parcialmente divergentes, sendo comum a existência de centenas de ações, ou grupos de ações, que surgem a partir de um mesmo evento, chamadas de demandas repetitivas, ou de massa, causadas pela insegurança jurídica que impossibilita a correta aplicação da lei para as partes envolvidas.

Nesse particular Cláudia Lima Marques<sup>49</sup>, professora de várias Universidades do

mundo, diretora da Faculdade de Direito e Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, preservando e ampliando a temática de Erik Jayme sobre a Teoria do Diálogo das Fontes, ao escrever o seu “Manual de Direitos do Consumidor”, em parceria com os juristas Antonio Herman V. Benjamin e Leonardo Roscoe Bessa, trouxeram de Erik Jayme e da sua Teoria do Diálogo das Fontes uma nova forma de interpretar e aplicar as leis em defesa do consumidor, a parte vulnerável na relação de consumo, abordando o direito do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro segundo a lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina, a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade, erigidas nos artigos 5º inciso XXXII e 170 inciso V da CF, 5º e 8º da LINDB e a quase totalidade do CDC, elegendo a defesa do consumidor como um dos princípios informadores da ordem econômica, assegurando-lhe existência digna na forma de justiça social, o diálogo entre as fontes surgindo da aplicação conjunta de duas normas, ao mesmo tempo, uma complementando a outra, ou subsidiando-a, evitando-se a cornucópia de leis levando o intérprete a verdadeira confusão como, por exemplo, o consumo ser regido unicamente pelo CDC, com exclusão efetiva do CC, com estabelecido no artigo 7º do CDC, em três tipos de diálogos possíveis:



a – diálogo sistemático de coerência, com aplicação simultâneas de duas leis; exemplo: o CDC só se preocupou em conceituar e estipular institutos específicos para tutelar o direito a que tal lei se destina;

b – diálogo sistemático de complementaridade e de subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais, ou a aplicação coordenada das duas leis; nas relações de consumo, aplica-se prioritariamente o CDC e, subsidiariamente, as normas do CC, do CPC e até do Código de Processo Penal;

c – diálogo da coordenação e adaptação sistemática, ou diálogos das influências recíprocas, como por exemplo, a desconsideração da personalidade jurídica.

Cláudia Lima Marques destaca ainda que:



*Ao valorar os princípios, normas e sistemas de valores imanentes nas Constituições na lista de direitos fundamentais de cada país, a teoria de Erik Jayme homenageia a lógica de aplicação das leis de Perelman<sup>50</sup> pois, para esse autor, o direito tem uma função social a realizar e, portanto, de uma forma realista, não pode ser concebido sem que se leve em conta a sociedade que deve reger.*

<sup>48</sup> JAYME, Erik. Professor da Universidade de Heidelberg, coautor, com Cláudia Lima Marques, do Diálogo das Fontes - do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro, abaixo.  
<sup>49</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik

Jayme, in MARQUES, Cláudia Lima, Diálogo das Fontes, do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 18/19.  
<sup>50</sup> PERELMAN, Charles, Logique Juridique (reimpressão histórica da 2ª edição de 1979). Paris: Dalloz, 1999, p. 175.

## Caso concreto I

A, pessoa jurídica proprietário de imóveis residenciais, na qualidade de síndico, antes de qualquer ação prévia de tentativa de conciliação ou de demonstração inequívoca da existência de dívida, ajuíza ação de execução contra B, pessoa física, residente no mesmo imóvel, com o indisfarçável intuito de beneficiar-se da assistência judiciária gratuita permitida nos juizados do consumidor ou de causas cíveis, limitando-as no tempo a menos de quarenta salários-mínimos, teto estabelecido no artigo 3º da lei 9.099/95.

A execução foi capeada por planilha de cálculos, preparada unilateralmente pelo proprietário A, nelas demonstrando, ab initio, o valor da taxa de condomínio, juros, correção monetária, multa e, absurdamente, o valor das taxas ainda a serem pagas, posteriores ao ajuizamento das execuções, caracterizando-se a cobrança executória de parcelas inexistentes até aquele momento.

Em análise prévia da execução, notando a inexistência dos pressupostos básicos desta, não quanto ao acréscimo de acessórios indevidamente acrescentados à planilha, providência a ser adotada se procedente a demanda e após o trânsito em julgado, pelo Setor de Cálculos da Vara, observando os percentuais estabelecidos pelo STJ e pelo Tribunal Regional, antes de estabelecer a certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo extrajudicial,

A, pessoa jurídica qualificada no item I, renova a mesma execução anterior com os mesmos fundamentos.

A execução foi capeada por planilha de cálculos preparada unilateralmente pelo proprietário A, demonstrando, ab initio, o valor da taxa de condomínio, juros, correção monetária, multa e, absurdamente, o valor das taxas ainda a serem pagas, posteriores ao ajuizamento das execuções, caracterizando-se a cobrança executória de parcelas inexistentes, até aquele momento.

determinando o juízo, de logo, a citação do devedor para efetuar o pagamento em três dias, sob pena de penhora, a indisponibilidade dos bens e valores do executado, citando-o para a audiência de tentativa de conciliação, a oferta de embargos e, estranhamente, a extinção do processo com fundamento no artigo 54 § 3º da lei no. 9.099/95, que versa sobre a obrigação de pagamento das custas.

Expedido mandado de penhora e avaliação de veículo automotor com valor superior ao da execução, concordou o credor quanto à penhora do bem, determinando o juízo o cumprimento da penhora.

Petição do devedor em sede de impugnação afirmando a incerteza, iliquidez e inexigibilidade da execução mediante a comprovação do integral pagamento das taxas condominiais.

Após dois anos, o juízo determinou que o credor anexasse aos autos as atas de assembleia geral do condomínio, em quinze dias, sob pena de arquivamento – artigo 784 inciso X do CPC - em despacho que, por lei, deveria ser o inicial de apreciação da legalidade da execução.

A comprovação das despesas nas atas acontece, mas relativas a períodos distintos àqueles constantes das planilhas de cálculos, despachando o juízo no sentido

## Caso concreto II

No despacho inicial o juízo determinou ao credor juntar aos autos no prazo de lei uma nova ata da assembleia condominial, subscrita nos termos do artigo 1.333 do CC, como condição para o prosseguimento da execução, sob pena de extinção do feito sem julgamento do mérito. No mesmo despacho e antes do cumprimento da obrigação pelo credor, determina a citação do devedor para pagamento da dívida em três dias sob pena de penhora e, não o fazendo, a indisponibilidade dos bens do devedor e a sua citação para a audiência de tentativa de conciliação, a oferta de

de que as atas não se aplicam ao título executivo. Manifesta-se o executado para a necessidade de arquivamento da execução, sem julgamento do mérito, o que não traria nenhum prejuízo ao exequente, sendo bastante a renovação da inicial, com a juntada de documentos hábeis ao título executivo judicial. O credor, por seu turno, atenta para a necessidade de aplicação do artigo 1.336 inciso I do CC sobre o dever do condômino em contribuir para as despesas do condomínio, em clara adesão ao princípio da convicção quanto à dívida, abstraindo os artigos 801, 803 e incisos I e III do CPC quanto à nulidade da execução se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível, não se verificando a condição nem ocorrer o termo, devendo o juiz pronunciar a nulidade de ofício, § único do artigo citado.

Sentenciando, o juízo altera o valor da causa, apontando como exequente condomínio diverso, constituindo-se a nulidade da execução, não se sabendo qual exatamente é o credor. O exequente, em sede de embargos declaratórios, altera também o valor da causa, estabelecendo, na execução, a qual exige certeza, liquidez e exigibilidade, um terceiro valor: o da planilha inicial, o do juízo e o do credor, conseqüentemente a incerteza, iliquidez e inexigibilidade do título judicial, causando a nulidade da execução, processo *sub judice*.

embargos, aplicando-se o CC, diploma substantivo, em vez dos diplomas adjetivos estabelecidos nos artigos 784 inciso X, quanto a comprovação do valor devido, 801 caput e 803 incisos I e III do CPC, quanto a nulidade da execução se o título executivo não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível e instaurada antes de verificada a condição ou termo, elegendo, o judiciário, o princípio da convicção, presente de forma negativa em nosso ordenamento jurídico, ao considerar qualquer proprietário ou inquilino como sendo, em princípio, devedor incontestes, das taxas condominiais.

Em sua defesa o devedor demonstra que a ata de AG não estabelece nenhum valor para a taxa de condomínio, e sim a criação de taxa extra para a formação do fundo

de reserva e de rateio para pagamento da rescisão contratual do porteiro; que as taxas de condomínio se encontram pagas, juntando os comprovantes de pagamento.

Em vez de decretar a extinção da execução, na forma do artigo 784 inciso X citado, o juízo decreta o bloqueio de valores, estando o processo também *sub judice*.

## Caso concreto III

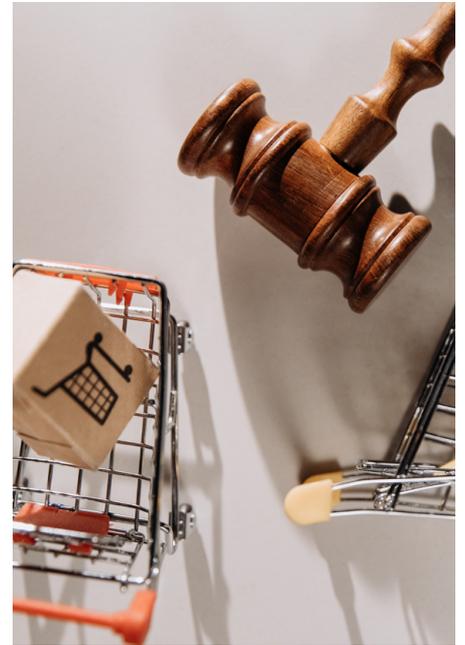
A, pessoa jurídica qualificada no item I, renova a execução com os mesmos fundamentos anteriores.

A execução foi capeada por planilha de cálculos preparada unilateralmente pelo proprietário A, demonstrando, *ab initio*, o valor da taxa de condomínio, juros, correção monetária, multa e, absurdamente, o valor das taxas ainda a serem pagas, posteriores ao ajuizamento das execuções, caracterizando-se a cobrança executória de parcelas inexistentes, até aquele momento.

No despacho inicial o juízo, apreciando a questão dos pressupostos essenciais ao título executivo extrajudicial, determinou corretamente ao exequente para que juntasse aos autos as cópias das atas de assembleia que definiram o valor das cotas constantes da planilha de cálculo, no prazo de lei, sob pena de, na inobservância ao artigo 784 inciso I do CPC, o indeferimento da petição inicial de execução. Manifestando-se, o credor perseverou na tese de regularidade, admitindo que parte dos valores pretensamente devidos haviam sido pagos, havendo o juízo despachado no sentido de não se cogitar de nulidade do título executivo, podendo a matéria ser revista, em sede de embargos à execução. O devedor junta extensa documentação comprovando inexistir dívida, desconsiderada, proferindo o juízo

sentença condenatória do valor da causa acrescida dos acessórios constantes da planilha. A execução permanece *sub judice*.

Resta demonstrada a existência de três distintas execuções, em três diferentes juizados, de modo a não superarem o total do valor pretensamente devido, nas quais o credor insistiu na juntada de planilhas de cálculos viciadas por não condizerem com a verdade dos fatos, apuráveis, os vícios, por simples leitura, mesmo superficial, dos documentos capeados às execuções, numa hipótese; noutra, pela certeza de que, sendo julgada procedente a primeira execução, está o credor habilitado a renovar as execuções seguintes do mesmo modo e com os mesmos documentos, acatando os julgadores a tese de que em sendo o devedor condômino ou inquilino, aplica-se por convicção a veracidade da planilha de cálculo ensejadora do título executivo extrajudicial, ignorando a existência de documentos comprobatórios do não preenchimento dos pressupostos essenciais da execução, como os vícios demonstrados das planilhas de cálculos, a demonstração do integral e efetivo pagamento das taxas condominiais e determinando o judiciário, com base no artigo 1336 inciso I do CC, trazendo ao devedor risco de grave dano de difícil ou impossível reparação, além de se configurar a violação ao direito de defesa



consagrado no artigo 5º incisos LIV e LV da Constituição da República.

Desses fatos resultou a oposição, perante o Tribunal de Justiça do Estado, de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, no sentido de efetivação dos princípios da segurança jurídica, isonomia e duração razoável dos processos, segundo determina o artigo 926 do CPC, demonstrando a divergência dessas sentenças em contraponto aos dispositivos infra e constitucionais e em dissonância com iguais processos de execução em outros juízos e Tribunais.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mera possibilidade de serem proferidas decisões em contendas em que se debate a violação direta e expressa a dispositivos infra e constitucionais em uma única questão de direito, relacionada à desobediência aos artigos 784 inciso X, 801 e 803 inciso I do CPC, já representa, iniludivelmente, o risco à isonomia e à segurança jurídica tratada na

CF, LINDB, CPC, CC e CDC. A efetiva violação, demonstrada, está contida nos riscos a que esses interesses estejam afetados, sobre vindo a existência de convergência de sentenças e despachos menosprezando a aplicação dos artigos acima por aplicação, ou mera convicção dos julgadores de que, sendo condômino ou inquilino do prédio, as taxas

de condomínio são automaticamente devidas, inobstante a demonstração da execução não observar os pressupostos legais da execução e de nada ser devido, por aplicação dos artigos 1333 caput e 1336 inciso I do CC, deixando ao alvedrio do credor a formação unilateral, acrescida dos acessórios, das planilhas de cálculos.

#### REFERÊNCIAS

MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes, do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2-12, p. 18-19.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Incidente de demandas repetitivas: sistematização, análise e

interpretação do novo instituto processual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERELMAN, Charles. Logique Juridique. (reimpressão histórica da 2ª edição de 1979). Paris: Dalloz, 1999, p. 175.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. Revista de Processo, vol. 92, out/dez de 1998, p. 52/70.

