



REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 16 - n. 2 - Tomo I (A/K) - Jul./Dez. 2024

A large, faint, stylized scale of justice is visible in the background, spanning across the right side of the cover. It is rendered in a light red color that blends with the background.

Elaborados em 2024

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 16 - n. 2 - Tomo I (A/K) - Jul./Dez. 2024





© 2024 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ é uma revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009- . - v.

Semestral

ISSN 2179-8575

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Rua Dom Manuel 25 - Centro - Telefone: (21) 3133-3400

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br



EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

**➔ Revista de Artigos Científicos dos alunos da EMERJ
2024**

CONSELHO EDITORIAL

DIRETOR-GERAL

Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo

SECRETÁRIA-GERAL

Gabriela da Silva Rafael Carneiro

Diretora do Departamento de Ensino (DENSE)

Bianca Oliveira de Farias

DENSE/Serviço de Monografia

DENSE/BIBLIO - Divisão de Biblioteca

DETEC - Departamento de Tecnologia de Informação e Comunicação

CONSELHO AVALIATIVO

- Monica Cavalieri Fetzner Arial
- Nelson Carlos Tavares Junior
- Rafael Mario Iorio Filho
- Ubirajara da Fonseca Neto
- Maria Carolina Cancellata de Amorim





ADRIANO MARLON SILVA DE SALES

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA APLICABILIDADE DO ATIVISMO E DO PROTAGONISMO JUDICIAL NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS..... 9

ALEXANDRE FERREIRA GONÇALVES

ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE ALIENAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DOS LOJISTAS – A NECESSIDADE DE LIMITES AO INSTITUTO DO TENANT MIX 27

ALINE SIQUEIRA FERRI

ALIENAÇÃO PARENTAL E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: A NECESSIDADE DE REVISÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS PARA PRESERVAR O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA 46

AMANDA PESSANHA DE OLIVEIRA

OS INFLUENCIADORES DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELAPUBLICIDADE VEICULADA..... 63

ANA BEATRIZ BARRETO CORDEIRO

O AJUIZAMENTO EXCESSIVO DE DEMANDAS E A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE PRÉVIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES E DA JURISPRUDÊNCIA 78

ANA LUIZA REIS DOS SANTOS

A JUDICIALIZAÇÃO E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE FRENTE À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL..... 94

ANDRÉ COSTA BARRETO

ABUSO DE PODER RELIGIOSO NO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL 113

ANDRESSA ARAUJO DA COSTA BARROS

TESTAMENTO VITAL: INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO À MORTE DIGNA NO PROCESSO DE TERMINALIDADE DA VIDA..... 130



BÁRBARA DE MELO GOMES
ADICIONAL DE INSALUBRIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO: UMA CRÍTICA À INTER-
PRETAÇÃO DO ART. 6º DO DECRETO Nº 97.458/89, NO JULGAMENTO DO PUIL Nº
418, À LUZ DO ART. 1º, III E 7º, XXII E XXIII DA CRFB/88 147

BEATRIZ FERREIRA GALANTE
A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO AUXILIAR À RESPONSABILIDADE CIVIL NOS
CASOS DE ABANDONO PATERNO..... 163

BEATRIZ MAIA GONÇALVES DA SILVA
CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET EM RAZÃO DE DEEPPAKE: UMA ANÁLISE A
PARTIR DA TEORIA DO ERRO 181

BEATRIZ NERI CARDOSO
IMUNIDADE RECÍPROCA E A COBRANÇA DE IPTU SOBRE BENS PÚBLICOS
CONCEDIDOS A PARTICULARES 198

BRUNA DIAS PAREDES
A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE
AO FEMINICÍDIO 213

BRUNA FERNANDES LEAL PONTES FERREIRA
A LICITUDE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA POR PARTE DA ACUSAÇÃO
NO PROCESSO PENAL..... 231

BRUNA PIRES GUAISTI
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL PELA PUBLICIDADE
SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR..... 248

CAMILA GONÇALVES CRUZ CARNEIRO
O PODER DE POLÍCIA E O REFLEXO NA ATUAÇÃO POLICIAL..... 266

CAMILA PAIVA VEIGA
A APLICAÇÃO PRÁTICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO PENAL:
DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA A EFICÁCIA DO SISTEMA JURÍDICO 282

CARLA SOARES COUTINHO
A (IN)EFETIVIDADE DA LEI N.º 7.716/89 NO COMBATE AO RACISMO 297

CAROLINA GONÇALVES MARTINS DE SOUSA
REGULAÇÃO DAS REDES SOCIAIS EM PERÍODOS ELEITORAIS: A INTEGRIDADE DO
PROCESSO DEMOCRÁTICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PRIVACIDADE E DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO..... 316

CAROLINA SEVERINO MAGGESSY MACHADO
A CULTURA DO LITÍGIO E O ACESSO À JUSTIÇA: O PAPEL DO JUIZ NA TENTATIVA
DA PACIFICAÇÃO SOCIAL 335



DANIEL LAUER FRADE

OS EFEITOS RETROATIVOS DO REGIME DE BENS NA ESCRITURA DE UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA 351

EDIONE ZELENGA LOURENÇO

MORADIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL VIOLADO FRENTE AO AUMENTO DO NÚMERO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA 370

ESTELA MARIA SOARES BIO

HERANÇA DIGITAL: UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO SUCESSÓRIA E A TRANSMISSIBILIDADE DE PERFIS AOS HERDEIROS..... 385

ESTHER OLIVEIRA INÁCIO

VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ART. 217-A DO CP SOB PERSPECTIVA DE GÊNERO 401

FABIO DAVID VILLAS BÔAS JUNIOR

A UTILIZAÇÃO DA SUSPENSÃO DE LIMINAR CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA EM HABEAS CORPUS DE MATÉRIA PENAL: SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.395 E O CASO “ANDRÉ DO RAP” 416

FERNANDA EMÍLIA JULIACE BARBOSA DE LIMA

ACESSIBILIDADE DIGITAL PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL: ANÁLISE JURÍDICA DAS NORMAS, DESAFIOS E PROTEÇÃO CONTRA GOLPES DIGITAIS..... 431

GABRIEL DE ABREU MARINATTO

RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE A EFETIVIDADE DO INSTITUTO E AS SINGULARIDADES DAS COMPANHIAS AÉREAS..... 447

GABRIEL MOURA CURY

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE INCÊNDIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E O CONFLITO ENTRE O ÓRGÃO ESPECIAL DO TJRJ E O STF 465

GABRIELLA DO ESPÍRITO SANTO MENDES VINAGRE

VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE FATURAMENTO PERCENTUAL NOS CONTRATOS DE SHOPPING CENTER DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS 483

GABRIELLA LIMA DO NASCIMENTO

BENS PÚBLICOS E TERRAS DEVOLUTAS: A POSSIBILIDADE DE USUCAPIR BENS DO ESTADO QUE NÃO CUMPREM FUNÇÃO SOCIAL EM PROL DA COLETIVIDADE 500

GREYCILEN DA SILVA DIAS

OVERSHARENTING: O IMPACTO DA EXPOSIÇÃO EXCESSIVA DE MENORES NAS REDES SOCIAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS..... 516



HELENA GARCIA CARNEIRO

UMA ANÁLISE DO TEMA 506 DO STF: COMO COMPREENDER O ARTIGO 28 DA LEI Nº 11343/06 SOB À ÓTICA DO JULGAMENTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA CONSUMO PESSOAL? 531

ISABELA AGUIAR DE ALMEIDA

A APLICAÇÃO DO DIREITO DO AUTOR ÀS OBRAS PRODUZIDAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NECESSÁRIA FRENTE À TECNOLOGIA BIG DATA 549

JADILSON DA SILVA MACIEL

LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: É CONSTITUCIONALMENTE POSSÍVE RESTRIÇÕES ESTABELECIDAS PELO LEGISLATIVO EM RELAÇÃO À CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA? 568

JOÃO GABRIEL LACERDA DA SILVA

A MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS EM ÂMBITO SUCESSÓRIO 587

JÚLIA ÁUREA DE SOUZA

A ANÁLISE DOS CRIMES DE ÓDIO EM RAZÃO DA RAÇA E DO GÊNERO À LUZ DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO..... 605

JULIA BARBOSA SCAFFA FALCÃO

A PREVISÃO LEGAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE CLUBES DE FUTEBOL E A AUSÊNCIA DE PREVISÃO DO INSTITUTO EM RELAÇÃO ÀS ASSOCIAÇÕES EM GERAL 624

JÚLIA PONCINELLI GARCIA

OS EFEITOS TEMPORAIS DA COISA JULGADA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS DE TRATO SUCESSIVO QUANDO O STF PROFERE DECISÃO EM CONTROLE CONCENTRADO – TEMA 881, STF 640

KARINA FARIA DE SOUZA

POPULISMO PENAL MIDIÁTICO: A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS SOCIAIS NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO SOCIAL DO CONDENADO 655



UMA ANÁLISE CRÍTICA DA APLICABILIDADE DO ATIVISMO E DO PROTAGONISMO JUDICIAL NO COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Adriano Marlon Silva de Sales

Graduado pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Servidor Público.

Resumo – o presente artigo científico tem como objetivo promover a discussão sobre o crime organizado na perspectiva do Poder Judiciário Fluminense, analisando criticamente a aplicabilidade do ativismo e do protagonismo judicial como meios eficazes para combater as organizações criminosas. Inicialmente, será examinada a evolução histórica das organizações criminosas e as origens do crime organizado, destacando como a construção de prisões no Rio de Janeiro e São Paulo contribuiu para o surgimento dessas facções. Além disso, examinam-se as principais razões para o crescimento exponencial e desenfreado dessas organizações no Brasil. Em seguida, analisa-se a atuação do Poder Judiciário Fluminense, questionando se sua contribuição foi significativa para as políticas de segurança pública, especialmente através da criação das Varas Especializadas no Combate ao Crime Organizado, refletindo o papel atento do Judiciário no enfrentamento da criminalidade urbana. Finalmente, a pesquisa demonstrará, por meio de aspectos doutrinários e jurisprudenciais, a necessidade de atualização normativa pelo Poder Legislativo para possibilitar o efetivo enfrentamento das organizações criminosas.

Palavras-chave – Direto Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal. Segurança Pública.

Sumário – Introdução. 1. O crescimento exponencial e desenfreado do crime organizado no território brasileiro. 2. A participação do Poder Judiciário na segurança pública: protagonismo judicial. Criação de Varas Especializadas no Combate ao Crime Organizado. 3. Da necessidade de atualização normativa pelo poder legislativo para combater as organizações criminosas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica propõe discutir o crime organizado na perspectiva do Poder Judiciário fluminense, realizando uma análise crítica sobre a controvérsia da aplicabilidade do ativismo e do protagonismo judicial, bem como sobre a colaboração mútua entre os órgãos de segurança pública e suas abordagens no combate às organizações criminosas atuantes no Estado do Rio de Janeiro, questionando-se até que ponto as medidas adotadas pelo Poder Judiciário têm sido eficazes no enfrentamento do crime organizado.

Além disso, busca-se demonstrar a necessidade de uma atualização normativa por parte do Poder Legislativo Federal, para tratar os crimes praticados por organizações criminosas com maior rigor legal, sendo que para atingir tal finalidade, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, com o intuito de avaliar a eficácia das políticas de segurança

pública atualmente implementadas no Estado do Rio de Janeiro e a participação do Judiciário em todo esse contexto.

O Estado do Rio de Janeiro enfrenta, há muito tempo, inúmeras dificuldades para manter a segurança pública diante da crescente e complexa escalada das organizações criminosas, como milícias privadas e o tráfico de drogas. A segurança pública é um tema de grande relevância na sociedade moderna, especialmente no que diz respeito aos crimes perpetrados por essas organizações, incluindo tráfico, milícia e contravenção penal.

Nesse contexto, o Poder Judiciário fluminense desempenha um papel crucial na formulação e implementação de políticas judiciais voltadas para enfraquecer as organizações criminosas e fortalecer o estado democrático de direito. Entre as iniciativas significativas desse esforço, destacam-se as Varas Especializadas no Combate ao Crime Organizado, que evidenciam o compromisso diligente do Judiciário carioca com a criminalidade urbana.

Com o objetivo de compreensão total do tema, busca-se apresentar o crescimento exponencial do crime organizado no território brasileiro e como o poder judiciário participa na segurança pública por meio criação das varas especializadas para auxiliar no combate ao crime organizado.

O primeiro capítulo analisa a evolução histórica das organizações criminosas e as origens do crime organizado, destacando como a construção de prisões no Rio de Janeiro e São Paulo contribuiu para o surgimento dessas facções. Além disso, examina as principais razões para o crescimento exponencial e desenfreado dessas organizações no Brasil.

Em seguida, o segundo capítulo analisa a atuação do Poder Judiciário Fluminense, questionando se sua contribuição foi significativa para as políticas de segurança pública, especialmente através da criação das Varas Especializadas no Combate ao Crime Organizado, refletindo o papel atento do Judiciário no enfrentamento da criminalidade urbana.

Por fim, o terceiro capítulo examinará aspectos doutrinários e jurisprudenciais, destacando a necessidade de atualização normativa pelo Poder Legislativo para possibilitar o efetivo enfrentamento das organizações criminosas.

A pesquisa será conduzida utilizando o método hipotético-dedutivo, haja vista que, por esse método, o pesquisador seleciona um conjunto de proposições hipotéticas consideradas viáveis e adequadas para a análise do objeto da pesquisa. O objetivo é verificar empiricamente essas hipóteses, buscando comprová-las ou refutá-las por meio de argumentação fundamentada.

Por fim, a abordagem do tema deste estudo é obrigatoriamente qualitativa, visto que o pesquisador pretende utilizar a bibliografia pertinente à temática em foco, analisando a doutrina



e a jurisprudência consolidada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre o assunto, sendo também sendo utilizados artigos científicos para sustentar a tese proposta.

1. O CRESCIMENTO EXPONENCIAL E DESENFREADO DO CRIME ORGANIZADO NO TERRITÓRIO BRASILEIRO

Antes de abordar o tema principal deste capítulo, que é o crescimento exponencial e desenfreado do crime organizado no Brasil, é essencial examinar, primeiramente, o surgimento e a evolução histórica das organizações criminosas. Compreender esse contexto histórico é fundamental para entender como os princípios aplicados no passado influenciam o crescimento acelerado do crime organizado no território brasileiro.

As organizações criminosas podem ser definidas como inúmeros grupos que atuam dentro de um determinado território, sejam eles nacionais, transnacionais ou locais, e que operam de forma fortemente centralizada. Esses grupos muitas vezes se estabelecem em áreas onde há ausência do poder público, sendo administrados livremente por criminosos cujo objetivo é a prática irrestrita de atividades ilícitas, as quais frequentemente violam os direitos fundamentais de qualquer indivíduo.

Segundo Lima, "não é tarefa fácil precisar a origem das organizações criminosas [...]"¹, o que torna praticamente impossível afirmar com exatidão quando elas surgiram, especialmente porque a doutrina não oferece informações precisas sobre o tema. No entanto, seu surgimento pode ser exemplificado pelo aparecimento de diversas associações criminosas clássicas, frequentemente impulsionadas ao longo da história pela busca incessante de dinheiro, poder e controle sobre determinadas regiões.

A título exemplificativo, a Yakuza, a Máfia italiana e a criminalidade organizada nos Estados Unidos da América e na América do Sul são excelentes exemplos de como essas organizações se formaram e se consolidaram em diferentes contextos históricos e culturais. Para Silva a Yakuza:

[...]Remete-se aos tempos do Japão feudal do século XVIII, ela surgiu como associação criminosa, e seu desenvolvimento se deu na execução de atividades ilícitas e lícitas, as ilícitas surgiram como cassinos, prostíbulos, turismo pornográfico, tráfico de mulheres, drogas e armas, lavagem de dinheiro e usura; e as lícitas como casas noturnas, agências de teatro, cinema, publicidade e eventos esportivos. No século XX, com o desenvolvimento industrial do Japão, máfia Yakuza incorporou suas atividades a prática das chamadas "chantagens corporativas" que consistem em adquirir ações

¹ LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p.434.

de uma empresa e a partir de então exigir lucros excessivos, sob pena de revelarem os segredos industriais aos concorrentes[...]²

Sobre a formação da Máfia italiana, não se pode mencionar uma data precisa para a sua origem, visto que segundo Oliveira “[...] várias as máfias italianas surgiram ao longo do tempo, sendo as mais conhecidas a *Cosa Nostra*, a Camorra Napolitana, *Na’drangheta*, Calabresa e *Sagrata Corona Pugliesa*[...]”³. No que tange a criminalidade organizada nos Estados Unidos da América, Silva afirma que ela surgiu:

[...]no final da década de 20 com o contrabando de bebidas alcoólicas fruto da chamada “Lei Seca”. Diversos grupos (gangs) exploravam a atividade ilícita o que ocasionou lutas sangrentas entre grupos rivais. Com o passar dos anos foram incorporadas outras atividades criminosas tais como o jogo e a prostituição. Com o desenvolvimento econômico americano, após a Segunda Grande Guerra, estabeleceu-se uma parceria entre esses grupos e a Máfia Italiana, criando a Máfia ítaloamericana que incorporou as atividades dos grupos americanos o Tráfico de drogas [...]⁴

Na América do Sul, é possível observar que os traços para a formação das organizações criminosas já estavam presentes no século XVI, na época das grandes navegações. Silva ensina que naquela época:

[...] os colonizadores espanhóis cultivavam, exploravam e comercializavam a coca em regiões do Peru e da Bolívia. Com o passar dos anos os 5 agricultores locais dominaram o cultivo da planta e a sua transformação em pasta base para o refinamento da cocaína, tendo grande parte deles migrado para a Colômbia, que mais tarde se tornou a região de maior produção e comercialização da cocaína na América do Sul. As organizações criminosas de maior destaque da Colômbia são o Cartel de Cali e o Cartel de Medellín, que hoje, além da cocaína comercializam, também, o ópio em parceria com as Tríades Chinesas. [...]⁵

Compreendido o contexto do surgimento das organizações criminosas ao longo da história em diversas regiões do mundo, é necessário agora demonstrar o surgimento do crime organizado no Brasil e fazer considerações sobre o crescimento acelerado desse fenômeno no território brasileiro.

As origens do crime organizado no Brasil são objeto de considerável controvérsia, uma vez que suas raízes são atribuídas a diferentes períodos históricos e contextos variados. Para Silva, “[...] o cangaço foi um antecedente do crime organizado no Brasil [...]”⁶ pois, foi um fenômeno social marcante no sertão nordestino, atuando principalmente entre o final do século XIX e o início do século XX, caracterizado por grupos de bandoleiros que desafiavam as

² SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

³ OLIVEIRA, Luciano Francisco de. **Crime Organizado: a geada negra**. 2004. 89 f. Monografia (final de curso) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2004, p.17.

⁴ SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 24.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 25.



autoridades e viviam à margem da lei, simbolizado pelas figuras icônicas de Virgulino Ferreira da Silva, conhecido como Lampião, e de sua companheira Maria Déia Neném, a Maria Bonita.

Para Silva o grupo de cangaceiros detinha um *modus operandi* próprio pois:

[...] se organizavam de forma hierárquica e tinham por atividades o saque a vilas, fazendas e pequenas cidades, a extorsão de dinheiro mediante ameaça de ataques e pilhagem, ou o seqüestro de pessoas importantes. Relacionavam-se com fazendeiros e chefes políticos influentes e contavam com a colaboração de policiais corruptos, que lhes forneciam armas e munição [...]⁷

Para outros pesquisadores, o surgimento mais provado do surgimento e o crescimento exponencial e desenfreado do crime organizado no território brasileiro se deu com a criação do “jogo do bicho” e a sua proibição no país. Silva afirma que:

[...] o jogo do bicho foi idealizado pelo Barão de Drumond com o objetivo de salvar os animais do Jardim Zoológico do Rio de Janeiro. Todavia, a ideia ganhou o apreço popular e logo, logo passou a ser gerenciada por grupos organizados mediante a corrupção de policiais e políticos [...]⁸

Entretanto, na perspectiva de Gomes e Cervini o jogo do bicho se “[...] considerado isoladamente, não pode ser concebido como ‘crime organizado’ (tecnicamente), porque é, na verdade, uma contravenção penal (art. 58 da lei de Contravenções Penais) [...]”⁹. No entanto, essa atividade tem facilitado a lavagem de dinheiro, o que é de extrema importância para consolidação e sustentação das organizações criminosas.

Entre as décadas de 1970 e meados da década de 1990, as organizações criminosas no Brasil começaram a emergir de forma mais estruturada. Durante esse período, várias prisões foram construídas nos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo. Dentro desses presídios, os internos se organizaram de maneira coordenada e sistemática, formando grupos compostos por indivíduos de extrema periculosidade. Esse processo deu origem a facções criminosas como a Falange Vermelha, o Comando Vermelho, o Terceiro Comando, o Primeiro Comando da Capital, a Seita Satânica e o Comando Democrático pela Liberdade.

A partir de determinado momento posterior, as organizações criminosas passaram a explorar intensivamente o tráfico de entorpecentes, tanto em todo o território nacional quanto nos países integrantes do Mercosul. O comércio de substâncias ilícitas, como maconha, cocaína, haxixe, heroína, LSD, ecstasy e crack, tornou-se uma das principais atividades dessas facções.

⁷SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 25.

⁸*Ibid.*

⁹GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico** (Lei 9.034/95 e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.63.

Paralelamente, os membros dessas organizações também se especializaram em assaltos a banco, bem como no roubo de cargas nas rodovias o que lhes permitiu expandir de forma exponencial e acelerada seu arsenal bélico contribuindo diretamente para a conquista de diversos territórios, resultando na consolidação de um verdadeiro império criminoso, capaz de desafiar e confrontar o poder estatal.

Cumprе ressaltar também que a evolução crescente das organizações criminosas até os dias atuais se deve, em grande parte, à falta de incentivo público e à escassez de oportunidades no mercado de trabalho, decorrentes das diversas crises econômicas que o Brasil já enfrentou e continua a enfrentar. Por isso, para Lidiany e Nilvado, em um país como o Brasil, em que:

[...] a distribuição de renda é tão desigual, onde impera a fome, o desemprego, a falta de Educação, de habitação, etc., ou seja, onde não são efetivadas as garantias mínimas para uma vida digna, o Crime Organizado surge como uma opção de vida, vez que oferece, mesmo que por meios ilícitos, a possibilidade de uma vida mais digna humana. [...] ¹⁰

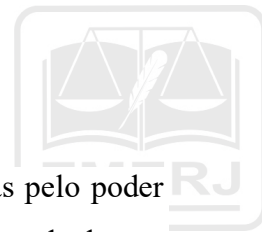
Conforme demonstrado ao longo deste capítulo, o surgimento das organizações criminosas pode ser exemplificado pelo aparecimento de diversas associações criminosas clássicas, que, ao longo da história da humanidade, foram frequentemente impulsionadas pela busca incessante por dinheiro, poder e controle territorial.

No entanto, observa-se que, no Brasil, especialmente no território fluminense, o surgimento dessas organizações foi exacerbado pela expansão territorial em comunidades periféricas, áreas muitas vezes negligenciadas pelo poder público.

Essa ausência de intervenção estatal facilitou o fortalecimento e a dominação de facções criminosas como o Comando Vermelho, o Terceiro Comando Puro e os Amigos dos Amigos, consolidando seu poder e influência nessas regiões. Por essa razão, a participação do Poder Judiciário na segurança pública se tornou um fator essencial para o enfrentamento efetivo dessas organizações, como será demonstrado no capítulo seguinte.

2. A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA SEGURANÇA PÚBLICA: PROTAGONISMO JUDICIAL E A CRIAÇÃO DE VARAS ESPECIALIZADAS NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

¹⁰ CAMPOS, Lidiany Mendes; SANTOS, Nilvado dos. O crime Organizado e as prisões no Brasil. **XIV Congresso Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, p. 20, nov. 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/208.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024.



No Estado do Rio de Janeiro, uma das grandes problemáticas enfrentadas pelo poder público é a diversidade de organizações criminosas presentes, como milícias, tráfico de drogas e contravenção. Essas organizações, embora distintas em suas áreas de atuação, compartilham a característica de operarem à margem da lei, o que agrava ainda mais a situação devido às constantes disputas por territórios.

Um relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça aponta que, nos últimos quatro anos, o crime organizado no Estado do Rio de Janeiro cresceu exponencialmente, com um aumento de 17%, conforme dados obtidos e divulgados pela Polícia Civil Fluminense. Segundo o CNJ, a expansão dos territórios controlados pelo tráfico e pelas milícias é particularmente significativa, refletindo o crescente desafio enfrentado pelo poder público em combater essas organizações criminosas.¹¹

Com base no relatório GT/CNJ ADPF 635¹², também elaborado pelo CNJ, 1.659 localidades no território fluminense estão sob o domínio das organizações criminosas. A maior parte desses territórios é controlada pelo tráfico de drogas, com destaque para o Comando Vermelho (CV), que domina pelo menos 1.028 localidades, sendo a maior facção criminosa do Estado do Rio de Janeiro.

Já o Terceiro Comando Puro (TCP), a segunda maior facção presente no solo fluminense, ocupa 294 regiões, enquanto a facção Amigos dos Amigos (ADA) controla ao menos 54 comunidades periféricas em todo o Estado. Em contrapartida, os grupos paramilitares, mais conhecido como milícias, mantêm seu domínio em, pelo menos, 282 localidades.

Por essa razão, a especialização da justiça é fundamental para assegurar uma prestação jurisdicional mais precisa, especialmente no Estado do Rio de Janeiro. O Poder Judiciário fluminense tem enfrentado desafios no combate ao crime organizado, à medida que esses grupos criminosos evoluíram em suas operações, tornando-se profissionais na prática delitiva, o que exige, consequentemente, um maior preparo do ente estatal para lidar com tais situações.

Devido a essa necessidade, o Poder Judiciário Fluminense instituiu, em 2019, a 1ª Vara Criminal Especializada da Comarca da Capital, por meio da Resolução TJ/OE 10/2019¹³.

¹¹NÚMERO de regiões dominadas pelo crime organizado sobe 17% em quatro anos. **Veja Rio**, Rio de Janeiro, 12 abr. 2024. Disponível em: <https://vejario.abril.com.br/cidade/numero-regioes-dominadas-crime-organizado-trafico-milicias-17-sobe>. Acesso em: 20 jul. 2024.

¹²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório GT/CNJ ADPF 635**. Brasília, 04 abr. 2024. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/PoderJudiciario/PoderJudiciario/OrgaosDaJustica>. Acesso em: 23 ago. 2024.

¹³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução TJ/OE 10/2022**. Dispõe sobre a criação dos juízos da 2ª e 3ª Varas Especializadas em Organização Criminosa no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, altera a Resolução TJ/OE nº 10/2019, e dá outras providências. Disponível em: <https://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>. Acesso em: 07 ago. 2024.

Posteriormente, em 2022, essa vara foi renomeada para 1ª Vara Especializada em Organização Criminosa, por meio da Resolução TJ/OE 20/2022¹⁴, que, no mesmo ato, também criou a 2ª e a 3ª Varas Especializadas em Crime Organizado, localizadas na sede Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Essas varas, por sua vez, têm desempenhado um papel crucial na centralização e especialização dos processos, permitindo que magistrados e servidores adquiram um conhecimento mais profundo e específico sobre as dinâmicas das organizações criminosas, aprimorando a eficiência e a celeridade dos julgamentos, reforçando também a segurança jurídica e a confiança da sociedade no sistema judiciário.

Diante dos avanços significativos do Estado no combate às maiores organizações criminosas do Rio de Janeiro, a relação entre o Poder Judiciário e as políticas de segurança pública tem sido amplamente discutida. Tradicionalmente, o Judiciário se limita a processar e a julgar demandas sociais, visando garantir direitos e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e o Estado, refletindo suas funções institucionais ordinárias¹⁵. Contudo, ao longo dos anos, tem-se observado uma atuação mais proativa do Judiciário na implementação de políticas públicas, especialmente no âmbito da segurança pública.

É crucial destacar que a atuação do Judiciário na implementação de determinadas políticas públicas não viola o princípio da separação dos poderes da República Consagrado pela Constituição Federal de 1988¹⁶, disposto em seu art. 2º. Tal princípio visa a desconcentração do poder estatal e a distribuição equilibrada das funções institucionais dentro do Estado Democrático de Direito, assegurando que o Judiciário, ao exercer suas atribuições, contribua para a preservação dos direitos fundamentais sem comprometer a autonomia e harmonia dos demais poderes. Assim leciona o Ilustríssimo Ministro Alexandre de Moraes:

[...] não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura[...]¹⁷

¹⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução TJ/OE 20/2022**. Dispõe sobre a criação dos juízos da 2ª e 3ª Varas Especializadas em Organização Criminosa no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, altera a Resolução TJ/OE nº 10/2019, e dá outras providências. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=291660&integra=1. Acesso em: 23 ago. 2024.

¹⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Órgãos da Justiça: O Poder Judiciário**. Secretaria de Tecnologia da Informação do TJSP. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/PoderJudiciario/PoderJudiciario/OrgaosDaJustica>. Acesso em: 23 ago. 2024.

¹⁶BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

¹⁷MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, p. 34.



Deve-se pontuar que, embora em uma análise inicial, tal comportamento do Judiciário possa ser interpretado como ativismo judicial, ou seja, uma ampliação de suas funções institucionais, na realidade, não é isso que ocorre. Alguns críticos argumentam que essa atuação do Judiciário resulta em um desequilíbrio entre os três poderes, sugerindo que ele estaria extrapolando suas atribuições e invadindo a competência dos outros poderes que regem a República Federativa do Brasil.¹⁸

De fato, a Constituição Federal pré-estabeleceu as funções institucionais a serem exercidas por cada um dos poderes da República e consagrou que os Poderes de Estado são independentes e harmônicos entre si¹⁹. No entanto, na prática, observa-se que o Judiciário tem buscado cada vez mais apresentar soluções efetivas para as demandas sociais que lhe são submetidas, especialmente quando há inércia ou omissão por parte dos demais Poderes, destacando-se, contudo, que essa atuação não deve ser confundida com usurpação de competências dos outros poderes que regem a República.

Não se pode deixar de mencionar que algumas atuações do Judiciário, inicialmente vistas como ativismo judicial, na verdade representam a efetivação de direitos fundamentais previstas na Constituição Federal. Embora essas decisões nem sempre estejam diretamente relacionadas ao tema da segurança pública, é essencial incluir, neste contexto, julgamentos do Judiciário que exemplificam, de forma positiva, seu protagonismo na proteção desses direitos.

Embora envoltos em críticas e polêmicas, os casos aqui apresentados refletem uma evidente evolução social que não estava sendo acompanhada pelo Legislativo, caracterizando uma verdadeira omissão. Por essa razão, o Poder Judiciário interveio para proporcionar uma tutela adequada às minorias. Esse protagonismo judicial é claro, mas não deve ser confundido com ativismo, que se caracteriza pelo flagrante da extrapolação dos limites legais.

Um exemplo notável desse protagonismo é o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do ADPF 347²⁰, que reconheceu o denominado “estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro”, sendo parte integrante de um conjunto de ações que demonstram o papel crucial do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

¹⁸GARCIA, Fábio Rodrigues. **O protagonismo do Poder Judiciário na Atualidade**, Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-protagonismo-do-poder-judiciario-na-actualidade/1199536388>. Acesso em: 23 ago. 2024.

¹⁹BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

²⁰STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. **Superior Tribunal Federal**, Brasília, 12 junho. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acesso em: 23 ago. 2024.

Os direitos sociais, previstos no art. 6º da CRFB/88²¹, são desdobramentos dos direitos fundamentais. Dentre os direitos enumerados nesse artigo, destaca-se o direito à segurança, que não é superior nem inferior aos demais, mas sim uma parte integrante do sistema de direitos como um todo. Já o direito à vida está intrinsecamente ligado ao direito à segurança pública, sendo responsabilidade primordial do Estado garantir tanto a preservação da vida quanto as condições dignas de subsistência.²²

Por isso, Alexandre de Moraes sustenta que: “[...] a Ação de Controle Concentrado de Constitucionalidade foi recepcionada pela Constituição Federal com a finalidade de ligar “à supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, à rigidez constitucional e à proteção dos direitos fundamentais[...]”.²³

Quando o Poder Judiciário Fluminense instituiu as Varas Especializadas em Organizações Criminosas, teve como objetivo principal garantir uma prestação jurisdicional de qualidade, por meio da especialização de magistrados e servidores no processamento e julgamento de casos envolvendo organizações criminosas no Estado do Rio de Janeiro.

Por isso, a criação das Varas Especializadas reflete uma resposta institucional estratégica frente à complexidade e à gravidade das ameaças representadas pelas facções criminosas. Ao se comprometer com uma estrutura dedicada ao combate ao crime organizado, o Poder Judiciário Fluminense demonstra sua capacidade de adaptação e inovação diante de novos desafios sociais, contribuindo para a proteção dos direitos fundamentais e a preservação da ordem pública.

Essa especialização é essencial não apenas para proporcionar uma resposta eficaz ao enfrentamento da criminalidade urbana, mas também para garantir, com maestria, a proteção dos direitos fundamentais, especialmente quando aplicados à segurança pública, demonstrando um compromisso eficiente da instituição no combate à criminalidade urbana organizada.

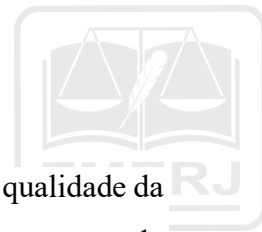
Essa afirmação é confirmada por uma pesquisa de percepção realizada em 2020 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) entre magistrados, servidores e advogados, que avaliou a especialização de varas por competência e a unificação de cartórios judiciais²⁴. O relatório final

²¹BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

²²MORAES, *op. cit.*, p. 34.

²³MORAES, **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 721.

²⁴BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa de percepção dos magistrados, servidores e advogados quanto à especialização de varas por competência e a unificação de cartórios judiciais**. Brasília, 25 ago. 2020 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio-de-unificacao-dos-cartorios_2020-08-25_3.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.



da pesquisa destacou que essas medidas resultaram em melhorias significativas na qualidade da prestação jurisdicional, demonstrando a eficácia da especialização no aprimoramento do sistema de justiça.

Por fim, ao adotar essas medidas, o Judiciário não apenas reforça sua função de garantir a justiça, mas também assume um papel ativo na implementação de políticas públicas de segurança, colaborando de maneira direta com outros órgãos do Estado no combate à criminalidade, evidenciando que, mesmo em meio às críticas sobre o ativismo judicial, a atuação proativa do Poder Judiciário pode ser vista como um instrumento indispensável na defesa da sociedade e na manutenção da paz social.

3. DA NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO NORMATIVA PELO PODER LEGISLATIVO PARA COMBATER AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O enfrentamento ao crime organizado no Estado do Rio de Janeiro apresenta desafios cada vez mais complexos, especialmente devido à escalada alarmante dessa criminalidade em todo o território fluminense. A internet, junto com os avanços tecnológicos, contribuiu significativamente para o fortalecimento das organizações criminosas, facilitando a prática de diversos crimes. Nesse contexto, Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães ensinam que:

[...] Com o grande avanço tecnológico dos dias atuais, pode-se dizer que houve um considerável aumento de crimes em ambiente virtual, principalmente no que diz respeito às Organizações criminosas, visto que podem alcançar trajetórias globais, que podem ser usados para a realização de depósitos, transações clandestinas, sem que sejam rastreados. Cumpre ressaltar que, a internet foi propícia para o aumento do poderio das Organizações Criminosas, pois devido ao grande avanço ocorrido, aumentou consideravelmente diversos delitos, como o tráfico de armas, de órgãos, de softwares clandestinos, entre outros. Entretanto, o Estado não conseguiu acompanhar, tendo diversos setores falhos, como as alfândegas, polícias, portos, e outros afins, visto que ficou também mais fácil o modo de transação da moeda, além de toda e quaisquer pessoas terem acesso a qualquer coisa que queiram [...]²⁵

E ainda acrescentam que “ [...] O aumento do número de tráfico de armas foi auxiliado pela vinda da internet, pois como já dito, quaisquer pessoas têm acesso a tudo o que quiserem, além das transações serem extremamente rápidas.[...]”²⁶ ressaltando ainda que “ [...] o tráfico de drogas, as Organizações, os cartéis utilizam a tecnologia a seu favor, pois fazem entregas

²⁵ MESSA, Ana Flávia.; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime organizado**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. *E-book*.

²⁶ *Ibid.*

eficientes, utilizando de cooperações com outros meios necessários [...],²⁷ para concretizar os seus atos ilícitos em todo o território fluminense.

Nesse sentido, diante ao crescimento exponencial do poder do crime organizado no Estado do Rio de Janeiro, é imperativo que o Poder Legislativo promova uma atualização normativa, medida essa essencial para garantir que o Poder Judiciário tenha o respaldo legal necessário para combater, de forma eficiente, as ameaças cada vez mais complexas dessas organizações, especialmente em áreas onde o Estado tem menor presença, como as comunidades periféricas do Rio de Janeiro.

Para Ana Flávia Messa e José Reinaldo Guimarães, um dos papéis mais importantes e eficazes que o Estado pode adotar em defesa da sociedade nesses casos, se inicia no:

[...] inquérito policial, o qual é um instrumento realizado pela Autoridade Policial (Delegado de Polícia) tanto civil, quanto federal, de natureza administrativa, em que é assegurada uma investigação por parte do Estado para aquele determinado delito, colhendo provas de autoria e materialidade, para evitar erros nas prisões feitas. O Estado é titular do “jus puniendi” em que é responsável por investigar, e colher prova de autoria e materialidade para que possa punir a ação do agente causador [...]²⁸

O Estado, como detentor do poder de punir, tem o dever de investigar e comprovar a autoria e a materialidade dos crimes praticados por integrantes de organizações criminosas. Concluída a investigação, é essencial que sejam respeitados os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, garantindo que a punição seja aplicada com o rigor necessário. Ao observar esses direitos, previstos na Constituição Federal²⁹, o Estado evita eventuais alegações de nulidades processuais e assegura a legitimidade e proporciona efetividade das sanções impostas.

Por isso, leciona o doutrinador Roberto Porto que “[...] o Estado não deve punir com o intuito de vingar, mas sim defender a sociedade, algo que não está enraizado no sistema brasileiro, visto que historicamente, a punição está ligada a ação de um Soberano em vingar daquele que o opunha [...]”³⁰

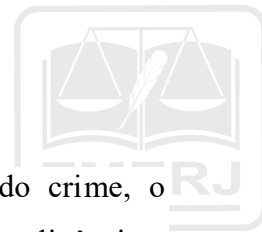
Cumprе ressaltar que, para um combate efetivo às organizações criminosas, não basta apenas uma atualização normativa que endureça a aplicação das penas aos seus integrantes, mas

²⁷ MESSA, Ana Flávia.; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime organizado**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. *E-book*.

²⁸ *Ibid*.

²⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago.2024

³⁰ PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Grupo GEN, 2008. *E-book*.



também a implementação de políticas públicas voltadas para a prevenção do crime, o fortalecimento das instituições de segurança e a promoção de investimentos em inteligência e tecnologia. Marcelo Batlouni Mendroni ensina que para combater efetivamente as Organizações criminosas, torna-se necessário a aplicabilidade do:

[...] conceito de força tarefa, amplamente utilizado pelos Estados Unidos ao combate de tais infratores da lei. Força tarefa segue com a ideia de ser uma ação mútua e integrada de todos os órgãos de Defesa da sociedade, que visam da melhor forma possível chegar a um resultado comum, que é a prisão e desmembramento das Organizações, trabalhando da melhor forma possível, com equipamentos, acumulando esforços para chegarem ao desfecho positivo[...]³¹

Para que seja aplicado o conceito supracitado no Brasil, torna-se indispensável a cooperação conjunta com um dos órgãos mais importantes para o Estado no desmantelamento dessas organizações criminosas: o Ministério Público, por meio de seus grupos especializados no combate ao crime organizado, como os Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECOs). Esses grupos desempenham um papel fundamental na investigação, repressão e processamento judicial de tais organizações, atuando de maneira conjunta com outros órgãos de segurança pública. Por isso, os Promotores de Justiça, em especial:

[...] devem traçar (definir) uma estratégia de atuação desde o início das investigações preliminares. A situação do combate às organizações criminosas exige de seus integrantes que sejam formulados os passos a serem tomados, após prévio estudo de suas consequências. Devem então acompanhar passo a passo toda a investigação realizada até obter o panorama geral da organização criminosa (campos principais de atuação (crimes), seus chefes, principais integrantes operacionais (executores), agentes públicos envolvidos e seus cargos etc [...])³²

Marcelo Mendroni acrescenta que o combate ao crime organizado só tem efetividade quando ocorre união dos:

[...] três principais órgãos de defesa do País, Poder Judiciário, Ministério Público e as Polícias em geral, os quais cabem ao Poder Público como mantenedor do bem estar social e da aplicação de Leis, investir cada vez mais nestes órgãos com políticas públicas para que possam ter os melhores meios para trabalharem em conjunto e chegarem ao interesse comum [...]³³

Nesse contexto, o Poder Judiciário também tem o dever de auxiliar no combate às organizações criminosas no Brasil, especialmente no Estado do Rio de Janeiro, onde estão

³¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais**. 7.ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

concentradas as maiores facções criminosas do país. Para Mendroni, é indispensável ao poder judiciário:

[...] os seus aperfeiçoamentos técnicos, uma dedicação exclusiva e específica para tais crimes, que levam a uma especialização para tratar de tal assunto, pois são delitos que envolvem diversos fatores, como empresas ilícitas, movimentações financeiras, colaboração premiada, entre outras. Diante disso, é extremamente necessário que tais magistrados deem atenção total para tais processos, para ter uma maior eficácia e efetivação, entretanto não é a realidade enfrentada no país atualmente [...]³⁴

Deve ainda o Poder Judiciário utilizar a delação premiada, conforme bem explicado por Messa e Carneiro como um “[...] instituto que teve origem nas ordenações das Filipinas, por volta do ano de 1603, em que era previsto uma recompensa para aqueles que levarem os criminosos à prisão, ou seja, iriam se tornar perdoados [...]”, previsto na Lei das Organizações Criminosas³⁵, o Art. 4º e seus respectivos incisos estabelecem cinco requisitos para a validação deste instituto. Esses requisitos são fundamentais para garantir a eficácia da delação premiada como ferramenta estratégica na obtenção de informações cruciais sobre a estrutura e as operações das organizações criminosas.

Por fim, a cooperação entre os entes federativos é essencial para competir com paridade frente à grande inovação tecnológica utilizada pelas organizações criminosas, que se adaptaram e se especializaram com as inovações tecnológicas atuais. Afirmam Daniel Salgado e Fábio Bechara que:

[...] com a grande inovação tecnológica atual, as organizações criminosas tiveram que evoluir em seu “*modus operandi*”, sem seus equipamentos para que possam cometer tais crimes. Diante desse fato, o Estado como mantenedor do bem-estar social teve que acompanhar as evoluções para que possam efetivamente combater as organizações de uma maneira mais eficaz [...] com base nisso, a lei das organizações criminosas trouxe em seu Art. 3º, inciso VIII, que trata da cooperação das instituições e órgãos dos entes federativos do Brasil no combate às organizações. Esta visão que o legislador teve, refere-se a um combate mais coletivo de tais infratores, sendo uma grande mudança na atuação dos agentes, que levam como preceitos a legalidade, para que tenham uma maior efetividade em seu agir [...]³⁶

³⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais**. 7.ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 12 set.2024.

³⁶ SALGADO, Daniel de Resende; BECHARA, Fábio Ramazzini; GRANDIS, Rodrigo de. **10 Anos da Lei das organizações criminosas: Aspectos criminológicos, penais e processuais Penais**. 1. ed. ver. e atual. São Paulo: Almedina Brasil, 2023. *E-book*.



Diante do exposto, fica evidente que as organizações criminosas cresceram de maneira exponencial e desenfreada no território brasileiro. Torna-se, portanto, necessária a participação do Poder Judiciário na segurança pública, por meio do protagonismo judicial, consolidado com a criação das varas especializadas no combate ao crime organizado. Essas varas têm como finalidade fornecer ao Poder Judiciário e aos demais órgãos estatais responsáveis pela investigação dos grupos criminosos os meios adequados para enfrentar essas organizações de forma eficaz.

Além disso, é imprescindível que o Poder Legislativo promova uma atualização normativa, medida essencial para garantir que o Poder Judiciário tenha o respaldo legal necessário para combater de forma eficiente as ameaças cada vez mais complexas dessas organizações, especialmente em áreas onde o Estado tem menor presença, como as comunidades periféricas do Rio de Janeiro.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou o crime organizado na perspectiva do poder judiciário fluminense: uma análise crítica da aplicabilidade do ativismo e do protagonismo judicial como meio eficiente para combater às organizações criminosas.

As organizações criminosas, originalmente constituídas por grupos como a Yakuza, a Máfia italiana e a criminalidade organizada nos Estados Unidos e na América do Sul, se aprimoraram no território brasileiro, por meio da construção de prisões no Rio de Janeiro e em São Paulo, contribuindo diretamente para o surgimento e o crescimento exponencial dessas facções no Brasil e no território fluminense.

Verificou-se que no Estado do Rio de Janeiro, uma das grandes problemáticas enfrentadas pelo poder público é a diversidade de organizações criminosas presentes, como milícias, tráfico de drogas e contravenção. Essas organizações, embora distintas em suas áreas de atuação, compartilham a característica de operarem à margem da lei, o que agrava ainda mais a situação devido às constantes disputas por territórios.

Como resultado, o Poder Judiciário fluminense tem enfrentado desafios significativos no combate ao crime organizado, à medida que esses grupos criminosos evoluíram em suas operações, tornando-se cada vez mais profissionais na prática delitiva. Isso exige, consequentemente, um maior preparo do ente estatal para lidar com tais situações. Em resposta, foram criadas as Varas Especializadas em Organizações Criminosas, refletindo a participação

direta do Poder Judiciário nesse contexto e demonstrando de maneira cristalina a aplicabilidade do protagonismo judicial.

Por fim, concluiu-se a necessidade da participação do Poder Judiciário na segurança pública, por meio do protagonismo judicial, consolidado com a criação das varas especializadas no combate ao crime organizado. Essas varas têm como finalidade fornecer ao Poder Judiciário e aos demais órgãos estatais responsáveis pela investigação dos grupos criminosos os meios adequados para enfrentar essas organizações de forma eficaz.

Além disso, comprovou-se ser imprescindível que o Poder Legislativo promova uma atualização normativa, medida essencial para garantir que o Poder Judiciário tenha o respaldo legal necessário para combater de forma eficiente as ameaças cada vez mais complexas dessas organizações, especialmente em áreas onde o Estado tem menor presença, como as comunidades periféricas do Rio de Janeiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago.2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa de percepção dos magistrados, servidores e advogados quanto à especialização de varas por competência e a unificação de cartórios judiciais**. Brasília, 25 ago. 2020 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/Relatorio-de-unificacao-dos-cartorios_2020-08-25_3.pdf. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório GT/CNJ ADPF 635**. Brasília, 04 abr. 2024. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/PoderJudiciario/PoderJudiciario/OrgaosDaJustica>. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; [...] Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 12 set.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Órgãos da Justiça: O Poder Judiciário**. Secretaria de Tecnologia da Informação do TJSP. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/PoderJudiciario/PoderJudiciario/OrgaosDaJustica>. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução TJ/OE 10/2019**. Dispõe sobre a criação dos juízos da 2ª e 3ª Varas Especializadas em Organização Criminosa no âmbito



do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <https://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.html>. Acesso em: 07 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução TJ/OE 20/2022**. Dispõe sobre a criação dos juízos da 2ª e 3ª Varas Especializadas em Organização Criminosa no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, altera a Resolução TJ/OE nº 10/2019, e dá outras providências. Disponível em: http://www4.tjrj.jus.br/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=291660&integra=1. Acesso em: 23 ago. 2024.

CAMPOS, Lidiany Mendes; SANTOS, Nilvado dos. O crime Organizado e as prisões no Brasil. **XIV Congresso Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, p.20, nov. 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/208.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024.

GARCIA, Fábio Rodrigues. **O protagonismo do Poder Judiciário na Atualidade**, Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-protagonismo-do-poder-judiciario-na-atualidade/1199536388>. Acesso em: 23 ago. 2024.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. **Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico** (Lei 9.034/95 e político-criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: Aspectos gerais e mecanismos legais**. 7.ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

MESSA, Ana Flávia.; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **Crime organizado**. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. *E-book*.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

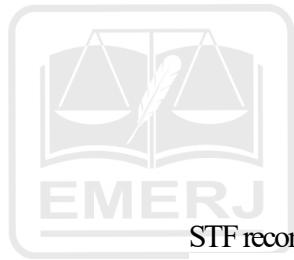
NÚMERO de regiões dominadas pelo crime organizado sobe 17% em quatro anos. **Veja Rio**, Rio de Janeiro, 12 abr. 2024. Disponível em: <https://vejario.abril.com.br/cidade/numero-regioes-dominadas-crime-organizado-traffic-milicias-17-sobe>. Acesso em: 20 jul. 2024.

OLIVEIRA, Luciano Francisco de. **Crime Organizado: a geada negra**. 2004. 89 f. Monografia (final de curso) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2004.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Grupo GEN, 2008. *E-book*.

SALGADO, Daniel de Resende; BECHARA, Fábio Ramazzini; GRANDIS, Rodrigo de **10 Anos da Lei das organizações criminosas: Aspectos criminológicos, penais e processuais** Penais. 1. ed. ver. e atual. São Paulo: Almedina Brasil, 2023. *E-book*.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado**. São Paulo: Atlas, 2003.



STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro. **Superior Tribunal Federal**, Brasília, 12 junho. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acesso em: 23 ago. 2024.



ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE ALIENAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA DOS LOJISTAS – A NECESSIDADE DE LIMITES AO INSTITUTO DO *TENANT MIX*

Alexandre Ferreira Gonçalves

Graduado pela Universidade Candido Mendes

Resumo – as relações jurídicas entre o empreendedor do *shopping center* e os lojistas, suportadas por um plexo de contratos, estabelecem mútuas obrigações, que concorrem para o sucesso do empreendimento. Tais atores atuam sob uma lógica organicista, uma vez que o sucesso de cada um é, ao mesmo tempo, causa e efeito do sucesso de todos. Nesse contexto, tais contratos contêm diversas cláusulas especiais, destacando-se a referente à proibição de cessão da locação e de mudança da atividade. O presente investiga a inserção no bojo dessa – com o fito de se preservar o *Tenant mix* – a vedação da alienação da participação societária dos lojistas. Para tanto, são analisados os limites axiológicos dessa vedação, sobretudo a sua contraposição a direitos constitucionalmente assegurados, máxime a livre associação e a livre iniciativa, com o objetivo de aferir a necessidade de limites ao instituto do *Tenant mix*.

Palavras-chave – Direito empresarial. *Shopping Center*. *Tenant mix*. Lojistas.

Sumário – Introdução. 1. As cláusulas de manutenção do *Tenant mix* e a possibilidade de violação de preceitos constitucionais e principiológicos. 2. A identificação dos limites axiológicos da manutenção do *Tenant mix* e seus possíveis desvios. 3. A necessidade de um sistema normativo que tutele a vulnerabilidade contratual dos lojistas perante o empreendedor do *shopping center*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a necessidade da efetiva aplicação de limites constitucionais ao instituto do *Tenant Mix*, no contexto da relação jurídica entre o empreendedor do *shopping center* e seus lojistas; mormente diante da desvirtuação da cláusula de vedação à proibição de cessão de locação e à mudança da atividade, quando essa abranger a proibição de alteração do quadro social do lojista; o que, sob o pretexto da manutenção do mencionado instituto, viola frontalmente os direitos constitucionais da livre iniciativa e da livre associação, bem como, em última análise, vulnera o preceito constitucional da liberdade econômica.

Para tanto, em uma abordagem endereçada por posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, o instituto do *Tenant mix* é analisado sob a ótica das obrigações contratuais assumidas entre esses personagens; contudo, sem se perder de vista que tais obrigações compõem um contexto maior, simultaneamente permeado por aspectos econômico-financeiros e sociais, bem como, por múltiplas e complexas relações jurídicas, que tomadas em seu conjunto, proporcionam a própria essência e viabilidade negocial dos *shopping centers*.

Com esse desiderato, inicia-se o primeiro capítulo problematizando-se até que ponto as práticas contratuais adotadas pelos empreendedores dos *shopping centers*, quando da estipulação de cláusulas que objetivem a manutenção do *Tenant mix*, sobretudo em razão da sua assimetria perante os lojistas, podem caracterizar, a depender dos limites impostos no caso concreto, uma violação dos mencionados preceitos constitucionais, bem como podem configurar uma contraposição ao princípio da boa-fé objetiva contratual.

No segundo capítulo, pondera-se, por meio da análise da relação jurídica contratual entre os empreendedores dos *shopping centers* e seus lojistas; tendo como pano de fundo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro, a possibilidade de se sustentar argumentativamente que a cláusula de vedação à proibição de cessão de locação e à mudança da atividade, na hipótese de abranger a proibição de alteração do quadro social do lojista, tem aptidão para violar o direito constitucional da livre iniciativa e da livre associação. Nesse contexto crítico, persegue-se, em última análise, o mapeamento dos limites axiológicos da manutenção do *Tenant mix*, de forma a permitir a identificação e a discussão de seus possíveis desvios.

No terceiro capítulo, por derradeiro, pesquisa-se, à luz da indubitável importância social e econômica do fenômeno dos *shopping centers*, cujo amparo jurídico se dá por uma complexa coligação de contratos e, conseqüentemente, pelo entrelaçamento de diversas esferas jurídicas subjetivas; qual a estratégia hermenêutica mais adequada para o enfrentamento da concorrência normativa entre os princípios constitucionais aplicáveis nessa relação jurídica; verificando-se, portanto, em razão da mencionada colisão, com base nas modalidades de ponderação – harmonizante ou excludente – em que medida há possibilidade da harmonização entre tais princípios, ou, se se deve reconhecer a prevalência de algum dele sobre os demais. Não obstante, nesse último capítulo defende-se, sobretudo, uma exegese que considere a vulnerabilidade dos lojistas perante o empreendedor do *shopping center*; sem descurar, contudo, da necessária reflexão dos limites dessa tutela, no sentido de não se potencializar ou mesmo não se acentuar as dicotomias já existentes entre os sujeitos envolvidos nessa relação jurídica.

No tocante ao método adotado para o desenvolvimento deste trabalho, a escolha recai sobre o hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende levantar um conjunto de hipóteses pertinentes ao objeto da pesquisa, com a finalidade de se identificar, ao final, quais delas se coadunam com uma adequada exegese, a partir do emprego da estratégia hermenêutica de ponderação de valores, acerca das colisões de princípios de índole constitucional observadas.

Nesse diapasão, será empregada uma abordagem qualitativa, uma vez que o presente será desenvolvido, sobretudo, à luz da investigação bibliográfica sobre o tema, permitindo-se, assim, a ponderação axiológica acerca dos vetores empresariais e constitucionais em questão.



1. AS CLÁUSULAS DE MANUTENÇÃO DO *TENANT MIX* E A POSSIBILIDADE DE VIOLAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS E PRINCIPIOLÓGICOS

Inegavelmente, o fenômeno do *shopping center* vem assumindo cada vez mais um papel de destaque no mercado consumidor brasileiro. Denominados como templos de consumo, nas palavras de Neves¹, tais empreendimentos revelam-se um grande vetor de convivência comunitária, ainda que sob um viés marcadamente consumerista, por meio do qual as pessoas têm a sua disposição, em um único local e dentro de um contexto de fomento e de operacionalização do consumo; opções de alimentação, de diversão, de saúde, bem como de bens e de serviços em geral; tudo isso com a conveniência e a comodidade de acesso, de estacionamento, de climatização e, sobretudo, de segurança. Nesse mesmo sentido, porém abordando tal fenômeno sob a perspectiva de sua estrutura jurídica, afirma Melo:

[...] a ocupação e utilização das lojas de um *shopping center* envolve um complexo de negócios jurídicos tendentes a viabilizar a exploração empresarial que será levada a efeito pelo empreendedor com vistas a atrair os consumidores a toda uma gama de ofertas sistemáticas e permanentes de produtos e serviços [...].²

Contextualizando macroeconomicamente a dimensão desse segmento, observa-se que, de acordo com os dados disponibilizados no site da Associação Brasileira de *Shopping Centers* (Abrasce)³, no Brasil atualmente existem 639 *shopping centers*, os quais recebem mensalmente cerca de 462 milhões de visitantes e geram 1.063 milhão de empregos.

Assim, ante a estatura econômica desse setor, a sua importância e a sua capilaridade no mercado consumidor de bens e serviços – de uma forma em geral para a sociedade e para a economia brasileira – as suas relações jurídicas gravitacionais, as quais em última análise dão sustentação ao empreendimento como um todo; bem como a tutela da esfera de direitos constitucionais das partes contratantes, devem inegavelmente ser objeto de especial atenção pela comunidade jurídica.

De acordo com a doutrina, como será visto a seguir, a natureza jurídica do contrato de *shopping center* pode ser entendida a partir de um plexo de contratos em coligação, de forma que cada um, em sua respectiva seara de abrangência, visa a compor um todo, de forma a operacionalizar juridicamente diversos acordos de vontades conceitualmente convergentes e

¹ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 597.

² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: contratos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 520.

³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE *SHOPPING CENTERS*. **Números do setor**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/setor/>. Acesso em: 13 jul.2024.

complementares. Nesse sentido, aponta a esse respeito o jurista Orlando Gomes, ao afirmar que “os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que sirvam a individualidade própria, por isso se distinguindo dos contratos mistos”⁴.

À luz desse arcabouço conceitual, podem-se citar diversos contratos coligados que compreendem a unidade jurídica da relação entre o empreendedor do *shopping center* e os seus lojistas. Tais acordos de vontades, em regra convergentes, segundo Neves⁵, são: a) contrato de locação, b) regimento interno do *shopping center*, c) convenção que disciplina normas gerais de locação, administração, funcionamento e fiscalização, e d) participação na associação de lojistas.

Com o objetivo circunscrever os limites subjetivos da relação contratual do empreendimento do *shopping center*, Neves⁶ indica quatro principais sujeitos de direitos: o empreendedor, o lojista, o administrador e o consumidor. Contudo, para efeito de recorte para a presente análise, aqui será tratado basicamente da relação entre os dois primeiros, porquanto o ângulo sobre o qual se pretende analisar o instituto do *Tenant mix* e suas implicações contratuais diz respeito, pelo menos diretamente, tão somente à interação entre estes.

Objetiva-se assim perquirir, ao final e ao cabo, os limites contratuais na relação jurídica entre o empreendedor do *shopping center* e seus lojistas, mormente em relação à cláusula de vedação à proibição de cessão de locação e à mudança da atividade; e se eventual transbordamento desses limites, em alguma medida, viola a própria função social do contrato e os direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente assegurados.

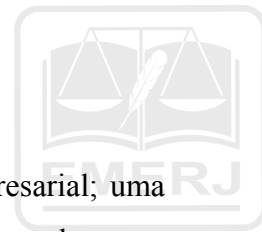
Constata-se faticamente, em razão da notória assimetria existente, em regra, entre o empreendedor do *shopping center* e seus lojistas; a vulnerabilidade destes perante aquele, sobretudo ante a insuficiência de uma base normativa específica, a qual correlacione e enderece soluções nesse contexto de desequilíbrio.

Entretanto não se desconhece, e isso é importante ressaltar, que a complexidade do mencionado empreendimento deve contar, para a sua operacionalização e sucesso, com mais do que um mero somatório de acordos de vontades entre as partes; mas, sobretudo, deve perpassar por uma verdadeira comunhão de desígnios e conjugação de esforços entre o

⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 104.

⁵ BUZAID, Alfredo. Estudo sobre Shopping Center. In: PINTO, Roberto Wilson Renault; OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). *Shopping centers: questões jurídicas (doutrina e jurisprudência)*. São Paulo: Saraiva, 1981 *apud* NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 613.

⁶ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 600-610.



empreendedor do *shopping center* e seus lojistas para se alcançar o êxito empresarial; uma vez que a entidade *shopping center* é, em última análise, tomada e acreditada pelos seus consumidores como um organismo unitário.

É nesse sentido, inclusive, ainda que de forma transversa, para o qual aponta a jurisprudência do C. STJ⁷, ao entender pela existência de relação de consumo entre o empreendedor do *shopping center* e os seus frequentadores, seja como efetivos consumidores ou a eles equiparados – *bystander* – conforme previsto no art. 17, do Código da Defesa do Consumidor⁸. Nesse entendimento, fica patente a figura do *shopping center* como um único organismo perante a sociedade, como um sujeito de direitos e deveres.

Assim, dentro dessa lógica organicista, uma falha em qualquer um dos seus componentes tem o potencial condão de colocar em risco toda a integridade do negócio, com repercussões mercadológicas e financeiras negativas para todas as partes.

Logo, a partir desse prisma integrativo, o fenômeno que aqui se busca analisar, no contexto das cláusulas especiais que regem o empreendimento do *shopping center*, máxime naquela que se refere à proibição de cessão da locação e mudança de atividade; é a existência nesta de uma vedação ao lojista em alienar a sua participação na sociedade empresária e as respectivas implicações jurídicas daí decorrentes.

Conceitualmente, a cláusula contratual referente à proibição de cessão da locação e mudança de atividade tem por finalidade a manutenção do *Tenant mix* do empreendimento, isto é, a preservação do planejamento realizado pelo empreendedor, sob uma ótica mercadológica, planejamento este no qual o empreendedor previamente identificou e promoveu a localização otimizada das lojas, por meio da sua distribuição orientada por um critério lógico funcional fundado na expertise de utilização dos espaços comerciais nas dependências do *shopping center*. Assim, tal planejamento busca, sobretudo, aperfeiçoar nesses espaços a oferta dos produtos e serviços a serem comercializados; maximizar a sinergia entre diferentes tipos de negócios, explorando, inclusive, as suas respectivas complementariedades; bem como orientar e catalisar o consumo por parte dos clientes do *shopping center*.

Segundo Venosa, o *Tenant mix* “é um plano de determinação dos ramos e localização

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2080225/SP**. Consumidor. Teoria finalista. Funcionária de loja em *shopping center*. Acidente em área comum. Banheiro. Lesão grave. Relação de consumo. Caracterização. [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 03 de Outubro de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 03 ago.24.

⁸ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 03 ago.2024.

das lojas e pontos de venda dentro do centro de compras, gravitando em torno das chamadas lojas-âncoras, as quais funcionam como ponto magnético da clientela [...]”⁹.

Nesse cenário, por um lado, o *Tenant mix* é um conceito que envolve a composição diversificada e otimizada de ofertas nos espaços dos *shopping centers* sob o ponto de vista de alavancagem das suas vendas, e que tem por objetivo, em última análise, proporcionar um ambiente atrativo para as pessoas, predispondo-as ao consumo e; por outro lado, a mencionada cláusula de proibição de cessão da locação e mudança de atividade tem por finalidade preservá-lo.

Na opinião de Neves¹⁰, o *Tenant mix* corresponde à distribuição ordenada das lojas dentro do *shopping center* e, nesse sentido, esse autor justifica e legitima a previsão da cláusula de proibição de cessão da locação e mudança da atividade, uma vez que ela visa impedir o ingresso de terceiros que não contrataram originalmente com o empreendedor e, por esse motivo, podem vir a representar um potencial risco à ordenação previamente estabelecida, na medida em que esses novos lojistas podem explorar outras atividades no interior do empreendimento, em dissonância com o estudo previamente desenvolvido pelo empreendedor do *shopping center*. Dessa forma, o que se busca preservar, em última análise, com tal cláusula, é a própria rentabilidade do *shopping center*, seja para cada lojista individualmente, seja para o empreendimento como um todo.

Contudo, quando tal planejamento mercadológico, bem como a sua manutenção a título de garantir o sucesso do empreendimento, transbordam a esfera de direitos e garantias constitucionalmente assegurados aos lojistas, enquanto cidadãos, hão de ser ponderados, no outro lado da balança, os limites axiológicos dos vetores constitucionais envolvidos, em especial os princípios gerais da ordem econômica e os direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, uma cláusula que objetive a manutenção do *Tenant mix* deve se limitar à proteção do indigitado instituto, não devendo, sob o pretexto de preservá-lo, extrapolar a sua esfera de aplicação, como na hipótese de impor uma vedação ao lojista em alienar a sua participação na sociedade empresária, uma vez que tal vedação afronta o direito potestativo dos lojistas em, naquilo que lhes convierem, estruturarem livremente os seus quadros societários. Nessa esteira, como assevera Neves, “é indubitável que novos paradigmas trazidos pela nova ordem constitucional e conformados

⁹ VENOSA, Sylvio de Salvo. **Lei do Inquilinato Comentada**: doutrina e prática. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 263.

¹⁰ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 649-650.



nas relações privadas pelo Código Civil de 2002, devem permear esta relação [...]”¹¹.

Portanto, há de se perquirir as dimensões a serem equilibradas nesta relação jurídica: por um lado, os institutos que regem o empreendimento, no caso em estudo, o *Tenant mix*; e, por outro, a prevalência dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. Assim, tais vetores devem ser juridicamente harmonizados com o fito de que essa composição proporcione de fato a adequada efetividade empresarial que aproveite a todas as partes, em consonância com os princípios gerais da ordem econômica; contudo, sem descuidar dos direitos constitucionais da livre iniciativa e da livre associação, titularizados pelos lojistas, enquanto cidadãos, respectivamente nos termos do art. 5º, XVII e XX e do art. 1º, IV c/c art. 170, *caput*, CRFB/88¹².

2. A IDENTIFICAÇÃO DOS LIMITES AXIOLÓGICOS DA MANUTENÇÃO DO *TENANT MIX* E SEUS POSSÍVEIS DESVIOS

Conforme visto, a vedação ao lojista em alienar a sua participação na sociedade empresária, quando insere no bojo de uma cláusula de proibição de cessão da locação e mudança de atividade, ainda que no contexto da manutenção do *Tenant mix*; para parte da doutrina, extrapola a função social desse instituto ao violar direitos e garantias fundamentais dos lojistas e afronta a boa-fé contratual; vulnerando, portanto, o contrato ao desnaturá-lo em sua função social, a bem dizer, desfuncionalizando-o.

Assim, o desafio que aqui se coloca é identificar os argumentos que demonstrem a natureza de tais violações. Nesse sentido, serão correlacionados alguns princípios da teoria do contrato, bem como os mencionados preceitos constitucionais e principiológicos potencialmente violáveis.

De forma ampla, Melo¹³ relaciona no estudo principiológico do contrato, princípios clássicos do direito civilista, e aqueles vinculados ao modelo constitucional do estado social de direito. No primeiro grupo, enumera os princípios da autonomia privada, da obrigatoriedade, do consensualismo e da relatividade, e no segundo, os princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e da equivalência entre as prestações.

¹¹ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 652.

¹² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

¹³ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: contratos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 40.

O princípio da autonomia da vontade, um dos princípios basilares da teoria do contrato, significa, nas palavras de Gomes, “[...] o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica [...]”¹⁴. Segundo esse doutrinador, tal liberdade consiste em (i) a liberdade propriamente dita de contratar, (ii) a liberdade de estipular o contrato e (iii) a liberdade de determinar o seu conteúdo.

Sob uma perspectiva equivalente, na visão de Wald¹⁵, tal princípio se subdivide em duas vertentes: numa primeira – a liberdade de contratar – a qual corresponde à faculdade de se realizar ou não um contrato e, em numa segunda – a liberdade contratual – a qual corresponde à faculdade das partes contratantes decidirem o conteúdo em si do avençado.

De igual *status* principiológico, exsurge o princípio da obrigatoriedade, cujo conceito também é cunhado pela expressão latina *pacta sunt servanda*¹⁶. Nas palavras de Gomes, que o denomina princípio da força obrigatória, tal princípio contratual:

[...] consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos [...]¹⁷.

Segundo Melo¹⁸, o princípio da obrigatoriedade é consequência natural do princípio da autonomia privada. Sob essa perspectiva, a obrigatoriedade de se cumprir o avençado, expressão maior da natureza desse princípio, é consectário da liberdade de contratar.

É de se ver que, com o constitucionalismo iniciado no pós-guerra, houve paulatinamente uma mudança de paradigma da dogmática do ordenamento jurídico brasileiro, por meio da qual o Direito Civil, outrora irradiador do direito em geral, teve a sua centralidade superada pela Constituição¹⁹. Nesse diapasão, Hesse, ao apresentar esse novo paradigma a partir do influxo entre a normatividade, apresentado por ele como a ordenação jurídica, e o cenário político-social, como a realidade, assevera:

[...] a força viva e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetivado complexo de relações da vida [...]²⁰.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 22.

¹⁵ WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.190.

¹⁶ *Pacta sunt servanda* é uma expressão latina que encerra o princípio da força obrigatória dos contratos.

¹⁷ GOMES, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: contratos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 43.

¹⁹ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 128. *E-book*.

²⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991, p. 18.



Nesse contexto, tais princípios contratuais civilistas devem ter a sua incidência interpretada sob a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a qual, segundo Barroso, envolve a “aplicação das normas constitucionais às relações privadas, em que se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais”²¹.

Nesse sentido, o direito constitucional da livre associação, previsto no art. 5º, XVII e XX, da CRFB/88²², de ampla aplicação na vida em sociedade; tem especial aplicabilidade na seara do Direito Empresarial, na medida em que, a partir do conceito poliédrico dos perfis da empresa, concebido por Asquini²³, mormente no tocante a empresa sob a sua perspectiva subjetiva, tal direito constitucionalmente assegurado fundamenta a formação das sociedades empresárias como um direito potestativo disponível na esfera de direitos dos indivíduos. Nesse sentido, assevera Moraes, enfatizando ser esse um princípio constitucional setorial, afeito ao Direito Empresarial:

[...] princípio da liberdade de associação de pessoas e capitais: a sociedade empresarial, concebida como entidade, formada pelo acordo de vontades entre uma ou mais pessoas, que se comprometem a reunir capitais e trabalhos, é dirigida à realização de operações com finalidade lucrativa, para a distribuição de lucros entre os sócios [...] ²⁴.

Dessarte, o livre exercício do direito, destinado aos indivíduos, para se associarem e assim desenvolverem determinada atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços, em caráter profissional, por meio de um complexo de bens a ela afetado, é norma fundante da ordem econômica, porquanto compõe e dá significação à própria liberdade econômica prevista no art. 170, parágrafo único, da CRFB/88²⁵, bem como compõe o próprio núcleo do princípio da liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas, legalmente previsto no art. 2º, I, da Lei nº 13.874/2019²⁶.

Nesse compasso, de mesmo *status*, o direito constitucional à livre iniciativa, previsto

²¹ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p.121. *E-book*.

²² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

²³ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.

²⁴ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 110. *E-book*.

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica** [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 04 ago.2024.

no art. 1º, IV c/c art. 170, *caput*, da CRFB/88²⁷; de regência ínsita ao Direito Empresarial, se relaciona com a própria liberdade de empreender, isto é, é inerente ao próprio exercício da liberdade para se escolher qual atividade deverá ser estabelecida, quais os meios deverão ser reunidos e gerenciados para a consecução do empreendimento, quando e sob qual forma se deverá atuar e, sobretudo, quais e de qual natureza deverão ser os riscos a serem assumidos.

Nesse sentido, a livre iniciativa se reveste de especial capacidade para proporcionar, em última análise, a justiça social, na medida em que, conjugada com a valorização do trabalho humano, tem o condão de promovê-la. Nesses termos, assevera Moraes sobre a justiça social:

[...] considerada como ditame da ordem econômica que, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, a justiça social é definida como “superação das injustiças na repartição do produto econômico”, em ordem a reduzir, tanto quanto possível, as desigualdades sociais²⁸.

Assim, o exercício do direito à livre iniciativa compõe o arquétipo fundante da ordem econômica instituída na CRFB/88, na medida em que, concomitantemente, consiste em um dos princípios da república brasileira, figura como uma das dimensões referentes à liberdade prevista entre os direitos e garantias fundamentais, bem como, teleologicamente, é veículo para a promoção de novos direitos sociais, na medida em que tem o condão de gerar novas oportunidades de trabalho.

Dessa forma, à luz da conjugação dos mencionados princípios civilistas contratuais com os tais direitos e garantias fundamentais, percebe-se claramente que a existência de uma vedação ao lojista em alienar a sua participação na sociedade empresária contraria tais direitos e se antepõe ao direito potestativo dos lojistas de estruturarem livremente os seus quadros societários, bem como atenta contra a própria funcionalização do instrumento contratual firmado entre o empreendedor do *shopping center* e seu lojistas. Nessa linha de raciocínio, leciona Neves:

Eventual proibição de alienação da participação societária, em princípio, não é válida, isso porque seria, tal hipótese, uma verdadeira ingerência nos negócios do lojista, bem como no seu livre direito constitucional de não se manter associados a ninguém, ou de não mais vir a exercer aquela determinada atividade, passando-a a terceiros²⁹.

Dessarte, ante os argumentos aqui identificados, os quais demonstram a natureza constitucional e a necessária leitura principiológica das violações tratadas pela presente pesquisa; constata-se que tais argumentos reverberam a especial relevância que assume o

²⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

²⁸ MORAES, *op. cit.*, p. 693.

²⁹ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 650.



núcleo da discussão aqui problematizada. Nesse sentido, afigura-se a patente colisão de princípios constitucionais cotejados neste trabalho.

É de se ver que, pertinente *in casu*, Dworkin³⁰ endereça uma solução para o enfrentamento pragmático de colisões constitucionais, baseando-se na ideia de prevalência entre princípios; consequentemente, se distanciando de uma visão marcada por um caráter absoluto, que desconsidera as nuances do caso concreto e que se assenta sob uma ideia de tudo ou nada, a qual funda uma falsa percepção de invalidação do princípio não prevalente, em prol daquele considerado válido.

Nesse diapasão – com o desiderato de se perquirir qual seria o adequado arcabouço normativo, apto a amparar uma efetiva tutela jurisdicional sobre os desdobramentos do instituto do *Tenant mix*, mormente aqueles referentes à vulnerabilidade contratual dos lojistas – faz-se mister derivar em alternativas a discussão aqui posta, para o cotejo de qual a melhor estratégia hermenêutica: (i) a aplicação da ponderação harmonizante (eficácia otimizável), por meio da qual a exegese é realizada a partir de concessões mútuas e recíprocas, com o fito de preservar a incidência concomitante dos princípios em colisão ou, no limite, (ii) a aplicação da ponderação excludente (eficácia excludentemente ponderável), por meio da qual a exegese é realizada a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade em sua tríade adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³¹. Nesse cotejo, se deverá, acerca dos limites da cláusula em apreço, considerar a aplicabilidade da boa-fé objetiva contratual, nas suas dimensões interpretativa, controlativa e integrativa, sobretudo, sob a égide da eficácia horizontal dos direitos fundamentais³²; e da força normativa da constituição³³.

3. A NECESSIDADE DE UM SISTEMA NORMATIVO QUE TUTELE A VULNERABILIDADE CONTRATUAL DOS LOJISTAS PERANTE O EMPREENDEDOR DO *SHOPPING CENTER*

Uma eventual vedação ao lojista em alienar sua participação societária na sua empresa individual ou na sociedade empresária da qual faça parte, embutida em uma cláusula de vedação à cessão de locação e de vedação à mudança da atividade, a ele imposta por meio de

³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39-45.

³¹ GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito constitucional avançado**. Rio de Janeiro: Seses, 2018, p. 152-153.

³² BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p.121. *E-book*.

³³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

contrato firmado com o empreendedor do *shopping center*; em que pese estar costumeiramente atrelada à preservação do *Tenant mix* – instituto já reconhecido pelo STJ como um dos elementos essenciais de tal avença, nos seguintes termos: “[...] uma das características mais importantes de um *shopping center* é a equilibrada combinação de lojas não concorrentes, junto com as atrações e utilidades oferecidas (no que a doutrina denomina de *Tenant mix*) [...]”³⁴ – é entendida por uma parte da doutrina empresarialista como um elemento que denota um insofismável contexto de violação de direitos e garantias fundamentais dos lojistas e de afronta aos elementos caracterizadores da boa-fé contratual, ainda que a pretexto de salvaguardar esse importante instituto mercadológico voltado para o sucesso e a sustentabilidade negocial de um *shopping center*.

Por meio desse raciocínio doutrinário, defendido por Neves³⁵, uma cláusula que preveja uma vedação pura e simples de tal alienação é inquinada de invalidade, uma vez que é a sociedade empresária, e não o sócio, que exerce a empresa. Logo não existe razão em se considerar a legitimidade e tampouco a proporcionalidade de tal proibição. No entanto, adverte o autor que tal raciocínio, por óbvio, não impede que o empreendedor do *shopping*, caso venha a identificar alguma violação da boa-fé objetiva contratual, por parte do lojista, decorrente de conduta que represente um abuso de direito, não possa deduzir as suas pretensões por meio das vias judiciais adequadas.

Já para outra parte da doutrina, esposada por Basílio³⁶, tal vedação não representa qualquer óbice ou violação de direitos; porquanto, amparada pelo princípio da autonomia contratual, tal vedação se mostra oportuna na medida em que impede, de forma transversa, a substituição efetiva do locatário.

Por meio desse outro raciocínio doutrinário, entende-se que uma alienação da participação societária da empresa individual ou da sociedade empresarial, nos termos ora discutidos, teria o condão de colocar em risco a harmonia da concepção, bem como a própria organização desse empreendimento.

Assim, sob a orientação dessa divergência doutrinária – sem se perder de vista as questões relativas à patente assimetria negocial marcadamente a favor do empreendedor do *shopping center*, mas não se desconhecendo a inegável força motriz em prol da economia,

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 764901/RJ**. Comercial. *Shopping center*. Cláusula de exclusividade na comercialização de produto pelo lojista (mix). Desrespeito pelo incorporador-administrador. Desvirtuamento do objeto do contrato (*res sperata*) [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 10 de Outubro de 2006.

³⁵ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 650.

³⁶ BASÍLIO, João Augusto. **Shopping centers**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 124.



proporcionada pela sua iniciativa privada, seja em relação ao volume de investimentos por ele aportados, seja em relação à dimensão dos riscos por ele assumidos – o presente trabalho se debruça sobre o cotejo de alternativas de enfrentamentos exegéticos que viabilizem a adoção de um adequado plano normativo com a finalidade de amparar uma apropriada tutela jurisdicional que venha ser buscada por uma ou ambas as partes no curso dessa relação jurídica. A bem de ver, ressalte-se, sem se descurar que tal normatividade esteja alinhada a um contexto de segurança jurídica para as partes envolvidas.

Contudo, antes de se adentrar em tal cotejo, revela-se necessário identificar alguns aspectos relevantes no contexto que permeia os papéis dos agentes econômicos envolvidos, máxime o empreendedor de *shopping center* e o lojista.

Em primeiro lugar, a complexidade dessas as relações comerciais e jurídicas, as quais alicerçam a operação desses empreendimentos comerciais, deve ser tomada como um pano de fundo desse fenômeno, a partir do qual se sobrepõe múltiplas plataformas contratuais que viabilizam a imbricada conjugação de esforços dos seus atores em prol do sucesso do empreendimento. Nesse sentido, tal conjugação, realizada pelos seus diversos sujeitos de direitos e de obrigações, revela-se deveras reticente em relação a eventuais formalidades que não atendam, de forma pragmática, à sua lógica negocial.

Em segundo lugar, em que pese à notória dicotomia de interesses envolvidos e à evidente assimetria entre as posições contratuais dos seus integrantes; deve-se perseguir uma necessária despolarização ideológica dos limites a serem estabelecidos para amparar a mencionada tutela jurisdicional que venha a se demonstrar necessária em um caso concreto.

Assim, assinalados tais aspectos, é de se ver que a CRFB/88³⁷ instituiu a livre iniciativa como um dos fundamentos da República, bem como alçou a ordem econômica como um instrumento para assegurar, em conjunto com a valorização do trabalho, uma existência digna a todos.

Bem nesse sentido, a Lei nº 13.874/2019³⁸ instituiu parâmetros para a declaração dos direitos de liberdade econômica; reforçando, assim, a natureza normativa da proteção ao livre exercício da atividade econômica, ao prever que as normas de ordem pública sobre tais atividades privadas devem ter a sua interpretação orientada em prol, dentre alguns vetores, do respeito aos contratos. Assim, em consonância com os princípios gerais da ordem econômica, e em alinhamento com os fundamentos republicanos, em especial o da livre iniciativa, constata-se que a liberdade de contratar, enquanto

³⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 04 ago.2024.

princípio norteador, deve ser valorada como um dos fundamentos da presente relação jurídica.

Por outro lado, de igual estatura, também hão de ser considerados os princípios fundamentais constitucionalmente assegurados, em especial, os relativos aos direitos da livre iniciativa e da livre associação, titularizados pelos lojistas enquanto cidadãos, respectivamente, nos termos do art. 5º, XVII e XX e do art. 1º, IV c/c art. 170, *caput*, CRFB/88³⁹.

Nesse tocante, inclusive, torna-se oportuno frisar que a expansão do direito público e da Constituição sobre o direito privado promoveu um paulatino deslocamento da centralidade da liberdade de contratar, enquanto irradiador de normatividade do ordenamento jurídico civil, marcando, conforme denominou Barroso, uma publicização do direito privado:

A liberdade de contratar e o direito de propriedade fundiam-se para formar o centro de gravidade do sistema privado. Ao longo do século XX, todavia, esse quadro se alterou. A progressiva superação do liberalismo puro pelo intervencionismo estatal trouxe para o domínio do direito privado diversos princípios limitadores da liberdade individual e do primado da vontade, denominados princípios de ordem pública⁴⁰.

Ressalte-se que, por tratar-se de uma colisão de direitos constitucionalmente assegurados e com mesmo *status* normativo, não se revela adequada uma apreciação calcada em uma análise subsuntiva, isto é, aquela por meio da qual se perquire, em um contexto silogístico de tudo ou nada – *all or nothing*⁴¹ – qual o vetor válido, e, por conseguinte, quais os que não o são.

Dessa forma, diante dessa colisão de princípios, segundo Góes⁴², a doutrina preceitua que se devem adotar estratégias hermenêuticas que representam um processo de ponderação de valores, por meio de caminhos diferenciados e sob uma determinada ordem de apreciação.

Nesse sentido, em primeiro lugar, analisa-se tal colisão a partir da estratégia hermenêutica consistente na ponderação harmonizante de valores (também conhecido por eficácia otimizável), por meio da qual, sob o princípio da concordância prática, averigua-se a possibilidade da incidência concomitante dos princípios que se apresentem colidentes no caso concreto, todavia com concessões mútuas, para, ao final e ao cabo, encontrar uma forma de utilizar ambos, ainda que, em alguma medida, com atenuações entre si, a partir de um critério de harmonização.

Como exemplo da aplicação do princípio da concordância prática, Barroso apresenta:

Todos os domingos, às 7 horas da manhã, um pregador religioso ligava sua aparelhagem de som em uma pequena praça de Copacabana, um bairro residencial populoso e simpático do

³⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

⁴⁰ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 29. *E-book*.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 39.

⁴² GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito constitucional avançado**. Rio de Janeiro: Seses, 2018, p. 152-153.



Rio de Janeiro. Em altos brados, anunciava os caminhos a serem percorridos para ingressar no reino dos céus, lendo passagens bíblicas e cantando hinos. Moradores das redondezas procuraram proibir tal manifestação. [...]. No caso [...], há uma solução relativamente simples capaz de harmonizar, mediante concessões recíprocas, a liberdade religiosa e o direito ao repouso: a fixação do horário das 10 horas da manhã para o início da pregação⁴³.

No caso específico do presente trabalho, isto é, a respeito dos mencionados direitos em colisão; em razão de a existência da cláusula que contenha uma vedação quanto à alienação da participação societária, nos termos apontados, ainda mais sem uma justificativa plausível que a legitime – conforme aponta Neves⁴⁴ – constata-se que não resta configurada uma lógica de coexistência, apta a amparar a perquirida concomitância – uma vez que a nomatividade de natureza contratual, imposta por tal cláusula, representa uma violação direta aos direitos da livre iniciativa e da livre associação, com o condão de neutralizá-los; não sendo possível, portanto, adotar-se um viés de harmonização principiológica, que permita, em alguma medida, uma incidência relativa de ambos, em maior ou menor grau entre si.

Dessa forma, considerando-se a impossibilidade da adoção dessa primeira estratégia; analisa-se, subsidiariamente, tal colisão a partir da estratégia da ponderação excludente de valores (também conhecido por eficácia excludentemente ponderável), por meio da qual, sob o princípio da proporcionalidade, averigua-se a possibilidade da prevalência de um direito sobre os demais em jogo, perquirindo-se, no caso concreto, qual o que melhor se coaduna com a relação jurídica em análise.

Como exemplo, quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade, Barroso apresenta:

A cantora mexicana Glória Trevi teve sua extradição requerida pelo governo de seu país e foi presa na Polícia Federal em Brasília. Tendo engravidado na prisão, acusou de estupro os policiais em serviço. Às vésperas do nascimento, os policiais requereram que fosse feito exame de DNA na criança, visando a excluir a paternidade e, consequentemente, desmoralizar a acusação de estupro. Invocando jurisprudência do próprio STF, a cantora recusou-se a fornecer material para exame, em nome do direito à intimidade. [...]. No caso Glória Trevi, o Supremo Tribunal Federal fez uma escolha: optando pelo direito à honra sobre o direito de privacidade, determinou a realização do exame de DNA na placenta que envolvia o bebê, levado a efeito logo em seguida ao parto⁴⁵.

Dessa forma, sob uma perspectiva de alternatividade, necessariamente marcada pelo caráter excludente do princípio a ser considerado de incidência preponderante, isto é, com o condão de afastar a incidência dos demais, apesar desses também serem aplicáveis quando analisados individualmente; deve-se no caso concreto do presente trabalho, portanto, cotejar os princípios em questão com a finalidade de solucionar o conflito posto.

Assim, por um lado, em que pese à liberdade de contratar, informada pela sua inerente

⁴³ BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023, p. 121. *E-book*.

⁴⁴ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024, p. 650.

⁴⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 121.

autonomia, ser um elemento fundante a ser valorado na seara do Direito Empresarial, uma vez que a ordem econômica constitucional, cujos princípios gerais são instrumentos, afinal, para proporcionar um direito existencial calcado em uma existência digna de caráter universal, conforme preceitua o art. 170, *caput*, CRFB/88⁴⁶; é de se ver, no caso concreto, que a normatividade dos direitos constitucionais da livre iniciativa e da livre associação há de prevalecer sobre a normatividade da cláusula de vedação à alienação de participação societária na sua empresa individual ou na sociedade empresária da qual o lojista faça parte, na medida em que, como será adiante demonstrado, este direito colidente não se reveste de elementos que resistam ao escrutínio da tríade subprincipal do princípio da proporcionalidade, conforme a subdivisão enunciada por Góes⁴⁷, a saber: (i) subprincípio da adequação; (ii) subprincípio da necessidade e (iii) subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Nessa esteira, quanto ao primeiro subprincípio, o da adequação, de fato tal vedação se demonstra apta a impedir objetivamente uma eventual transferência de cotas ou ações, a qual, em última análise, poderia representar uma cessão transversa do contrato de locação, o que, segundo Tomazette⁴⁸, colocaria em risco a concepção e a organização do *shopping center*. A mencionada vedação, portanto, se revela eficaz sob esse aspecto, na medida em que representa uma obrigação avençada entre as partes, podendo, assim, ser objeto de uma eventual discussão no âmbito da inadimplência contratual, em caso de descumprimento. Logo, estritamente sob esse subprincípio, tal vedação se demonstra adequada, uma vez que a sua operacionalização atinge ao seu objetivo proposto.

Quanto ao subprincípio da necessidade, é de se ver que essa hipótese de transferência de cotas ou ações, com o real fito de operacionalizar uma cessão transversa do contrato de locação, perpassaria obrigatoriamente por uma violação da boa-fé contratual, constituindo-se assim em um abuso de direito, na medida em que, tal subterfúgio seria realizado a partir de uma simulação de um negócio jurídico para dissimular outro, nos termos do art. 167, do Código Civil⁴⁹. Assim, considerando-se que na outra ponta, de forma colidente, existem direitos constitucionalmente assegurados; a utilização de tal cláusula com carga proibitiva se demonstra desnecessária, uma vez que outras medidas, despidas do caráter violador de

⁴⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

⁴⁷ GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito constitucional avançado**. Rio de Janeiro: Seses, 2018, p. 157.

⁴⁸ TOMAZETTE, Marlon. **Contratos Empresariais**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 13 jul.2024.



direitos fundamentais, tais como o manejo de ações judiciais pela via adequada com objetivo de buscar a adequada tutela jurisdicional, teria o mesmo efeito prático.

Por fim, quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual representa, no final das contas, uma análise da relação de custo benefício entre o direito que se elege como prevalente e o direito que se deixa de lado; no caso em tela, não foi preciso sequer ser acionado, porquanto a desnecessidade da vedação, conforme visto no subprincípio anterior, já foi o bastante para submetê-lo à prevalência dos direitos da livre iniciativa e da livre associação.

CONCLUSÃO

Após o exame dos mencionados direitos de índole constitucional, os quais incidem sobre o contexto da vedação ao lojista em alienar sua participação, inserida em uma cláusula de proibição à cessão de locação e à mudança da atividade – ainda que sob o pretexto de proporcionar maior proteção para a sustentabilidade comercial do empreendimento como um todo, sobretudo com a finalidade da preservação do *Tenant mix* – é de se ver que, por intermédio da aplicação de estratégias hermenêuticas acerca da ponderação de valores constitucionais em colisão, para o sopesamento de tais direitos colidentes e, ao fim, para a eleição de qual deles deve prevalecer no caso concreto; a normatividade dos direitos constitucionais à livre iniciativa e à livre associação deve prevalecer sobre a razão de se implementar a aludida cláusula de vedação.

A tal conclusão é possível se chegar por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, que informa a exegese realizada a partir da ponderação excludente de valores, na medida em que, após percuciente análise, identifica-se que a aplicação de tal vedação se demonstra desnecessária, na medida em que, no caso concreto, existem alternativas com a mesma aptidão de cumprir o mesmo objetivo (adequação), sem, contudo, vulnerar os aludidos princípios constitucionais em colisão.

Nesse sentido, a previsão contratual acerca da eventual vedação ao lojista para alienar a sua empresa individual ou a sua participação societária na sociedade empresária da qual ele faça parte; *in casu*, consiste em uma flagrante violação de direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados, titularizados pelos lojistas enquanto cidadãos, bem como representa uma patente afronta aos elementos caracterizadores da boa-fé contratual.

Assim, em que pese à complexidade das relações jurídicas para o suporte estratégico e operacional do mencionado empreendimento, bem como e que pese a necessidade, para a

sua operacionalização e sucesso, de mais do que um mero somatório de acordos de vontades entre as partes; mas, sobretudo, fundamentalmente, uma verdadeira comunhão de desígnios e conjugação de esforços entre o empreendedor do *shopping center* e seus lojistas para se alcançar o êxito empresarial; não é menos verdade que a desvirtuação da cláusula de vedação à proibição de cessão de locação e à mudança da atividade, e quando, em razão da sua abrangência, se estender à proibição de alteração do quadro social do lojista; sob o pretexto da manutenção do instituto do *Tenant mix*, viola frontalmente os direitos constitucionais à livre iniciativa e à livre associação, bem como, em última análise, vulnera o preceito constitucional da liberdade econômica.

REFERÊNCIAS

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.35, n. 104, out./dez. 1996.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE *SHOPPING CENTERS*. **Números do setor**. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/setor/>. Acesso em: 13 jul.2024.

BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 11. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

BASÍLIO, João Augusto. **Shopping centers**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul.2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113874.htm. Acesso em: 04 ago.2024.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 03 ago.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 764901/RJ**. Comercial. *Shopping center*. Cláusula de exclusividade na comercialização de produto pelo lojista (mix). Desrespeito pelo incorporador-administrador. Desvirtuamento do objeto do contrato (*res sperata*) [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 10 de Outubro de 2006.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2080225/SP**. Consumidor. Teoria finalista. Funcionária de loja em *shopping center*. Acidente em área comum. Banheiro. Lesão grave. Relação de consumo. Caracterização. [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 03 de Outubro de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 03 ago.24.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GÓES, Guilherme Sandoval. **Direito constitucional avançado**. Rio de Janeiro: Seses, 2018.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Direito Civil: contratos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **Contratos Mercantis**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ, 2024.

TOMAZETTE, Marlon. **Contratos Empresariais**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

VENOSA, Sylvio de Salvo. **Lei do Inquilinato Comentada: doutrina e prática**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ALIENAÇÃO PARENTAL E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: A NECESSIDADE DE REVISÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS PARA PRESERVAR O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Aline Siqueira Ferri

Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil – EMERJ. Membro da Comissão Nacional de Família e Tecnologia do IBDFAM 2024.

Resumo – o presente artigo visa a discutir o direito à convivência familiar de crianças e adolescentes em contextos de violência doméstica, com foco na alienação parental e no impacto da guarda compartilhada como estratégia para combatê-la. Inicia-se com uma análise do conceito de instituição familiar, sua evolução histórica e transformações ao longo do tempo. Em seguida, aborda-se a alienação parental, suas formas, riscos e impactos no bem-estar familiar. O artigo também examina como as medidas protetivas da Lei Maria da Penha podem facilitar a alienação parental e a perda do convívio familiar, independentemente do gênero. Por fim, explora-se a necessidade de revisar essas medidas e implementar a guarda compartilhada para mitigar os efeitos da alienação parental, preservando os laços afetivos e promovendo um ambiente familiar equilibrado e saudável.

Palavras-chave – Direito de Família. Guarda compartilhada. Alienação parental. Violência doméstica. Lei Maria da Penha.

Sumário – Introdução. 1. A evolução e diversidade dos modelos familiares ao longo da história: uma análise conceitual da instituição familiar. 2. Alienação parental: conceituação e potencial incidência nos casos de violência doméstica. 3. Medidas inibidoras da alienação parental em casos de violência doméstica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a alienação parental no contexto da violência doméstica, destacando a importância da revisão das medidas protetivas para preservar o princípio do melhor interesse da criança. Além disso, examina o impacto da guarda compartilhada amplamente adotado pelo Poder Judiciário como uma estratégia para combater a alienação parental e garantir a proteção e o bem-estar dos menores envolvidos nessas situações.

Para tanto, serão abordadas as recentes posições doutrinárias e os entendimentos consolidados pela jurisprudência brasileira sobre o tema, com o objetivo de discutir se a aplicação das medidas destinadas à proteção da mulher pode, inadvertidamente, contribuir para a incidência de alienação parental. Além disso, será avaliado se a implementação da guarda



compartilhada entre os genitores, dentro do contexto de violência doméstica, pode efetivamente promover uma redução significativa na incidência de alienação parental.

A alienação parental é um conceito formulado pelo psiquiatra americano Richard Gardner e descreve um distúrbio psicológico na infância. Esse fenômeno ocorre quando, após a separação, um dos pais ou uma pessoa com quem a criança tenha uma convivência diária significativa adota comportamentos sistemáticos para denegrir a imagem do outro genitor. Esses comportamentos podem ser motivados pela desaprovação do término do relacionamento, sentimento de vingança, traição, culpa e raiva. O objetivo é incutir no filho uma aversão injustificada em relação ao genitor não guardião, por meio da manipulação emocional e da transmissão de mensagens negativas sobre ele ou ela.

Com o tempo, a criança pode internalizar e expressar espontaneamente esses sentimentos negativos, levando ao afastamento emocional do genitor alienado, que acaba sendo visto como um estranho ou uma ameaça, apesar da ausência de evidências concretas desse comportamento prejudicial. A alienação parental pode ter consequências psicológicas profundas para a criança e para o genitor afetado, prejudicando a qualidade dos relacionamentos familiares e o bem-estar emocional de todos os envolvidos.

A alienação parental pode ser exacerbada pela aplicação da Lei Maria da Penha, especialmente quando uma medida protetiva de urgência é concedida, obrigando um dos genitores a se afastar do ambiente familiar. Muitas vezes, essa decisão é tomada sem uma base probatória robusta ou uma convicção plena sobre a necessidade da medida, o que pode levar ao afastamento do genitor ou genitora e impactar a convivência com o filho.

Portanto, é crucial realizar uma análise detalhada da Lei Maria da Penha, examinando seus requisitos e as consequências de sua aplicação, para entender melhor como tais medidas podem afetar a dinâmica familiar e potencialmente contribuir para a incidência da alienação parental.

Inicia-se o primeiro capítulo do presente artigo científico com uma análise detalhada do conceito de instituição familiar, explorando sua evolução histórica e as transformações ocorridas ao longo do tempo, sendo examinados todos os modelos familiares que emergiram e mudaram ao longo da história.

No segundo capítulo, será abordada a conceituação de alienação parental no contexto familiar e discutido se a aplicação das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha pode facilitar a ocorrência de alienação parental e a perda do convívio familiar, independentemente do gênero, devido ao afastamento de um dos pais do lar.

Por fim, no terceiro capítulo, explora-se a necessidade de revisar as medidas protetivas em casos de violência familiar e de implementar a guarda compartilhada como uma estratégia eficaz para mitigar os efeitos da alienação parental. Essa abordagem visa preservar os laços afetivos entre a criança e ambos os genitores, promovendo um ambiente familiar mais equilibrado e saudável.

A pesquisa adota o método hipotético-dedutivo, no qual o pesquisador formula e seleciona hipóteses consideradas relevantes para examinar e resolver a questão discutida, buscando confirmá-las ou refutá-las total ou parcialmente por meio de argumentação.

A metodologia adotada neste estudo é qualitativa, uma vez que a pesquisadora se baseia em uma revisão bibliográfica abrangente sobre a temática em questão, analisando doutrina, jurisprudência consolidada e artigos científicos para embasar sua pesquisa.

1. A EVOLUÇÃO E DIVERSIDADE DOS MODELOS FAMILIARES AO LONGO DA HISTÓRIA: UMA ANÁLISE CONCEITUAL DA INSTITUIÇÃO FAMILIAR

Antes de adentrar no tema a ser abordado neste capítulo, é essencial discutir a conceituação da instituição familiar, abordando sua evolução histórica e as transformações que ocorreram ao longo do tempo. Esse entendimento preliminar é fundamental para demonstrar a conceituação da alienação parental, sua aplicabilidade, seus riscos e os impactos no desenvolvimento e bem-estar dos filhos.

Inicialmente, a conceituação de família é compreendida como uma instituição social presente desde os primórdios da humanidade, quando os seres humanos começaram a se agrupar para facilitar a vida naquela época. Para Portífero, a família:

[...] é a mais antiga instituição social criada pela humanidade. Quando os seres humanos começaram a se agrupar para facilitar a vida, eles buscavam os laços familiares para promover o agrupamento. Em seguida, as famílias foram crescendo e dando origem aos clãs. Nesse período, a humanidade ainda levava um estilo de vida nômade. Com o sedentarismo, que foi a fixação das pessoas em locais estabelecidos, os clãs de famílias deram origem às tribos e, posteriormente, às cidades. A família passou a ser o **laço de confiança para a procriação e a continuidade da espécie**, além de garantir proteção e o compartilhamento da alimentação. Nesse período, criou-se um modelo de família patriarcal, baseado na chefia da família pelos pais, que eram casados com as mães [...]¹

Acrescenta ainda o autor que “[...] O estabelecimento das famílias foi a forma que o ser humano encontrou de viver de maneira mais segura, pois o agrupamento em família ajudava

¹PORFÍRIO, Francisco. **Família:** Conceito e modelos de família na história. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/psicologia/familia.htm>. Acesso em: 29 ago.2024.



na proteção dos indivíduos contra inimigos e também facilitava a caça e a coleta de alimentos [...]²”

Além disso, ele também afirma, em outras palavras, que a família é vista como “[...] como um agrupamento por parentesco, o qual dá afinidade às pessoas que convivem juntas, assim, uma protege a outra em razão do sentimento de afeto, carinho e pertencimento ao grupo [...]³”. Cumpre ressaltar que, ao longo da história, a humanidade contou com diversos modelos familiares, entre eles o modelo patriarcal, o patriarcal tribal e o modelo de família contemporânea como será demonstrado mais adiante.

Desde os primeiros tempos da humanidade, o modelo patriarcal emergiu como o principal formato familiar. Nesse sistema, a família era liderada por um homem (o patriarca, ou pai), cuja responsabilidade era garantir o sustento e a proteção da esposa e dos filhos. Já os homens se dedicavam à caça para alimentar a família, enquanto as mulheres ficavam encarregadas de cuidar dos filhos.

Com a transição para a vida sedentária (quando os humanos deixaram de ser nômades e começaram a viver em locais fixos), a agricultura e a domesticação de animais se tornaram atividades cotidianas. O alimento deixou de ser apenas coletado e caçado, passando a ser cultivado.

Assim, o patriarca assumiu também a tarefa de cuidar da criação dos animais e do cultivo da terra, enquanto as mulheres se dedicavam ao plantio, à colheita, ao preparo dos alimentos e ao cuidado com os filhos. Esse modelo patriarcal persistiu ao longo de milênios, adaptando-se conforme as sociedades evoluíam. Assim, conforme ensina o doutrinador Portífero, a agricultura:

[...] passou a fazer parte do cotidiano humano, bem como a domesticação e criação de animais. O alimento não era mais coletado e caçado, e sim cultivado. Com isso, passou a ser função do patriarca, além da segurança da família, a criação dos animais e o cuidado e preparo da terra (lavra), enquanto as mulheres plantavam, colhiam, preparavam os alimentos e cuidavam dos filhos. Esse modelo patriarcal perdurou por milênios, recebendo ajustes de acordo com o desenvolvimento das sociedades. No feudalismo, por exemplo, os cavaleiros cuidavam da segurança do feudo, enquanto as mulheres permaneciam com os cuidados domésticos, no caso das classes mais nobres. [...]⁴

Ao analisar o modelo patriarcal tribal, observa-se um exemplo significativo entre os povos indígenas que habitavam o Brasil. Embora esses grupos possuam uma diversidade

² PORFÍRIO, Francisco. **Família:** Conceito e modelos de família na história. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/psicologia/familia.htm>. Acesso em: 29 ago.2024.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

cultural considerável, muitos aspectos de suas estruturas familiares guardam notáveis semelhanças com o modelo patriarcal europeu.

Ambos os modelos compartilham características como a liderança masculina predominante e a organização das responsabilidades familiares, embora cada um seja moldado por contextos culturais e históricos específicos que influenciam suas práticas e estruturas. Portífero argumenta que, ao longo dos anos, novos elementos foram incorporados ao modelo patriarcal tribal. Entre essas adições, destacam-se:

[...] o agregado (parentes ou amigos que viviam na casa do senhor de engenho) e o escravo (africanos capturados à força e utilizados como mão de obra na casa do senhor ou no plantio de cana e fabricação do açúcar). O senhor de engenho era o chefe patriarca da família e mantinha todas as pessoas sob sua responsabilidade. Após a Revolução Industrial, algumas mudanças começaram a abalar o modelo patriarcal de família. A principal mudança foi a inserção, mesmo que de início pequena e regulada, da mulher no mercado de trabalho. Com a possibilidade de a mulher trabalhar fora de casa (isso aconteceu fortemente nas classes mais baixas, pois a renda obtida por um homem trabalhador industrial não era suficiente para sustentar a família), o modelo patriarcal de família começou a se desfazer [...]⁵

Já no modelo contemporâneo de família, embora muitas ainda sigam o antigo padrão patriarcal, a constante evolução social e cultural tem levado ao surgimento de novas configurações familiares. Hoje, é cada vez mais comum observar famílias que não se enquadram nesse modelo tradicional, refletindo uma diversidade maior nas estruturas familiares.

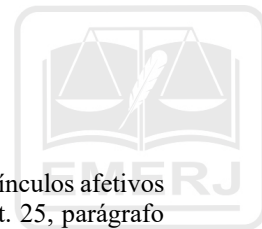
No Brasil, é comum encontrarmos famílias chefiadas por mães solteiras com seus filhos ou filhos únicos, devido a diversas razões, como o falecimento, desaparecimento ou abandono do pai, pois em alguns casos, o pai nem chega a conhecer os filhos. Por isso, independentemente de sua composição—seja com pai, mãe e filhos, apenas pais, dois pais, duas mães, tios e sobrinhos, avós e netos, pais solteiros, mães solteiras ou somente irmãos—toda família deve ser reconhecida como um núcleo essencial para a sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro, especificamente por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente⁶, define três tipos de família: a natural, a extensa e a substituta. Luísa Santana e Lavinia Oliveira ensinam que:

[...] a) Família Natural: entende-se que ela é formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (art. 25, caput do ECA). b) Família Extensa: se estende aos parentes

⁵ PORFÍRIO, Francisco. **Família: Conceito e modelos de família na história.** Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/psicologia/familia.htm>. Acesso em: 29 ago.2024.

⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 27 ago.2024.



próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e mantém vínculos afetivos e afinidades, não se limita somente aos pais e filhos ou, ao casal (art. 25, parágrafo único do ECA). c) Família Substituta: é a qual o menor é direcionado excepcionalmente de acordo com o art. 28 do ECA, onde será por meio de: adoção, tutela e guarda [...]⁷

Nesse mesmo sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 226, estabelece que a família é a base de toda sociedade e deve receber proteção especial do Estado. Apenas garantindo essa proteção é possível construir um futuro mais inclusivo e justo para todos. Nesse mesmo raciocínio, Carlos Roberto Gonçalves ensina que:

[...] A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que merecerá a mais ampla proteção do Estado [...]⁸

É importante destacar que a convivência familiar, guarda e o poder familiar são pilares fundamentais para a preservação e integridade da entidade familiar. Esse princípio está previsto na Constituição Federal, no artigo 227, e no Código Civil⁹, nos artigos 1.583, §2º, e 1.589. Seu principal objetivo é fortalecer os laços familiares ao longo da vida, promovendo uma vida saudável e equilibrada para a prole.

Priscila Gales afirma assertivamente que os direitos de convivência familiar “[...] incluem quanto tempo os filhos ficam com ambos os pais como em feriados, férias e em todos os outros momentos importantes da vida do menor, essa convivência é essencial para que a criança ou o adolescente tenha uma vida equilibrada [...]”¹⁰.

Em relação ao poder familiar como pilar fundamental da entidade familiar, Aline Payonki ensina que “[...] O poder familiar, previsto em nosso ordenamento jurídico, configura-se como o conjunto de responsabilidades e deveres inerentes aos pais em relação à pessoa e bens de seus filhos menores de idade ou não emancipados, sendo o exercício de autoridade dos pais sobre os filhos [...]”¹¹ Nesse sentido Paulo lobo e Payonki, conceituam o poder familiar como:

⁷ BARROS, Luísa Santana de; NASCIMENTO, Lavínia Oliveira do. Medidas Inibidoras da Alienação Parental - uma análise sob a ótica da lei 14.340/2022. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 9, n. 5, p. 3054–3079, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/10080>. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume VI: Direito de Família. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.17.

⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com#art2044. Acesso em: 27 ago.2024.

¹⁰ GALES, Priscila. **Direito de Convivência familiar**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-de-convivencia-familiar/1119209592>. Acesso em: 30 mar. 2023.

¹¹ PAYONKI, Aline. **O poder familiar e a alienação parental**. 2023. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/103052/o-poder-familiar-e-a-alienacao-parental>. Acesso em: 30 ago. 2024.

[...] O exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. Ao longo do século XX, mudou substancialmente o instituto, acompanhando a evolução das relações familiares, distanciando-se de sua função originária —voltada ao interesse do chefe da família e ao exercício de poder dos pais sobre os filhos — para constituir um múnus, em que ressaltam os deveres. [...] ¹²

Por fim, Luísa Santana e Lavinia Oliveira afirmam que a titularidade do poder familiar “ [...] recai igualmente sobre ambos os genitores, ainda que seu exercício possa se manifestar nas ações de apenas um deles. Se houver desacordo, surgir um conflito, o juiz atribuirá uma solução, sempre validando os interesses dos filhos, com base no art. 1.631 do Código Civil de 2002 [...]” ¹³

Como demonstrado ao longo deste capítulo, a instituição familiar sofreu significativas transformações ao longo da história. Diversos modelos foram incorporados à sociedade, incluindo o modelo patriarcal, o patriarcal tribal e o modelo de família contemporânea. Apesar de muitas famílias ainda seguirem o padrão patriarcal tradicional, a constante evolução social e cultural tem promovido o surgimento de novas configurações familiares.

Com a evolução da sociedade e a diversificação dos modelos familiares ao redor do mundo, surgiram novos desafios, incluindo a alienação parental. Esse fenômeno gera uma série de consequências adversas, afetando não apenas a estrutura familiar, mas principalmente o bem-estar e o desenvolvimento das crianças envolvidas. A seguir, será conceituado e demonstrado como a alienação parental impacta negativamente o ambiente familiar e o desenvolvimento emocional dos filhos.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITUAÇÃO E POTENCIAL INCIDÊNCIA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A alienação parental é um conceito que descreve um distúrbio psicológico na infância, que se instala, segundo Rodrigo da Cunha, implantando “[...] uma imagem ruim e negativa do outro genitor, de forma tal que ele seja alijado e alienado da vida daquele pai ou mãe [...]” ¹⁴.

¹² PAYONKI, Aline. O poder familiar e a alienação parental, *apud* LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. De acordo com a EC/66. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295

¹³ BARROS, Luísa Santana de; NASCIMENTO, Lavinia Oliveira do. Medidas Inibidoras da Alienação Parental - uma análise sob a ótica da lei 14.340/2022. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 9, n. 5, p. 3062, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/10080>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.710.



Para Luísa Santana e Lavinia Oliveira, a alienação parental “[...] um ato que interfere na formação psicológica da criança ou adolescente, podendo ser praticado tanto pela mãe quanto pelo pai ou por ambos os genitores, ou pelos avós, ou ainda pela pessoa com quem o direito de guarda [...]”¹⁵. Nesse mesmo sentido, complementa Priscila Fonseca que:

[...] a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, por noema, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, dá respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que padece a criança vítima daquele alijamento [...]¹⁶

Esse fenômeno ocorre, em geral, quando, após a separação, um dos pais ou uma pessoa com quem a criança tem uma convivência diária significativa adota comportamentos sistemáticos para denegrir a imagem do outro genitor. Esses comportamentos podem ser motivados pela desaprovação do término do relacionamento, sentimento de vingança, traição, culpa e raiva, e têm como objetivo principal incutir no filho uma aversão injustificada em relação ao genitor não guardião, por meio da manipulação emocional.

Luísa Santana e Lavinia Oliveira ensinam que a alienação parental é composta por três fases distintas:

[...] O ponto de partida é o período sensível, onde as crianças começam a receber informações negativas sobre os pais alienados. Isso leva ao estágio de dissolução da relação com o genitor alienado, quando a criança começa a desconfiar e rejeitar o genitor distante. O estágio moderado é quando o filho alienado se opõe às escolhas do genitor alienado e agora resiste com mais firmeza, com clara vontade de distanciamento, e vê apenas no genitor alienador o modelo perfeito. A fase extrema se confirma quando a criança não aceita mais a intimidade com o genitor afastado e mostra que o amor está se transformando em ódio e nojo. Nesta fase, a síndrome é caracterizada.[...]¹⁷

Nessa esteira, as consequências advindas da alienação parental acarretam diversos prejuízos aos filhos, com danos ainda maiores sobre crianças de tenra idade. Talia Macêdo afirma que tais “[...] consequências são em grande parte uma ordem psicológica que o tira de sua vida familiar e destrói seu relacionamento por toda a vida. Normalmente, não é parte dos

¹⁵ BARROS, Luísa Santana de; NASCIMENTO, Lavinia Oliveira do. Medidas Inibidoras da Alienação Parental - uma análise sob a ótica da lei 14.340/2022. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 9, n. 5, p. 3064, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/10080>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁶ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁷ BARROS, Luísa Santana de; NASCIMENTO, Lavinia Oliveira do. Medidas Inibidoras da Alienação Parental - uma análise sob a ótica da lei 14.340/2022. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 9, n. 5, p. 3067, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/10080>. Acesso em: 29 ago. 2024.

pais ou pai, mas sim da família, por exemplo, pelos avós, tios, tias e geralmente pela sociedade [...]"¹⁸

Por isso, os alienados não demonstram claramente que estão sofrendo determinado abuso psicológico, mas se manifestam de maneira velada, comportando-se de forma não habitual, como ensina a doutrinadora Talia Macêdo:

[...] Diante disso, crianças e adolescentes alienados passam a ter comportamentos que nunca tiveram antes, entre eles: ansiedade, insegurança, diminuição do desempenho escolar, irritabilidade, isolamento e até conflitos internos, e os resultados podem continuar. Tendência ao uso de drogas e álcool.[...]¹⁹

Acrescentando-se a esse entendimento, a alienação parental à qual as crianças são submetidas no contexto familiar enseja diversos danos psicológicos, formando feridas profundas que só começarão a cicatrizar após a maioridade. Priscila Fonseca ensina que:

[...] Essa alienação pode perdurar anos seguidos, com gravíssimas consequências de ordem comportamental e psíquica, e geralmente só é superada quando o filho consegue alcançar certa independência do genitor guardião, o que lhe permite entrever a irrazoabilidade do distanciamento do genitor [...]²⁰

Dada a sua frequente incidência e os danos diretos que a alienação parental causa na formação psicológica da criança e/ou do adolescente, podendo ser praticada por ambos os genitores ou por quem detém o direito de guarda do menor, foi criada a Lei nº 12.318/2010²¹. Essa lei trata das especificidades dessa conduta, bem como dispõe sobre o conceito legal de Alienação Parental no artigo 2º da referida lei de maneira objetiva:

Art. 2º - Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para repudiar genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

¹⁸ MACÊDO, Talia. **Alienação parental**: consequências jurídicas, medidas judiciais e cabimento do dano moral. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84766/alienacao-parental-consequencias-juridicas-medidasjudiciais-e-cabimento-do-dano-moral>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²¹ BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm?ref=etersec.com. Acesso em: 27 ago. 2024.



O artigo 6º da Lei nº 12.318/2010²², com as recentes alterações da Lei nº 14.340/2022²³, oferece uma lista exemplificativa das medidas que podem ser adotadas para combater a alienação parental. O magistrado, no entanto, tem discricionariedade para aplicar essas medidas conforme as particularidades do caso concreto:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso.

Ainda sobre o Rol exemplificativo disposto no artigo supracitado, destaca que:

[...] As medidas punitivas previstas no rol do artigo 6º, são meramente educativas, advertindo ao alienador de que tal conduta é passível de punição, sendo consideradas *numerus apertus*, ou seja, exemplificativo, não se esgotando por si só, podendo o Juiz aplicar a medida, ou o conjunto de medidas que achar viável ao caso concreto. As punições previstas não exigem que seja estabelecida uma sequência fixa para aplicação das sanções, ou seja, não é necessário que o Juiz siga com uma gradação da pena, conforme as previstas na Direção Penal, podendo o juiz aplicar uma medida mais grave antes de uma moderada [...].²⁴

Para garantir a eficácia das medidas assecuratórias, elas devem sempre seguir o princípio do melhor interesse do menor, buscando eliminar ou minimizar ao máximo os efeitos da alienação parental. A alienação parental tem várias consequências negativas para os menores, e sua incidência é ainda mais agravada em ambientes familiares com violência doméstica, como será discutido a seguir.

A violência doméstica tem sido uma constante na sociedade, sendo amplamente reconhecida como um ato abominável que exige total repressão. A violência doméstica e familiar contra a mulher resulta de qualquer ação ou omissão baseada em seu gênero, que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, além de dano moral ou patrimonial. Para Maria Valente e Thais Batista, a violência doméstica contra a mulher:

²² BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm?ref=etersec.com. Acesso em: 27 ago.2024.

²³ BRASIL. **Lei nº 14.340, de 18 de maio de 2022**. Altera a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, para modificar procedimentos relativos à alienação parental, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer procedimentos adicionais para a suspensão do poder familiar. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 27 ago.2024.

²⁴ **EFICÁCIA** e Efetividade da Lei de Alienação Parental. **Jusbrasil**, Salvador, 30. jan.2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/eficacia-e-efetividade-da-lei-de-alienacaoparental/881065059>. Acesso em: 30 ago. 2023.

[...] Por ser esta a violência que ocorre no contexto das relações conjugais e, portanto, está intimamente relacionada ao debate que propomos sobre as denúncias de violência, os desafios ao convívio familiar de crianças e adolescentes em contextos conflituosos judicializados marcados ainda por acusações de alienação parental [...].²⁵

Em complemento ao entendimento das autoras, a doutrinadora Barbara Soares, ensina que: “[...] é dentro das próprias casas que mulheres e crianças correm maior risco de sofrer violências de diversas formas, sejam elas físicas, sexuais, psicológicas, morais, entre outras. A violência doméstica impacta a saúde e as condições de vida das mulheres, cuja dignidade é violada [...]”²⁶.

No Brasil, a violência doméstica e familiar é regulamentada pela Lei nº 11.340/06²⁷ que abrange diversas formas de agressão contra a mulher, sendo na perspectiva das doutrinadoras Maria Valente e Thais Batista uma ferramenta:

[...] importante na tentativa de romper com a cultura da violência de gênero no país. Ao determinar a criação dos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher, a Lei Maria da Penha retirou da competência da justiça criminal o julgamento dos crimes de violência doméstica contra as mulheres, prevendo a criação de um aparato jurídico e social para o atendimento às mulheres atingidas pela violência de gênero [...]

Um avanço significativo no direito brasileiro foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que reforçou a concessão de medidas protetivas de urgência. Esses juizados permitem que o magistrado, baseado em seu julgamento e nas provas do processo, tome decisões rápidas e eficazes para proteger as vítimas de violência doméstica.

Em resposta à necessidade de atualização normativa, apesar de pouco mencionada pela comunidade jurídica, a Lei nº 14.713/2023²⁸ foi estabelecida vinte anos após a Lei nº

²⁵ VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva; BATISTA, Thais Tonini. Violência doméstica contra a mulher, convivência familiar e alegações de alienação parental. *Argumentum*, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 78, 2021. DOI: 10.47456/argumentum.v13i3.35395. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/35395>. Acesso em: 30 ago. 2024.

²⁶ SOARES, B. M. **Mulheres Invisíveis: violência conjugal e as novas políticas de segurança**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher[...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 27 ago.2024.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 14.713, de 30 de outubro de 2023**. Altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para estabelecer o risco de violência doméstica ou familiar como causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada[...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114713.htm >. Acesso em: 27 ago.2024.



11.340/2006²⁹, com o objetivo semelhante de prevenir a violência doméstica e familiar, que ainda persiste e está profundamente enraizada na sociedade brasileira contemporânea.

No entanto, quando há violência doméstica no contexto familiar, a questão da alienação parental se torna mais sensível. Muitas vezes, a vítima, ao buscar a delegacia especializada e o poder judiciário para se proteger do agressor, obtém uma medida protetiva de forma imediata. Pensar de forma diferente seria penalizar duplamente o agressor ou a agressora: primeiro, pela perda do convívio familiar com a prole, o que é um requisito essencial para a existência de uma família; segundo, porque a ausência de contato diário pode facilitar ou até potencializar a alienação parental. A ausência de convívio pode ser explorada pela vítima como uma forma de vingança contra o agressor (a).

Como demonstrado ao longo do capítulo, a alienação parental é um distúrbio psicológico infantil que ocorre quando um dos genitores, geralmente o titular da custódia, afasta o filho do outro genitor por meio de manipulação emocional, motivada por desaprovação do término do relacionamento, sentimento de vingança, traição, culpa ou raiva. Essa alienação pode durar anos e causar sérias consequências comportamentais e psíquicas.

A situação é ainda mais complexa quando a alienação ocorre em um contexto de violência doméstica, onde o agressor é em regra afastado do lar e proibido de manter contato com o filho e com a vítima. Nesses casos, o magistrado deve considerar a revisão das medidas protetivas para permitir o convívio entre o genitor e o filho, e adotar outras medidas com a finalidade de inibir a incidência a alienação parental, como será abordado adiante.

3. MEDIDAS INIBIDORAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A alienação parental vem se tornando um fenômeno cada vez mais comum. Devido à falta de importância atribuída por diversas famílias, essa prática tem se banalizado e se tornado mais frequente nas relações familiares. Nessa perspectiva, Luísa Barros e Lavínia Nascimento ensinam que a alienação parental:

[...] está se tornando cada vez mais comum atualmente. Muitas crianças ou jovens se distanciam de seus pais e familiares. A alienação parental não é apenas um problema

²⁹ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher[...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 27 ago.2024

para pais separados. É um problema social, que traz silenciosamente graves consequências para as gerações futuras [...] ³⁰

Fato é que, nos casos em que ocorre a violência doméstica entre os genitores, a prole tende a ser a parte mais afetada, devido ao afastamento do genitor do lar em decorrência da intensa hostilidade e do ambiente prejudicial. Esse afastamento pode resultar em consequências emocionais e comportamentais significativas para as crianças, como ansiedade, depressão e dificuldades de socialização.

A falta de um ambiente familiar estável pode impactar negativamente o desenvolvimento psicológico e a saúde mental das crianças. Por isso, é essencial adotar medidas que visem a minimizar esses danos, especialmente em contextos de violência doméstica, pois segundo Rodrigo Pereira “[...] a convivência com os pais é um direito “sagrado”, decorrente dos próprios vínculos familiares e isso independe da convivência entre os genitores [...]”³¹ e ainda acrescenta que:

[...] as crianças e adolescentes possuem direitos fundamentais, dentre esses direitos está o da convivência com a família e a guarda de um menor estabelece para aquele que a detém um dever de cuidado e proteção. Nesse contexto, tendo em vista o melhor interesse dessas pessoas em desenvolvimento, essa convivência se torna “indispensável para um regular e saudável crescimento [...] dos filhos [...]”³²

Dentre as medidas inibidoras nesses casos específicos, temos a guarda compartilhada entre os genitores como uma alternativa viável e eficaz, pois ela não só aplica diretamente o princípio do melhor interesse da criança, mas também, segundo João Esteves e Fernanda Esteves, a guarda compartilhada “[...] traz a ideia da responsabilidade conjunta entre os genitores, compartilhando o poder familiar, onde ambos os pais poderão tomar decisões no que se refere à criação de seus filhos [...]”³³ e ainda acrescenta que tal atitude possibilita “[...] um maior contato com ambos os genitores e fazendo com que o tempo que despendem juntos seja de qualidade, não quantidade [...]”³⁴.

³⁰ BARROS, Luísa Santana de; NASCIMENTO, Lavínia Oliveira do. Medidas Inibidoras da Alienação Parental - Uma análise sob a ótica da lei 14.340/2022. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 9, n. 5, p. 3068, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/10080>. Acesso em: 29 ago. 2024.

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forens, 2021, p. 681.

³² *Ibid.*, p. 681.

³³ ESTEVES, Fernanda Valone; ESTEVES, João Luiz Martins. A importância do acompanhamento psicológico aliado à guarda compartilhada como um meio de inibição da alienação parental. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, v. 10, n. 1, p. 11, jan-jun 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/2071> Acesso em: 05 set. 2024.

³⁴ *Ibid.*



Por esse motivo, a guarda compartilhada é considerada uma das medidas inibidoras frequentemente utilizadas no combate à alienação parental. No entanto, ela não deve ser imposta, mas sim incentivada e cuidadosamente analisada de acordo com a especificidade de cada caso. Dependendo do histórico familiar, a sua implementação pode, em alguns casos, agravar os danos à família, especialmente no contexto de violência doméstica e familiar.

Por isso, é crucial avaliar se a guarda compartilhada pode proporcionar um ambiente mais saudável e seguro para as crianças ou, ao contrário, se pode perpetuar conflitos e aumentar o risco de dano emocional. Além disso, caso haja uma medida protetiva deferida contra o genitor agressor, que, por sua natureza, resulta no afastamento deste do lar e, consequentemente, na interrupção da convivência com os filhos, é necessário revisar as medidas impostas pelo poder judiciário para avaliar a viabilidade da aproximação do genitor com o filho.

Pensar de forma diferente a esse entendimento e não oportunizar o genitor agressor seria punir o genitor de maneira dupla: primeiro, pelo afastamento do lar em decorrência da medida protetiva e, segundo, pela perda da convivência com seus filhos. É essencial garantir que o princípio do melhor interesse da criança seja respeitado e que a aplicação das medidas não resulte em uma penalização excessiva e desproporcional tanto para o pai quanto para a criança. Nesse sentido, ensina Maria Beatriz e Emmanuelli Soares:

[...] Por meio da guarda compartilhada a alienação parental pode ser contida e reparada, justamente por este motivo é considerada o melhor modelo de guarda a ser aplicado neste cenário. Compatível ao que já foi dito neste trabalho, o direito família está cada vez mais ligado à afetividade, antigamente quando esse tipo de guarda ainda concerne como opcional o juiz na maioria das vezes determinava a guarda para a mãe por compreender que ela era a maior interessada, diante das transformações contemporâneas os homens passaram a conhecer os prazeres da paternidade e passaram a reivindicar participação mais efetiva na vida de seus filhos [...] ³⁵

Diante do exposto, considerando que a alienação parental está se tornando cada vez mais comum e é potencializada no contexto de violência doméstica, o princípio do melhor interesse da criança deve sempre prevalecer. Embora o agressor deva inevitavelmente responder pelos seus atos com todo o rigor da lei, é importante reconhecer que todos os membros da família sofrem no contexto de violência doméstica.

Portanto, as medidas protetivas devem ser aplicadas para garantir a integridade física e psicológica da companheira agredida. No entanto, se for comprovado que o filho não está

³⁵ OLIVEIRA, Maria Beatriz Ferreira Rodrigues de; SOARES, Emmanuelli Carina de B G M. **Alienação parental:** o exercício da guarda compartilhada e a proteção aos direitos de personalidade de crianças e adolescentes. Disponível em: http://repositorio.unim.edu.br/jspui/bitstream/123456789/824/1/TC_Maria%20Beatriz%20Ferreira%20Rodrigues%20de%20oliveira.pdf Acesso em: 13 set. 2024



sujeito a qualquer tipo de agressão, ele não deve ser incluído na medida protetiva, para evitar possíveis danos adicionais ao contexto familiar, no decurso do tempo, como a alienação parental.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou a alienação parental e violência doméstica: a necessidade de revisão das medidas protetivas para preservar o princípio do melhor interesse da criança. Verificou-se que o conceito de família, enquanto instituição social, tem evoluído significativamente desde seus primórdios, até os dias atuais, pelo exercício do modelo contemporâneo de família, influenciado pela evolução social e cultural, revela uma gama mais ampla de configurações familiares.

Analisou-se que a alienação parental é um conceito que descreve um distúrbio psicológico infantil caracterizado pela construção de uma imagem negativa e prejudicial de um dos genitores, com o objetivo de afastá-lo da vida da criança. Esses comportamentos podem ser motivados por desaprovação do término do relacionamento, sentimento de vingança, traição, culpa ou raiva, e têm como objetivo principal incutir na criança uma aversão injustificada em relação ao genitor não guardião, por meio da manipulação emocional.

Foi demonstrado que nos casos de violência doméstica entre os genitores, a prole frequentemente se torna a parte mais afetada, devido ao afastamento de um dos genitores do lar em virtude da intensa hostilidade e do ambiente prejudicial. Essa situação pode resultar em consequências emocionais e comportamentais significativas para as crianças, como ansiedade, depressão e dificuldades de socialização, além de potencialmente favorecer a incidência de alienação parental.

Nesse contexto, a guarda compartilhada emerge como uma medida viável e eficaz, por meio da aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança, pois promove a responsabilidade conjunta entre os genitores, permitindo que ambos participem ativamente das decisões relacionadas à criação dos filhos. Essa abordagem assegura que as crianças tenham maior contato com ambos os genitores, garantindo que o tempo passado juntos seja de qualidade e não apenas de quantidade. Dessa forma, a guarda compartilhada contribui para o bem-estar das crianças, minimizando os efeitos adversos da violência doméstica e da alienação parental.

Por fim, comprovou-se que as medidas protetivas devem ser aplicadas para garantir a integridade física e psicológica da companheira agredida. No entanto, caso se prove que o filho não está sujeito a qualquer tipo de agressão, ele não deve ser incluído na medida protetiva, a



fim de evitar possíveis danos adicionais ao contexto familiar ao longo do tempo, como a alienação parental.

REFERÊNCIAS

BARROS, Luísa Santana de; NASCIMENTO, Lavínia Oliveira do. Medidas Inibidoras da Alienação Parental - Uma análise sob a ótica da lei 14.340/2022. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 9, n. 5, p. 3054–3079, 2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/10080>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com#art2044. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher[...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm?ref=etersec.com. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.340, de 18 de maio de 2022**. Altera a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, para modificar procedimentos relativos à alienação parental, e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer procedimentos adicionais para a suspensão do poder familiar. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Lei/L14340.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.713, de 30 de outubro de 2023**. Altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para estabelecer o risco de violência doméstica ou familiar como causa impeditiva ao exercício da guarda compartilhada[...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114713.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 ago. 2024.



EFICÁCIA e Efetividade da Lei de Alienação Parental. **Jusbrasil**, Salvador, 30. jan.2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/eficacia-e-efetividade-da-lei-de-alienacao-parental/881065059>. Acesso em: 30 ago. 2023.

ESTEVES, Fernanda Valone; ESTEVES, João Luiz Martins. **A importância do acompanhamento psicológico aliado à guarda compartilhada como um meio de inibição da alienação parental**. Revista Reflexão e Crítica do Direito, v. 10, n. 1, p. 2- 17, jan-jun 2022. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/rcd/article/view/2071>. Acesso em: 05 set. 2024.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome da alienação parental**. Disponível em: <http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

GALES, Priscila. **Direito de Convivência familiar**. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-de-convivencia-familiar/1119209592>. Acesso em: 30 mar. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume VI: Direito de Família. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4.ed. De acordo com a EC/66. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACÊDO, Talia. **Alienação parental: consequências jurídicas, medidas judiciais e cabimento do dano moral**. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/84766/alienacao-parental-consequencias-juridicas-medidasjudiciais-e-cabimento-do-dano-moral>. Acesso em: 29 ago. 2024.

OLIVEIRA, Maria Beatriz Ferreira Rodrigues de; SOARES, Emmanuelli Carina de B G M. **Alienação parental: o exercício da guarda compartilhada e a proteção aos direitos de personalidade de crianças e adolescentes**. 2023. Disponível em: http://repositorio.unirn.edu.br/jspui/bitstream/123456789/824/1/TC_Maria%20Beatriz%20Ferreira%20Rodrigues%20de%20Oliveira.pdf Acesso em: 13 set. 2024

PAYONKI, Aline. **O poder familiar e a alienação parental**. 2023. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/103052/o-poder-familiar-e-a-alienacao-parental>. Acesso em: 30 ago. 2024.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forens, 2021.

PORFÍRIO, Francisco. **Família: Conceito e modelos de família na história**. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/psicologia/familia.htm>. Acesso em: 29 ago.2024.

VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva; BATISTA, Thais Tonini. Violência doméstica contra a mulher, convivência familiar e alegações de alienação parental. **Argumentum**, [S. l.], v. 13, n. 3, p. 76–89, 2021. DOI: 10.47456/argumentum.v13i3.35395. Disponível em: <https://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/35395>. Acesso em: 30 ago. 2024.



OS INFLUENCIADORES DIGITAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PUBLICIDADE VEICULADA

Amanda Pessanha de Oliveira

Graduada pela Universidade Federal
Fluminense (UFF).

Resumo – a possibilidade de direcionar a divulgação de produtos e serviços a públicos-alvo determinados melhora o desempenho comercial. O influenciador, ao atuar como um meio de publicidade para determinado produto ou serviço, gera uma confiança para que sua audiência consuma o objeto da divulgação, visto que a massa de seguidores que acompanha os influenciadores digitais é composta por pessoas que se identificam com eles. No presente trabalho visa-se à análise da possibilidade de vincular o influenciador ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), e desse modo, a possibilidade de que essa pessoa responda por eventuais danos causados ao seguidor-consumidor. Para tanto, o trabalho enfoca a temática do novo mercado de consumo, que tem migrado suas campanhas publicitárias para as mídias sociais. Partindo da concepção de quem são essas personalidades e como atuam nas mídias sociais, é importante analisar se existe uma relação de consumo entre eles e seus seguidores, e identificar quais diplomas jurídicos regulamentam essa relação. Isso permitirá verificar a possibilidade jurídica de os influenciadores responderem pelos produtos e serviços divulgados nas publicidades.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Influenciadores digitais. Consumidor.

Sumário – Introdução. 1. Os influenciadores digitais no novo mercado de consumo. 2. A influência digital analisada à luz do ordenamento jurídico pátrio. 3. A influência como comunicação mercadológica sujeita à responsabilização civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de ser reconhecida a responsabilidade civil dos influenciadores digitais pelos produtos e serviços divulgados nas redes sociais. Procura-se demonstrar que as campanhas publicitárias nas mídias sociais criaram um novo mercado de consumo, porém é necessário apreciar se o influenciador, ao atuar como um meio de publicidade de determinada marca, é realmente passível de ser responsabilizado por eventuais danos.

Para tal propósito, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes à temática, de forma que se consiga discutir se a proteção ao consumidor é ampla a ponto de justificar a responsabilização civil do influenciador por danos causados aos seguidores que aderem à publicidade e consomem o produto ou serviço.

A constitucionalização do Direito Civil obriga os agentes envolvidos nas relações

privadas tanto a observância dos princípios do Direito Civil, quanto, em especial, das normas constitucionais. Isso significa que, uma campanha publicitária, independentemente do meio em que será veiculada, deverá observar preceitos constitucionais. Muitos fornecedores têm recrutado usuários de redes sociais que atingem alto nível de fama e seguidores para as campanhas publicitárias. Essa situação, no entanto, não é regulada pelo ordenamento jurídico pátrio e favorece a seguinte reflexão: poder-se-ia caracterizar o influenciador digital como fornecedor por equiparação, submetendo-o ao regime do Código de Defesa do Consumidor?

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de “influenciadores digitais” e compreender como esse conceito se tornou figura central do comércio digital. Pretende-se, ainda, salientar para a possibilidade desses influenciadores digitais serem responsabilizados por danos causados aos consumidores em decorrência da publicidade veiculada nas redes sociais.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a definição de quem são os influenciadores digitais, de que forma atuam no comércio digital e exercem influência na sociedade consumerista.

Segue-se esclarecendo, no segundo capítulo, como o exercício do *merchandising* viabiliza um alto índice de adesão aos produtos e serviços divulgados no ambiente da rede social, e de que modo tal exercício é limitado pelo direito de informação e de identificação da publicidade no Brasil.

O terceiro capítulo explora a possibilidade jurídica dos influenciadores responderem pelos danos causados pelos produtos e serviços divulgados. Procura-se demonstrar que o sistema de responsabilidade civil proporciona uma forma de controle das informações difundidas pelos influenciadores digitais, que possuem uma profissão ainda não regularizada por legislação específica, mas que recebem contraprestações pecuniárias para compartilhar um estilo de vida e melhorar o desempenho comercial de diversas empresas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método explicativo, uma vez que o pesquisador se utiliza de levantamento bibliográfico, em torno de livros, legislações, jurisprudências e artigos, com o intuito de coletar informações para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-lo ou rejeitá-lo argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, porquanto o pesquisador se vale da pesquisa bibliográfica pertinente à temática em foco para sustentar a sua tese.



1. OS INFLUENCIADORES DIGITAIS NO NOVO MERCADO DE CONSUMO

A prática de servir-se da própria imagem e prestígio para influenciar o comportamento das pessoas não é novidade. Todavia, a figura do influenciador digital é relativamente nova. Por isso, ainda está em aberto o debate jurídico a respeito da caracterização desses agentes como fornecedores, nos termos do Código de Defesa do Consumidor¹, questão que afeta diretamente a determinação de sua responsabilidade civil.

Portanto, é importante observar como o conceito jurídico de Responsabilidade Civil – um instituto estabelecido há muito tempo –, está sendo aplicado à construção jurídica de uma realidade tão recente quanto a dos influenciadores digitais, cuja presença se tornou bastante comum na sociedade atual, principalmente nas relações de consumo.

A propósito, é imperiosa a conceituação de um influenciador digital. Entende-se por influenciador digital alguém que tem o poder de impactar as decisões de compra de outras pessoas devido ao seu conhecimento, posição ou relação com seu público. Os influenciadores digitais, ao compartilharem seus estilos de vida, experiências, gostos e preferências, conquistam a confiança dos usuários, o que os torna grandes formadores de opinião. Seu engajamento é tão poderoso que pode alterar comportamentos e mentalidades dos seguidores que os acompanham.

Atualmente, ainda não existe um conceito jurídico definitivo que permita classificar objetivamente se um produtor de conteúdo nas mídias sociais é um influenciador ou apenas um usuário comum da plataforma. Consequentemente, também não há uma definição legal clara sobre quem se enquadra nesse conceito específico.

Influenciadores digitais são indivíduos que se destacam em redes sociais como YouTube, Instagram, Snapchat, Twitter, Facebook e Tumblr. Utilizam-se dos altos números de interações e engajamentos para influenciar o público, promover produtos, serviços e eventos, e gerar impacto significativo nas decisões e comportamentos de seus seguidores – que são usuários de redes sociais que escolhem receber e acompanhar conteúdos produzidos por outro usuário.²

O influenciador digital dispõe do seu poder de persuasão sobre um público específico para estimular novos hábitos de consumo, por meio da produção de conteúdo próprio. Por meio

¹ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.

² CGI.Br. Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil: TIC Kids Online Brasil 2017. São Paulo: CGI.br, 2017 *apud* HACKEROTT, Nádia. **Influenciadores Digitais - Ed. 2023**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/influenciadores-digitais-ed-2023/2485205684>. Acesso em: 11 ago. 2024.

de interações informais com seus seguidores, eles têm o poder de alterar opiniões e padrões comportamentais. A percepção de proximidade e acessibilidade dos influenciadores, proporcionada por um meio informal e relativamente novo, pode fazer com que os seguidores confundam publicidade com conteúdo orgânico.

Com o avanço da tecnologia e a crescente popularização das redes sociais, os influenciadores digitais se tornaram figuras centrais no comércio digital ao compartilharem seus estilos de vida, experiências, gostos e predileções. Essa capacidade de direcionar a promoção de produtos e serviços para públicos-alvo específicos melhora significativamente o desempenho comercial. A respeito disso, Nakata³ afirma que, naturalmente, fornecedores têm recrutado usuários de redes sociais com grande fama e número de seguidores para suas campanhas publicitárias. Em contrapartida, esses "famosos da Internet" viabilizam um alto índice de adesão aos produtos e serviços promovidos, graças ao ambiente mais pessoal e íntimo das redes sociais.

Quando um influenciador atua como meio de publicidade para um produto ou serviço, gera-se uma sensação de confiança que estimula sua audiência a consumir o que está sendo promovido. Isso ocorre porque a massa de seguidores dos influenciadores se identifica com eles, o que fortalece a influência e a credibilidade das mensagens publicitárias.

A principal diferença entre os demais usuários das redes sociais e os influenciadores digitais – sinônimo de amo que também são usuários – não está na quantidade de seguidores ou no nível de influência. A diferença fica bem estabelecida quando a comunicação do usuário deixa de refletir apenas a sua opinião genuína e passa a se configurar como publicidade. Mesmo que esses aspectos possam ocorrer simultaneamente, o mercado denomina esse tipo de promoção como *marketing* de influência.

As campanhas publicitárias nas mídias sociais criaram um mercado de consumo, e a relação jurídica entre o produtor de conteúdo e o seguidor se formaliza como parte da sociedade de consumo, equiparando-se a qualquer outro tipo de anúncio publicitário.

Esse processo é semelhante aos comerciais transmitidos pelas emissoras de televisão, que utilizam a imagem e a voz de artistas famosos, normalmente cantores e atores. No entanto, o grande diferencial da publicidade digital é a capacidade de direcionar a promoção a públicos-alvo específicos (a comunidade de seguidores do influenciador) e alcançar um maior índice de conversão devido ao ambiente mais pessoal e próximo das redes sociais.

³ NAKATA, Alexandre. **Responsabilidade civil no direito digital**: evolução, fundamentos e desafios. Maringá: Ed. do Autor, 2021. p. 218-219.



Patrícia Peck⁴ descreve que o caráter da publicidade virtual é de abordagem direta durante o processo de comunicação. Diferentemente da TV, onde são necessários intervalos comerciais – conhecidos como comunicação de interrupção, em que o programa é pausado momentaneamente para a veiculação de anúncios –, a publicidade virtual integra-se diretamente ao conteúdo sem a necessidade de interrupções.

Se na televisão o telespectador é submetido a interrupções com propagandas que, por vezes, ele não se identifica, na internet, naturalmente as marcas, por meio da publicidade de precisão, recrutam influenciadores digitais para promover produtos e serviços e melhorar seu desempenho comercial. Esse recrutamento pode ocorrer de maneira informal, com o envio direto para o influenciador de um produto com pedido de avaliação, popularmente conhecido como resenha de produto, ou de forma formal, por meio de contratos que estabelecem direitos e obrigações para uma campanha publicitária específica.

Philip Kotler define de maneira precisa essa transição no processo de escolha de consumo influenciada por novos fatores:

no passado, os consumidores ouviam com atenção a transmissão de conteúdo pela mídia tradicional, inclusive a publicidade. Eles simplesmente não tinham escolha. A mídia social mudou isso. Agora, os consumidores têm à disposição um grande volume de conteúdo gerado por outros usuários, o qual eles consideram mais confiável e bem mais atraente do que aquele oferecido pela mídia tradicional. O que torna o conteúdo da mídia social atraente é o fato de ser voluntário e acessado sob demanda, ou seja, os consumidores optam por consumir o conteúdo quando e onde quiserem.⁵

Ainda, é necessário se atentar que a atividade exercida pelo influenciador digital inaugura uma nova forma de abordagem ao público-alvo, mas não inova quanto a sua natureza jurídica. Afinal, a essência da atividade do influenciador digital é a mesma que a do mercado publicitário, praticada há décadas nas emissoras de televisão.

Partindo do princípio de que a massa de seguidores que acompanha os influenciadores digitais é composta por pessoas que se identificam com eles – seja pelo comportamento, pela forma de se expressar ou de pensar – e que, conscientemente ou não, acabam replicando seus hábitos, incluindo o perfil de consumo, as grandes marcas perceberam nisso uma oportunidade de atrair consumidores nas mídias sociais. Em geral, isso ocorre da seguinte maneira: as marcas contratam influenciadores cujos perfis se alinham de alguma forma com seus produtos ou

⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

⁵ KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0: Do tradicional ao digital**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017, p. 148-149.

serviços, para que, de maneira natural ou orgânica, os consumidores-alvo da marca se sintam motivados a consumi-los, ampliando assim o alcance mercadológico.

No que se refere à publicidade de produtos e serviços nas mídias sociais, os influenciadores digitais adotam basicamente o mesmo comportamento: incorporam os produtos em suas rotinas, de modo a despertar o interesse de seus seguidores em adquiri-los. O criador digital, ao ser reconhecido como um verdadeiro "influenciador", deve compreender que, junto com essa influência, vem uma grande responsabilidade. Essa responsabilidade, antes de tudo, deve ser encarada sob as perspectivas moral e ética.

2. A INFLUÊNCIA DIGITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Quando uma nova atividade econômica ou uma tecnologia disruptiva emerge, as relações pessoais e comerciais se transformam, e as leis e regulamentações existentes são postos a prova. Com o crescente impacto e relevância dos influenciadores digitais no Brasil e ao redor do mundo, diversas preocupações surgiram em relação a esse novo formato de comunicação e entretenimento.

O contrato que o influenciador digital faz com uma marca ou empresa é atípico, o que significa que não possui uma estrutura e formato previamente definidos pela legislação. A atipicidade contratual está ligada ao princípio da liberdade contratual previsto no Código Civil, mas isso não deve ser interpretado como ausência de regras.

A ausência de regulamentação ou de leis adequadas para enfrentar os desafios dessa nova realidade provocou intensos debates globais, especialmente sobre questões relacionadas à ética, transparência e responsabilidade dos influenciadores, agências e anunciantes. Frequentemente, é difundida a narrativa errônea de que novas tecnologias e modelos de negócios que não foram diretamente regulados estão fora do alcance do ordenamento jurídico. Derivado desse entendimento, ouve-se a afirmação de que a internet é uma "terra sem lei".

Entretanto, o marketing de influência, como estratégia publicitária, deve seguir todas as regras já estabelecidas para conteúdos publicitários, incluindo as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Não se trata de uma atividade totalmente alheia a regulações, ao contrário, é uma prática que deve ser ajustada para estar em conformidade com as leis já existentes.

Não há uma legislação específica sobre a responsabilidade de influenciar. Com efeito, em geral, todas as relações jurídicas estão sujeitas à responsabilidade civil, mesmo que apenas de forma subjetiva. Na sociedade civil, ninguém está isento de ser responsabilizado por seus



atos. Portanto, não são necessárias grandes discussões ou uma legislação específica para se chegar a essa conclusão, pois as normas ordinárias de responsabilidade civil previstas no Código Civil são suficientes para isso.

Quem se utiliza de sua capacidade de influenciar pessoas para promover ideias, produtos ou serviços, seja em benefício próprio ou de um contratante, e, durante essa atividade, causa danos a terceiros, de forma dolosa ou culposa, será, sem dúvida, responsabilizado por tais danos.

De acordo com o Art. 186 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002⁶, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”, bem como o Art. 927 complementa que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Torna-se essencial garantir que todos os conteúdos criados e publicados pelos influenciadores digitais estejam em conformidade com as regras aplicáveis a conteúdos publicitários, incluindo as normas de autorregulamentação que estabelecem diretrizes para uma publicidade ética. Isso abrange, entre outras coisas, a obrigação de identificar claramente todos os conteúdos como publicidade e seguir as orientações do Guia de Publicidade para Influenciadores Digitais do CONAR⁷, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP)⁸, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), das regras setoriais e das demais normas pertinentes.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) estabelece princípios éticos que devem guiar a publicidade, incluindo a atenção especial ao uso do testemunho de pessoas famosas. De acordo com as normas, esses indivíduos devem seguir as recomendações do Código com rigor.

Além disso, o Código prevê que os anúncios testemunhais não devem ser estruturados de forma a suprimir o senso crítico do consumidor em relação ao produto. Também estabelece que o anunciante que utilizar o testemunho de uma pessoa famosa deve estar ciente de sua responsabilidade em relação ao público, sob pena de ver-se privado da presunção de boa-fé, ter presente a sua responsabilidade para com o público.

⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁷ CONAR. **Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais (2021)**. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁸ CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (1978)**. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 11 de ago. 2024.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR)⁹, em 2021 publicou um guia com orientações sobre a realização de publicidade por influenciadores. Embora o guia não tenha força normativa vinculante, oferece diretrizes valiosas para a aplicação do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP) aos conteúdos comerciais em redes sociais, sendo um importante recurso para garantir a transparência na publicidade realizada pelos influenciadores.

Além disso, de acordo com o Art. 36 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Portanto, por imposição legal, os influenciadores devem divulgar de forma clara e inequívoca quando estão promovendo um produto ou serviço em troca de pagamento ou qualquer outro tipo de benefício.

Ademais, a constitucionalização do Direito Civil obriga os agentes envolvidos nas relações privadas tanto a observância dos princípios do Direito Civil, quanto, em especial, das normas constitucionais. Isso significa que, uma campanha publicitária, independentemente do meio em que será veiculada, deverá observar preceitos constitucionais.

A constitucionalização do Direito Civil implica que todas as práticas, incluindo campanhas publicitárias, devem respeitar tanto os princípios do Direito Civil quanto as normas constitucionais. Isso significa que, ao criar uma campanha publicitária, os responsáveis devem garantir que ela não só esteja em conformidade com as regras do Direito Civil, mas também com os direitos e garantias estabelecidos pela Constituição.

Sendo assim, uma campanha publicitária deve observar princípios constitucionais como o respeito à dignidade humana, a proteção ao direito à privacidade e a proibição de discriminação. Além disso, as campanhas não devem veicular informações falsas ou enganosas, garantindo a transparência e a honestidade, conforme exigido por normas constitucionais e regulamentos específicos. A ilicitude da publicidade invisível, abusiva ou enganosa decorrem do desrespeito à dignidade da pessoa humana, da função social contratual e da boa-fé.

A publicidade invisível é uma forma de divulgação comum entre influenciadores digitais, e ocorre quando o conteúdo publicitário criado pelo influenciador não explicita que se trata de um anúncio. Em vez disso, o seguidor-consumidor pode acreditar que é apenas uma dica ou uma simples recomendação de um produto ou serviço, sem saber que o influenciador está sendo pago para fazer a promoção.

⁹ CONAR. **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: www.conar.org.br. Acesso em: 11 ago. 2024



Tanto o CONAR, por meio de seu Código de Autorregulamentação, quanto o Código de Defesa do Consumidor (CDC) condenam essa prática, conforme os artigos 28 e 36, respectivamente, por considerarem haver violação ao princípio da Identificação da Publicidade. Com o fim de evitar a publicidade invisível, foi criada a ferramenta “propaganda paga”, que deve ser utilizada obrigatoriamente pelos influenciadores quando o objetivo é promover um produto ou serviço, garantindo que o consumidor esteja ciente desde o início de que se trata de uma publicidade.

3. A INFLUÊNCIA COMO COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA SUJEITA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Em razão da ascensão dos influenciadores no cenário virtual, surgiu a necessidade de criar mecanismos de proteção para os seguidores, que são o público-alvo das publicidades. A partir dessa necessidade, surgiu o questionamento sobre a possibilidade de responsabilização civil dos influenciadores digitais pelos produtos e serviços que promovem em suas redes sociais.

A respeito da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, Tartuce¹⁰ esclarece que a responsabilidade subjetiva constitui regra geral, baseada na teoria da culpa. Assim, para que o agente seja responsabilizado e, conseqüentemente, obrigado a indenizar, é preciso a comprovação da sua culpa genérica, que abrange tanto o dolo (intenção de causar dano) quanto a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia). Na responsabilidade objetiva, a culpa é excluída, ou seja, o agente é responsabilizado pelo dano independentemente de culpa. Nesse caso, é a própria lei que estabelece a responsabilidade objetiva, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor, que define a responsabilidade objetiva do fornecedor.

Independentemente da responsabilidade civil (subjetiva ou objetiva), sempre estarão presentes três elementos fundamentais: a ação ou omissão, o nexo causal e o resultado danoso. Desde que o influenciador tenha cometido uma ação ou omissão (como omitir ou fornecer informações essenciais sobre o produto ou serviço) e, em consequência disso, o seguidor-consumidor tenha adquirido o produto e sofrido algum dano, poder-se-ia reconhecer a responsabilização dos influenciadores digitais pelos anúncios publicitários veiculados em suas redes sociais sobre determinados produtos ou serviços.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*.

Leonardo Bessa, interpretando o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, conceitua a figura do fornecedor:

podem ser fornecedor a pessoa física, jurídica ou os entes despersonalizados. Não importa, na definição, se é pessoa de direito público ou privado, nem se é nacional ou estrangeira. Em síntese, toda pessoa que exerce uma das atividades descritas no art. 3º, caput (produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços), pode se encaixar no conceito de fornecedor.¹¹

Não é necessário exigir os requisitos mencionados no caput do art. 3º para aplicar as normas do CDC. Não é relevante a atividade ter sido remunerada ou o autor e os colaboradores envolvidos na criação e divulgação atuarem profissionalmente no mercado de consumo. No contexto da publicidade, todos aqueles que, direta ou indiretamente, a promovem são considerados fornecedores equiparados. O CDC se atenta à atividade de publicidade em si, reconhecendo seu alto poder de persuasão.

Considerando a importância da atividade publicitária, conclui-se que a disciplina do CDC se aplica não apenas ao anunciante (comerciante, fabricante, importador), mas também aos influenciadores digitais. Todos esses envolvidos devem garantir a observância dos princípios estabelecidos pelo CDC, como veracidade, identificação e não abusividade, e podem ser responsabilizados perante o consumidor, seja ele coletivo ou individual, por violações a seus direitos.

O entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ) não segue a mesma linha. Para o STJ¹², a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, consequentemente, a responsabilidade por eventuais danos deve recair exclusivamente sobre o anunciante. Considera que não há responsabilização para a agência publicitária e o veículo de comunicação, pois a escolha e a contratação desses intermediários são feitas unicamente pelo anunciante, que é o responsável por pagar, repreender e romper o contrato em caso de irregularidades na publicidade.

Entende-se não ser essa a melhor conclusão. Atribuir a responsabilidade a apenas um dos sujeitos da cadeia publicitária contraria diversos preceitos do Código de Defesa do

¹¹ BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 604172/SP 2003/0198665-8**. Ação Civil Pública. Consumidor. Veículos de comunicação. Eventual propagando ou anuncia enganoso ou abusivo. Ausência de responsabilidade. Relator, Min Humberto Gomes de Barros, 27 de março de 2007. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701679043&dt_publicacao=03/03/2008. Acesso em: 11 ago. 2024.



Consumidor, como o sistema de proteção ao consumidor, o modelo de responsabilização objetiva, o princípio da boa-fé objetiva, a teoria da aparência e a presunção de solidariedade.

Para fins jurídicos, a opinião que influencia recebe um tratamento específico quando assume o caráter de publicidade. Isso significa que, mesmo que a opinião expressa pelo influenciador seja apresentada como genuína, ela pode ser considerada publicidade quando seu objetivo é promover produtos ou serviços. Embora o influenciador possa afirmar que, mesmo sendo remunerado, só divulga o que realmente confia e utiliza, a partir do momento em que essa opinião é usada para fins publicitários, a responsabilidade civil do influenciador digital deve ser avaliada. Quanto aos influenciadores que organicamente divulgam marcas e produtos, Nádia Hackerott¹³ objetivamente afirma que “há tempos já não se fala mais dos *influencers* como pessoas que despretensiosamente utilizam-se da internet para mostrar sua rotina ao mundo. Já se diferencia, inclusive, influenciadores digitais de criadores de conteúdo.” Assim, de meros formadores de opinião, passaram a ser reconhecidos como instrumentos de publicidade e propaganda.

Bessa¹⁴ afirma que os influenciadores devem prestar especial atenção à veracidade das informações que divulgam, garantindo que elas sejam sustentadas por dados técnicos, fáticos e científicos. Caso ocorra algum dano ao consumidor, é possível responsabilizar o influenciador digital com base na regra geral de solidariedade passiva por ato ilícito.

Para muitos consumidores, a decisão de comprar com determinada empresa se deve à credibilidade dos influenciadores que estão promovendo o produto. Por essa razão, entende-se que os influenciadores também devem ser responsabilizados pelos prejuízos e danos sofridos, quando se vinculam com a publicidade veiculada. As propagandas nas redes sociais, que destacam a solidez e confiabilidade da empresa, convencem de que o fornecedor é confiável.

O Instituto QualiBest, pioneiro em pesquisas online, e a Spark, uma potência em marketing de influência, se uniram para realizar a segunda edição do estudo “O post é pago, e daí?”. O objetivo da pesquisa era compreender os hábitos de consumo em redes sociais e o engajamento com influenciadores digitais, medir o poder de influência e conversão desses criadores de conteúdo, avaliar sua receptividade e analisar a reação dos consumidores em relação a ações publicitárias explicitamente pagas (#publi) entre marcas e influenciadores. Como resultado da pesquisa, o Instituto QualiBest publicou que:

¹³ HACKEROTT, Nadia. **Influenciadores Digitais - Ed. 2023**. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/influenciadores-digitais-ed-2023/2485205684>. Acesso em: 11 ago. de 2024.

¹⁴ BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

os internautas procuram o Google (67%), amigos e familiares (48%) e redes sociais das marcas (45%) para tomar uma decisão na hora da compra. 1/4 dos que seguem influenciadores os consideram entre suas principais fontes para decisões e quanto mais jovens mais os internautas consideram os *creators*.¹⁵

Ao analisar essa situação, percebe-se que os influenciadores digitais estabelecem uma relação de consumo conexa à relação principal com seus seguidores, atuando como um "auxiliar" para que essa relação ocorra¹⁶. Sem a divulgação feita pelos influenciadores, as marcas enfrentariam dificuldades para alcançar um público amplo, o que explica o crescente uso dessas personalidades como porta-vozes das marcas.

Dessa forma, na relação de consumo entre a empresa fornecedora do produto ou serviço e o consumidor atraído pela credibilidade do influenciador que promove a propaganda nas redes sociais, os influenciadores digitais podem ser considerados fornecedores por equiparação. No fornecimento por equiparação, a relação de consumo conexa influencia a relação principal, que pode ser de consumo, e atrai a aplicação das normas do direito do consumidor.

Entretanto, na hipótese de a loja indicada não cumprir com o que foi pactuado diretamente com o comprador, por motivos diversos que não se vinculam com a publicidade veiculada, não há nexo de causalidade que justifique a responsabilização da influenciadora. Destaca-se, portanto, a importância de o influenciador digital estar atento à veracidade das informações que divulga, além de proceder com cautela ao realizar a publicidade, de modo a evitar prejuízos à saúde física e mental do consumidor.

Nelson Rosenvald prescreve uma solução para proteger os três polos dessa relação de consumo (influenciadores, marcas e seguidores):

[...] um ônus de informar qualificado a quem contrata a celebridade; um "dever de se informar" por parte de quem empresta a sua fama a uma publicidade respeitante às qualidades e riscos daquilo que comercializará e, uma percepção mínima por parte do público do que objetivamente consiste em uma "expectativa" e o que de fato aquele produto possa lhe proporcionar e, além disso, se efetivamente vale a pena se vincular com aquele fornecedor.¹⁷

¹⁵ INFLUENCIADORES digitais já são considerados por 25% dos internautas que os seguem para as decisões de compra. **QualiBest**, São Paulo, 5 jul. 2023. Disponível em: <https://www.institutoqualibest.com/blog/influenciadores-digitais-ja-sao-considerados-por-25-dos-internautas-que-os-seguem-para-as-decisoes-de-compra/>. Acesso em: 11 ago. 2024

¹⁶ SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva; MIRANDA, Thainá Bezerra. Nem tudo que reluz é ouro: a Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. **Migalhas**, São Paulo, 9 jun. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/367690/nem-tudo-que-reluz-e-ouro-responsabilidade-civil-dos-influenciadores>. Acesso em: 11 ago. 2024

¹⁷ ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 212.



Nessa mesma linha, afirma Gustavo Tepedino que:

à luz dessas considerações, parece justificar-se o reconhecimento de que o dever de informar se conjuga diretamente a um ônus de se informar. Com isso pretende-se destacar que, em matéria de informação (tal como na generalidade das manifestações do fenômeno obrigacional), tão importante quanto a cooperação do devedor é a cooperação do credor. Incumbe ao credor, dentro das suas concretas possibilidades, o ônus de empreender esforço razoável para a obtenção - ou, ao menos, para a solicitação - das informações necessárias à formação do seu convencimento ou ao desempenho da prestação assumida no bojo do contrato. Fala-se em ônus para se ressaltar que, embora não se constitua propriamente em dever juridicamente coercitivo, a postura diligente do credor apresenta-se como pressuposto para o legítimo exercício do seu direito à informação.¹⁸

Dessa feita, pode-se inferir que o influenciador digital está sujeito à responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, visto que integra a cadeia de comercialização do produto ou serviço, assumindo um papel central na persuasão do consumidor e atuando como agente de publicidade.

Embora o debate sobre o tema abordado neste artigo seja recente e existam opiniões contrárias à aplicação da responsabilidade objetiva aos influenciadores digitais, entende-se que este é o mecanismo mais adequado de responsabilização. Isso se deve ao seu poder de influência sobre os seguidores, à relação de confiança estabelecida com o público e aos benefícios econômicos obtidos por meio da atividade publicitária que desempenham.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, observa-se que a contratação dos influenciadores digitais é uma estratégia para empresas que acreditam que seu público-alvo está presente nos perfis desses criadores de conteúdo. A credibilidade dos influenciadores é transferida para o produto ou serviço que promovem, criando assim uma conexão entre o fornecedor e o consumidor.

Adotando-se o conceito de fornecedor por equiparação, o influenciador digital, dado o seu papel nas mídias sociais ao promover produtos ou serviços com fins comerciais, pode ser classificado como fornecedor. Consequentemente, ele também está sujeito às normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Dever de informar e ônus de se informar: a boa-fé objetiva como via de mão dupla. **Migalhas**. 09 jun. 2020. <https://www.migalhas.com.br/depeso/328590/dever-de-informar-e-onus-de-se-informar-a-boa-fe-objetiva-como-via-de-mao-dupla>. Acesso em: 11 ago. 2024

Embora a profissão de influenciador digital ainda não seja regulamentada por uma lei específica que discipline suas atividades e as relações estabelecidas entre eles, as empresas que os contratam e os consumidores dos produtos promovidos, algumas leis esparsas são aplicadas para proteger essas relações. Entre elas estão o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a legislação do CONAR.

A partir da análise legal e doutrinária, observa-se que as demandas judiciais envolvendo a responsabilização de influenciadores digitais pelos anúncios publicitários em suas mídias sociais ainda são recentes. O entendimento predominante entre doutrinadores e nos Tribunais Pátrios é o do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que atribui o dever de indenizar exclusivamente aos anunciantes em caso de danos causados pelos anúncios.

No entanto, isso não significa que os influenciadores digitais não sejam responsabilizados pelos produtos ou serviços que divulgam. Eles já enfrentam responsabilização, ainda que de forma mais branda, no âmbito do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). O CONAR, por meio do seu Conselho de Ética, julga casos com base no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, aplicando penalidades de natureza meramente administrativa. De acordo com os doutrinadores, essas penalidades acabam não repreendendo de forma efetiva e proporcional os influenciadores pelos danos causados.

Admite-se, portanto, que os influenciadores possam ser responsabilizados solidariamente com os anunciantes, pelos produtos e serviços divulgados em seus perfis em forma de publicidade, considerando a aplicação dos diplomas jurídicos e a natureza da relação de consumo estabelecida com seus seguidores, especialmente se forem considerados fornecedores por equiparação ou se forem responsáveis por omissões ou informações enganosas.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 2 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 2 mar. 2024.



CONAR. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária** (1978). Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 11 ago. 2024.

CONAR. **Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: www.conar.org.br. Acesso em: 11 ago. 2024.

CONAR. **Guia de Publicidade por Influenciadores Digitais** (2021). Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 11 ago. 2024.

HACKEROTT, Nadia. **Influenciadores Digitais - Ed. 2023**. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/influenciadores-digitais-ed-2023/2485205684>. Acesso em: 11 ago. 2024.

INFLUENCIADORES digitais já são considerados por 25% dos internautas que os seguem para as decisões de compra. **QualiBest**, São Paulo, 5 jul. 2023. Disponível em: <https://www.institutoqualibest.com/blog/influenciadores-digitais-ja-sao-considerados-por-25-dos-internautas-que-os-seguem-para-as-decisoes-de-compra/>. Acesso em: 11 ago. 2024

KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. **Marketing 4.0: Do tradicional ao digital**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

NAKATA, Alexandre. **Responsabilidade civil no direito digital: evolução, fundamentos e desafios**. Maringá: Ed. do Autor, 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. *E-book*.

ROSENVALD, Nelson. **O direito civil em movimento: desafios contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva; MIRANDA, Thainá Bezerra. Nem tudo que reluz é ouro: a Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. **Migalhas**, São Paulo, 9 jun. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/367690/nem-tudo-que-reluz-e-ouro-responsabilidade-civil-dos-influenciadores>. Acesso em: 11 ago. 2024

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. *E-book*.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. Dever de informar e ônus de se informar: a boa-fé objetiva como via de mão dupla. **Migalhas**. 09 jun. 2020. <https://www.migalhas.com.br/depeso/328590/dever-de-informar-e-onus-de-se-informar--a-boua-fe-objetiva-como-via-de-mao-dupla>. Acesso em: 11 ago. 2024

O AJUIZAMENTO EXCESSIVO DE DEMANDAS E A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE PRÉVIA DOS PRECEDENTES VINCULANTES E DA JURISPRUDÊNCIA

Ana Beatriz Barreto Cordeiro

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o aumento contínuo do acervo processual dos Tribunais causa diversos danos aos jurisdicionados. Por isso, os integrantes do Poder Judiciário buscam formas de resolver esse problema. O presente artigo aborda alguns fatores que contribuem para o ajuizamento excessivo de demandas judiciais e como a análise prévia dos precedentes vinculantes e da jurisprudência pode auxiliar no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Uma vez que a sobrecarga do Poder Judiciário possui diversas causas, a diminuição do acervo processual deve abarcar diversas estratégias. Defende-se que a melhoria na forma divulgação dos precedentes vinculantes, o uso de Inteligência Artificial, o combate assertivo à litigância judicial abusiva, o estímulo à justiça multiportas e a aplicação do Direito Visual contribuirão de forma concreta para a redução da quantidade de processos judiciais em tramitação.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Precedentes vinculantes. Publicidade das decisões. Inteligência Artificial.

Sumário – Introdução. 1. Impactos da falha na publicização de um precedente vinculante: violação às garantias constitucionais 2. Uso das Inteligências Artificiais: o aumento da celeridade e o risco à segurança jurídica. 3. A adequação da justiça multiportas ante a litigância abusiva e a hipossuficiência técnica do jurisdicionado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico enfoca o ajuizamento excessivo de ações judiciais e discorre sobre algumas formas de redução do acervo atual. Busca-se evidenciar a importância da jurisprudência, da formação de precedentes e do uso de tecnologia para melhor resolução de conflitos.

Diariamente milhares de ações são ajuizadas no Brasil. Por tal motivo, busca-se formas de tornar a prestação jurisdicional mais célere e eficiente, observando-se o devido processo legal, a segurança jurídica e demais garantias constitucionais e processuais. Nesse aspecto, a formação de precedentes tem-se mostrado imprescindível para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Contudo, ainda sim, várias demandas continuam sendo ajuizadas equivocadamente, seja pela descon sideração do estudo dos precedentes e da jurisprudência, seja pela ineficiência na publicidade das decisões mais preponderantes para a resolução de determinada ação judicial.



Além disso, o progresso da tecnologia proporcionou a mudança da abordagem de criminosos que passaram a utilizá-la de novas maneiras com o intuito de tornar a prática delituosa mais imperceptível. Desse modo, o aumento no investimento em segurança digital para combater essas práticas é indispensável.

No primeiro capítulo do trabalho, discute-se a necessidade da publicidade dos precedentes vinculantes. Busca-se demonstrar a relevância da divulgação dos precedentes e da jurisprudência, uma vez que a publicidade deficitária de um precedente vinculante pode violar as garantias constitucionais e contribuir para a manutenção da sobrecarga de ações no Judiciário.

No segundo capítulo, aborda-se o uso de Inteligências Artificiais (IAs) pelo Poder Judiciário, destacando-se a celeridade na tramitação processual obtida por meio do uso desse recurso tecnológico. Além disso, pondera-se os riscos advindos do emprego dessa tecnologia pelo Judiciário e pelos jurisdicionados e os meios de saná-los.

No terceiro capítulo, analisa-se a questão da litigância predatória e indaga-se a possibilidade do uso da tecnologia minimizar os impactos dessa prática. Além disso, ressalta-se a importância da análise dos outros meios disponíveis para a resolução de conflitos antes do ajuizamento de uma ação judicial e a simplificação da linguagem jurídica.

Para tanto a presente pesquisa parte de uma abordagem qualitativa e de um método hipotético-dedutivo-indutivo. Neste trabalho, pretende-se estabelecer, por meio da análise de princípios, leis, doutrina, jurisprudência e bibliografia pertinente à temática em foco algumas hipóteses sobre a problemática do ajuizamento excessivo de demandas judiciais e confirmar tais hipóteses se verdadeiras.

1. IMPACTO DA FALHA NA PUBLICIZAÇÃO DE UM PRECEDENTE VINCULANTE: VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Com o aumento da importância dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro e da quantidade de decisões vinculantes proferidas, a falha na publicidade pode afetar a prestação jurisdicional frustrando os próprios objetivos da formação de um precedente vinculante.

O CPC/15, em seus artigos 926 e 927, §5¹, estabeleceu a obrigatoriedade de uniformização de jurisprudência e de divulgação de precedentes pelos Tribunais². Além disso, o referido diploma legal definiu formas de publicização de precedentes, conforme pode ser observado no artigo 979³ que trata da divulgação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). De acordo com o §3º do artigo supramencionado, tais regras também se aplicam ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. A esse respeito, resume Câmara:

O resultado do julgamento deve receber ampla e específica divulgação e publicidade, também devendo ser registrado pelo CNJ (art. 979), motivo pelo qual também o julgamento deve ser inserido no banco de dados do tribunal (art. 979, § 1º). Tanto no tribunal de origem como no CNJ deverá haver expressa menção aos fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos legais a ela relacionados (art. 979, § 2º).⁴

Ao analisar a sistemática de divulgação de precedentes introduzida pelo CPC para o IRDR, afirmam Thamay, Garcia Júnior e Frota Júnior:

Trata-se de norma programática administrativa das mais elogiáveis, viabilizando na prática que os julgadores, partes, Ministério Público e demais interessados tenham conhecimento das decisões proferidas nos IRDR instaurados, principalmente, como dito, seus fundamentos, as *ratio decidendi* dos decididos.⁵

Conforme previsto no artigo 927 do CPC⁶, é dever dos juízes e tribunais observar os precedentes vinculantes⁷ previstos nos incisos do referido artigo⁸. Contudo, isso não significa que os precedentes vinculantes serão realmente observados, o que viola a segurança jurídica, a

¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

² FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. *E-book*.

³ BRASIL, ref. 1.

⁴ CÂMARA, Alexandre F. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*.

⁵ THAMAY, Rennan Faria Krüger; GARCIA JÚNIOR, Vanderlei Garcia; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

⁶ BRASIL, ref. 1.

⁷ Cumpre mencionar que há divergência sobre a espécie dos precedentes que constam no artigo 927 do CPC. Por exemplo, para Cassio Scarpinella Bueno, somente a Constituição pode atribuir efeito vinculante a um precedente. Por tal motivo, considera que somente as súmulas vinculantes são precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, já os demais precedentes são meramente persuasivos. BUENO, Cassio S. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

⁸ Neste artigo adota-se a posição de que todos os precedentes mencionados no artigo 927 do CPC são vinculantes. Enunciado nº 170 do Fórum Processualistas: “(art. 927, caput) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos. (Grupo: Precedentes)”. DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) *et. al.* **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. 24, 25 e 26 de março de 2017. Florianópolis, SC. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wpcontent/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2024.



celeridade, o devido processo legal e, até mesmo, a economicidade. Ao tratar da insegurança jurídica oriunda da inobservância dos precedentes vinculantes, constata Oliani:

Logo, é preciso anotar o grande distanciamento que há, relativamente à concepção do Estado de Direito brasileiro, do ideário da segurança jurídica, já que, na prática, nota-se que os julgados e os precedentes são pouco observados e, em razão disso, mostram-se cada vez mais suscetíveis a alterações legislativas sobrevindas e a novas interpretações coligidas.⁹

Os precedentes podem deixar de ser seguidos por diversos motivos. Um deles é o desconhecimento do precedente. Caso parte dos órgãos julgadores desconheçam determinado precedente, decisões contraditórias poderão ser proferidas. Consequentemente, se vários precedentes forem desconhecidos ou ignorados pelos julgadores ou parte deles, ocorrerá violação à segurança jurídica, pois decisões distintas estão sendo aplicadas em casos semelhantes injustificadamente. Além disso, o princípio da celeridade também será violado, visto que será necessário corrigir essas decisões.

Um caso em que pode ser observado o impacto produzido pelo desconhecimento de um entendimento vinculante pode ser observado nas ações judiciais que envolvem planos de saúde de autogestão empresarial cujo benefício foi estabelecido em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo.

Essas demandas não deveriam estar sendo ajuizadas perante os Tribunais de Justiça Estaduais em razão da tese firmada no Incidente de Assunção de Competência (IAC) nº 5, em 18/03/2020, que foi suscitado nos autos do REsp 1799343 / SP¹⁰. Nesse incidente foi definido que a competência para processamento e julgamento dessas demandas é da Justiça do Trabalho¹¹.

Contudo, demandas desse tipo continuam sendo ajuizadas perante o TJRJ após a fixação da referida tese, ainda que em quantidade reduzida. A título exemplificativo, aponta-se

⁹ OLIANI, Louise Cristina Gonzaga. **Insegurança jurídica e os precedentes judiciais**: um olhar a partir das proposições do artigo 926 do código de processo civil brasileiro, 2022. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito) - Centro Universitário Internacional Uninter, Curitiba, 2022. Disponível em: <https://repositorio.uninter.com/handle/1/1239>. Acesso em: 23 abr. 2024.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Recurso Especial 1799343 / SP**. Incidente de Assunção de Competência. Recurso Especial. Ação de obrigação de fazer [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de março de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=I&cod_tema_inicial=5&cod_tema_final=5. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹¹ Tese definida no IAC nº 5: "Compete à Justiça comum julgar as demandas relativas a plano de saúde de autogestão empresarial, exceto quando o benefício for regulado em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo, hipótese em que a competência será da Justiça do Trabalho, ainda que figure como parte trabalhador aposentado ou dependente do trabalhador". *Ibidem*.

a decisão proferida no Agravo de Instrumento 0010280-25.2023.8.19.0000¹². Nesse caso, a ação foi ajuizada perante a Justiça Estadual em 2023 e houve decisão em 1º grau deferindo o pedido de tutela pleiteado pela parte autora¹³. A referida decisão foi objeto de agravo de instrumento interposto pela parte ré. Somente quando o recurso foi apreciado pelo Juízo de 2º grau, a incompetência absoluta foi reconhecida e houve declínio de competência de ofício. Saliente-se que a parte autora não foi prejudicada, pois a tutela deferida foi mantida pelo relator com base no artigo 64, §4º do CPC¹⁴.

Já na Turma Recursal, Recurso Inominado 0025144-12.2021.8.19.0203¹⁵, a demanda foi ajuizada perante um Juizado Especial Cível, foi prolatada sentença que apreciou o mérito e, somente no julgamento do referido recurso, a incompetência absoluta foi reconhecida por força da tese firmada no IAC nº 5. Ressalte-se que a referida demanda foi ajuizada em 2021, após a publicação do precedente vinculante e a incompetência não foi imediatamente reconhecida.

Em outras palavras, tempo e esforço foram despendidos no processamento e julgamento dos feitos mencionados na apreciação da tutela, na prolação da sentença e na análise em grau recursal de demandas que não eram da competência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Portanto, a observância do precedente garante a segurança jurídica e permite a produção mais célere de uma decisão.

De fato, é inviável que um ser humano conheça toda a jurisprudência de um Tribunal¹⁶, bem como todos os precedentes vinculantes. Desse modo, entende-se que o emprego de inovações tecnológicas poderá auxiliar na eliminação desse problema. A título exemplificativo, em 2021, foi realizado um convênio entre o TJRJ e o STJ para implantação de um sistema de

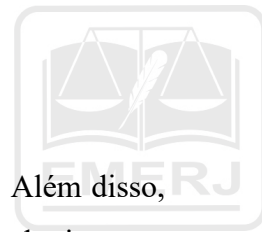
¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (7ª Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento 0010280-25.2023.8.19.0000**. Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Postal Caixa de Saúde. Decisão que deferiu a tutela de urgência para manter as autoras no plano de saúde. Incompetência da Justiça estadual [...]. Relator: Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior, 22 de fevereiro 2024. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹³ Número do processo original: 0801300-08.2023.8.19.0210. *Ibidem*.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis). **Recurso Inominado 0025144-12.2021.8.19.0203**. Por unanimidade a 2ª Turma Recursal deliberou em conhecer do recurso e julgá-lo prejudicado para reconhecer a incompetência absoluta do Juizados Especiais Cíveis [...]. Relator: Juiz Mauro Nicolau Júnior, 15 de junho de 2022. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx>. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹⁶ Fato reconhecido por Alexandre Câmara. CÂMARA, Alexandre F. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*.



Inteligência Artificial (IA) com o intuito de melhorar a prestação jurisdicional¹⁷. Além disso, em 2024, o TJRJ e o CNJ¹⁸ celebraram um acordo para uso de IAs e outras tecnologias para tornar a mais célere o processamento dos feitos, em especial, na execução fiscal.

Contudo, os avanços tecnológicos, dentre eles, o uso de Inteligência Artificial pode trazer riscos à segurança jurídica, apesar de contribuírem para a celeridade na prestação jurisdicional. Esse assunto será tratado no próximo capítulo deste artigo.

2. O USO DAS INTELIGÊNCIAS ARTIFICIAIS: O AUMENTO DA CELERIDADE E O RISCO À SEGURANÇA JURÍDICA

Em virtude no aumento do número de ações ajuizadas, o Judiciário procura por formas de agilizar a tramitação processual com o intuito de dar concretude ao princípio da celeridade que está previsto no artigo 5º, LXXVIII da CRFB/88¹⁹. Tendo em vista a rapidez proporcionada pelo uso de Inteligências Artificiais (IAs), essa inovação tecnológica está cada vez mais presente no Judiciário.

Para a continuidade do assunto, faz-se necessário definir o que é Inteligência Artificial. Segundo Damaceno e Vasconcelos, a Inteligência Artificial pode ser definida como a “confeção de máquinas como capacidade de aprender sendo estas programadas previamente, fazendo uso de algoritmos bem elaborados e complexos que proporcionem a tomada de decisões, especulações e até interações baseadas nos dados fornecidos”²⁰. Dessa forma, conclui-se que a IA passará a atuar de forma autônoma com base nas informações obtidas.

Atualmente, o STF e o STJ contam com suas próprias IAs que desempenham diversas funções. No STF, a IA Victor realiza em 5 segundos a identificação dos recursos enquanto um

¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Assessoria de Imprensa. **TJRJ e STJ assinam convênio que implanta sistema de inteligência artificial**. Publicada em 29/09/2021. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/19263806>. Acesso em: 23 abr. 2024.

¹⁸ AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **CNJ firma parceria com TJRJ para automatizar execuções fiscais e aplicar IA em julgamentos**. 31 jan. 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-firma-parceria-com-tjrj-para-automatizar-execucoes-fiscais-e-aplicar-ia-em-julgamentos/>. Acesso em: 23 abr. 2024.

¹⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2024.

²⁰ DAMACENO, Siuari Santos; VASCONCELOS, Rafael Oliveira. Inteligência artificial: uma breve abordagem sobre seu conceito real e o conhecimento popular. **Caderno de Graduação-Ciências Exatas e Tecnológicas-UNIT-Sergipe**, v. 5, nº 1, p. 12, 2018. Disponível em: <https://periodicos.grupotiradentes.com/cadernoexatas/article/view/5729/2966>. Acesso em: 27 abr. 2024.

servidor gasta 44 minutos em média para efetuar a mesma tarefa²¹. Já a IA VitorIA desempenha a função de reunir processos que possuem semelhanças para serem julgados em grupo. Em aproximadamente dois minutos essa IA pode agrupar quase 5 mil processos, bem como será capaz de compilar os processos de forma a gerar temas de repercussão geral inéditos²². No STJ, as IAs Athos e Sócrates, entre outras funções, são capazes de indexar 2 milhões de processos também reunindo-os por semelhança²³.

Diante dos dados mencionados, é inegável a contribuição do uso das IAs para a celeridade da tramitação processual. Contudo, essa tecnologia não é inerrante e pode violar a segurança jurídica. Dentre as formas por meio das quais essa violação pode ocorrer, destaca-se a possibilidade das IAs elaborarem entendimentos e os atribuírem a algum órgão do Poder Judiciário, a discriminação algorítmica e a opacidade nas decisões.

Quanto ao risco das IAs criarem entendimentos inexistentes, esse fenômeno pode ser observado no caso em que o ChatGPT apontou, como base para a prolação de uma sentença, julgados/posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça que simplesmente não existiam²⁴. Esse fato corrobora com o entendimento de que as IAs, principalmente as não-jurídicas, ainda não estão aptas a prolatar decisões judiciais nem devem fazê-lo. Sobre esse tema, afirmam Fornasier, Silva e Schwede:

Vale destacarmos que, no Brasil é quase que unânime o entendimento de que a tecnologia de IA não deve ser vista como uma substituta ao juiz, já que o humano deve ter a última palavra, entretanto, diversos doutrinadores alertam que esse pode ser o futuro.²⁵

Outro aspecto da violação à segurança jurídica que pode ser causada pelo uso de IAs é a discriminação algorítmica. Como as IAs obtêm informações em bancos de dados, podem

²¹ SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). **Inteligência artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro**. FGV. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156490>. Acesso em: 27 abr. 2024.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF amplia emprego de Inteligência Artificial**. 09 jul. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508710&ori=1>. Acesso em: 27 abr. 2024.

²³ SALOMÃO, ref. 21, p. 27.

²⁴ JUIZ que usou tese inventada pelo ChatGPT em sentença será investigado. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 13 nov. 2023. Migalhas quentes. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/396836/juiz-que-usou-tese-inventada-pelo-chatgpt-em-sentenca-sera-investigado>. Acesso em: 20 mar. 2024.

²⁵ FORNASIER, Mateus de Oliveira; SILVA, Fernanda Viero da; SCHWEDE, Matheus Antes. A utilização de ferramentas de inteligência artificial no judiciário brasileiro e a Resolução 332/2020 do CNJ. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 23, n° 2, p. 284, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/10435/7397>. Acesso em: 19 mar. 2024.



reproduzir discursos enviesados, apesar de não ser o objetivo dos programadores. Dessa forma, haveria violação aos direitos fundamentais²⁶. A esse respeito, assevera Tavares:

Embora tenhamos por certo que erros também ocorrem no Poder Judiciário, a formatação de sistemas de produção em massa de decisões ao longo de um processo judicial automatizado poderá agravar exponencialmente os problemas, com danos que que certamente acabarão por superar os supostos benefícios. A seguir-se o padrão de erros de investigações policiais e do sistema da Justiça criminal, teremos o reforço e a retroalimentação de uma agenda historicamente discriminatória, com a ampliação das desigualdades sociais que devem ser combatidas.²⁷

Outrossim, Tavares afirma que ainda há a questão da opacidade, ou seja, a falta de transparência nas decisões das IAs:

Máquinas desse tipo não podem explicar suas razões de decidir, nem podem ser explicadas por um analista externo. Essa explicação é algo imprescindível ao Direito e, mais do que isso, irrenunciável por parte de quem será endereçado pela decisão. Falta algo que a sociedade da informação tem considerado cada vez mais inalienável: a transparência e a controlabilidade.²⁸

Diante dessas possibilidades, foi editada pelo CNJ a Resolução nº 332/2020²⁹ com o objetivo de definir parâmetros para o desenvolvimento e o uso de modelos de Inteligência Artificial. Para o combate da discriminação algorítmica, o artigo 7º dessa resolução prevê a detecção, correção e, caso não seja possível, a IA não será usada³⁰. No que concerne à opacidade, o artigo 8º desta Resolução estipula parâmetros para definir a transparência na tentativa de evitar que os parâmetros utilizados pelas IAs não sejam informados³¹. Portanto, nota-se que já existem medidas para minimizar os erros que podem colocar em risco a segurança jurídica.

Apesar dos benefícios do uso das IAs em funções mais simples serem inegáveis, tais como o agrupamento de processos por tema, Tavares alerta que os erros cometidos pelas IAs podem causar diversos problemas aos jurisdicionados, bem como os benefícios de seu uso poderão ser suplantados pelos danos causados:

²⁶ FORNASIER, Mateus de Oliveira; SILVA, Fernanda Viero da; SCHWEDE, Matheus Antes. A utilização de ferramentas de inteligência artificial no judiciário brasileiro e a Resolução 332/2020 do CNJ. **Revista Jurídica Cesumar**-Mestrado, v. 23, nº 2, p. 275-288, 2023. Disponível em:

<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/10435/7397>. Acesso em: 19 mar. 2024. .

²⁷ TAVARES, André Ramos. **O juiz digital**: da atuação em rede à justiça algorítmica. São Paulo: Expressa, 2022. *E-book*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 332/2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 29 ago. 2024.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

[...] um problema ou vício na catalogação das decisões (fase praticamente essencial para a maioria dos sistemas inteligentes) poderá gerar o que, tecnicamente falando, são consideradas perdas de eficiência do algoritmo, mas que, juridicamente falando, poderão significar nulidades, anulabilidades, novas hipóteses recursais e possíveis danos aos envolvidos diretamente no caso capazes de gerar demandas indenizatórias. [...] não podemos nos deixar levar por conclusões superficiais de que os benefícios são sempre inevitáveis e superiores aos riscos ou danos, sob o argumento simplório de que tais modelagens não realizam o processo decisório completo, ou simplesmente porque não oferecem as decisões prontas, ainda que as ofereçam, sim, mas de forma parcial.³²

Evidentemente o uso das IAs deve ser parcimonioso, pois, de acordo com o que já foi mencionado, essa tecnologia ainda não é satisfatoriamente confiável para a tarefa de elaboração de decisões judiciais nem é completamente precisa em tudo o que realiza. Constata-se que a supervisão humana continuará necessária para evitar ou, pelo menos, mitigar a insegurança jurídica que esse instrumento pode causar. No mais, entende-se que o uso de IA para realizar funções mais simples, como as burocráticas, é de grande ajuda para o Judiciário, ainda que isso seja alvo de críticas. Essa tecnologia permite que os servidores foquem seus esforços em tarefas mais relevantes e que as tarefas mais simples que demandem grande quantidade de tempo para serem efetuadas por humanos sejam realizadas rapidamente.

Outra aplicação importante das IAs é no combate à litigância judicial abusiva, prática danosa que tem sido enfrentada pelo Judiciário. A urgência no combate à litigância judicial abusiva, a necessidade de incentivo à justiça multiportas e de simplificação da linguagem jurídica serão abordadas, no próximo capítulo, como meios de diminuição do acervo processual do Poder Judiciário.

3. A ADEQUAÇÃO DA JUSTIÇA MULTIPORTAS ANTE A LITIGÂNCIA ABUSIVA E A HIPOSSUFIÊNCIA TÉCNICA DO JURISDICIONADO

A sobrecarga do Poder Judiciário³³ possui diversas causas, dentre elas, destaca-se a litigância judicial abusiva, também chamada de litigância predatória³⁴. Tal prática tem afetado

³² TAVARES, André Ramos. **O juiz digital**: da atuação em rede à justiça algorítmica. São Paulo: Expressa, 2022. *E-book*.

³³ Segundo dados do CNJ, em 2023 foram ajuizadas 22,6 milhões de ações judiciais, o que significa que foram ajuizadas 5,8% de ações a mais do que em 2022. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2024**, p. 135. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em 25 set. 2024.

³⁴ MAGALHÃES, Joseli Lima; SILVA, Isaac Vieira de Sousa e. Litigância judicial abusiva e instrumentos de gestão processual conferidos ao juiz no código de processo civil: a necessidade de preservação do direito fundamental de acesso à justiça. **Revista Foco**, [S.l.], v. 17, n. 4, p. 11, 2024. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/4789>. Acesso em: 26 set. 2024.



a prestação jurisdicional, prejudicando a concretização do princípio do acesso à Justiça³⁵.

Segundo Magalhães e Silva, a litigância judicial abusiva é caracterizada pelo:

[...] ajuizamento massivo de demandas perante o poder judiciário, de forma padronizada, por meio de petições formulários, indiferente à existência ou não de pretensão resistida, auxiliada pelos meios tecnológicos tanto para produção da petição inicial e respectivos documentos, podendo-se ainda ocorrer a captação de clientela com base em bancos de dados públicos ou privados.³⁶

Frise-se que o exercício da advocacia deve ser protegido. A fixação de critérios que definem a litigância judicial abusiva deve ser realizada de forma cautelosa, a fim de que nem os advogados nem as partes tenham seus direitos violados.

Portanto, imaginar a litigiosidade como algo essencialmente prejudicial que deve ser eliminado, para além de se tratar de uma visão excessivamente idealista da realidade social, nega a própria razão de ser do poder judiciário. Portanto, não se pode pregar o fim de toda e qualquer litigiosidade judicial, visto que em sua essência é algo legítimo e inerente ao atual Estado de Direito. Apenas devem ser enfrentadas as suas formas de exteriorização deturpada, ou seja, a litigiosidade judicial abusiva³⁷

Além disso, outra forma de combater a litigância judicial abusiva é a justiça multiportas, tanto nas hipóteses em que uma das partes processuais foi criada por IA, como nos casos em que o indivíduo existe, mas os documentos que instruem o processo foram gerados por IA. De acordo com Cabral, a justiça multiportas pode ser definida como:

[...] a resignificação do acesso à justiça, para contemplar diferentes ambientes e métodos interrelacionáveis, capazes de garantir o adequado e proporcional tratamento das controvérsias. Registre-se que o caráter interfuncional entre os elementos que integram a Justiça Multiportas intensifica a simbiose de técnicas disponíveis, otimiza os procedimentos e proporciona formas mais efetivas para combater desarmonias jurídicas.³⁸

Nas mediações e conciliações³⁹, a presença física é capaz de coibir esse tipo de prática, uma vez que a parte criada por IA não comparecerá, justamente por não existir, e a parte que for pessoa natural informará a situação ao Juízo, nas hipóteses em que estiver de boa-fé. A esse respeito, asseveram Magalhães e Silva:

³⁵ Situação também reconhecida por Magalhães e Silva. MAGALHÃES, Joseli Lima; SILVA, Isaac Vieira de Sousa e. Litigância judicial abusiva e instrumentos de gestão processual conferidos ao juiz no código de processo civil: a necessidade de preservação do direito fundamental de acesso à justiça. **Revista Foco**, [S.l.], v. 17, n. 4, p. 5, 2024. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/4789>. Acesso em: 26 set. 2024.

³⁶ *Ibidem*, p. 11-12.

³⁷ *Ibidem*, p. 9.

³⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**. Indaiatuba: Foco, 2024..E-book.

³⁹ O CPC/15 estabelece o estímulo à solução consensual de conflitos no artigo 3º, §3º. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

[...] determinar comparecimento pessoal das partes – tem especial relevância no tema da litigiosidade abusiva, porque reiteradamente é empregado como fundamento legal de determinações por parte do magistrado a fim de verificar se a parte tem ciência do ajuizamento de repetitivas ações em seu nome ou para coletar outras informações que entender pertinente.⁴⁰

Portanto, o magistrado, ao verificar indícios de litigância abusiva, poderá escolher a forma mais adequada para averiguar essa situação. Quanto à designação de audiências presenciais, entende-se que, na prática, essa medida irá aumentar a duração do processo. Contudo, deve-se ponderar que o ganho em segurança jurídica supera o suposto prejuízo que a demora no término do processo poderia causar. Ressalte-se que a celeridade processual não deve ser perseguida a qualquer custo.

Saliente-se que a justiça multiportas não se limita à conciliação e mediação. Cabral, ao tratar dos métodos judiciais de justiça multiportas, destaca outros métodos:

Ainda sobre os possíveis métodos no campo judicial, têm-se os acordos de não persecução cível, os acordos de não persecução penal, os acordos de leniência, a justiça restaurativa, a transação penal, a conciliação global de superendividamento, a negociação com credores em recuperação judicial, a autocomposição em matéria de natureza coletiva ou estrutural, entre outros modos de alcance da pacificação social.⁴¹

Ademais, a justiça multiportas abrange outras formas de resolução de conflitos além dos judiciais, a saber, os métodos extrajudiciais e as hipóteses de desjudicialização e de desestatização.

Com efeito, a extrajudicialização deve ser considerada para as formas e locais de resolução do conflito que já estão consolidados fora do Poder Judiciário, podendo ocorrer em ambientes públicos ou privados, presenciais ou virtuais. Já a desjudicialização se relaciona com as hipóteses de controvérsias que eram solucionadas pela justiça estatal, e que por lei ou vontade das partes foram levadas para a esfera extrajudicial [...]. A desestatização, por sua vez, consistiria na retirada da solução de conflito da esfera do Estado, a qual não se resume ao Poder Judiciário.⁴²

Verifica-se que o jurisdicionado atualmente possui diversas formas de ter suas demandas resolvidas sem a necessidade de provocação do Judiciário, ou pelo menos, de judicializar a questão apenas parcialmente. Consequentemente, menos demandas serão ajuizadas com a ampliação da justiça multiportas.

⁴⁰ MAGALHÃES, Joseli Lima; SILVA, Isaac Vieira de Sousa e. Litigância judicial abusiva e instrumentos de gestão processual conferidos ao juiz no código de processo civil: a necessidade de preservação do direito fundamental de acesso à justiça. **Revista Foco**, [S.l.], v. 17, n. 4, p. 15, 2024. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/4789>. Acesso em: 26 set. 2024.

⁴¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**. Indaiatuba: Foco, 2024..E-book.

⁴² *Ibidem*.



Cumprе mencionar que o jurisdicionado normalmente não opta pela litigância judicial abusiva por vontade própria, também sendo vítima desta prática em razão de seu desconhecimento técnico⁴³. Nesse aspecto, além da justiça multiportas, é necessário que a linguagem jurídica seja compreendida pelas pessoas de fora da área para a concretização do princípio do acesso à justiça⁴⁴. Sobre o tema, Aguiar explica:

Por se estruturar em uma linguagem altamente técnica, o discurso jurídico abre mão de sua acessibilidade. Neste sentido, a linguagem jurídica funciona como um mecanismo de exclusão. Impede que qualquer um que não a domine seja capaz de acessar a informação contida em seus discursos. Pretende ser comunicativa, na medida em que se supõe bem escrita, entretanto confunde o falar/escrever bem com o falar/escrever difícil. O sentido fica retido em inúmeros termos técnicos e estruturas de estilo rebuscado.⁴⁵

Um instrumento aplicado para tornar a linguagem jurídica mais compreensível é o Direito Visual (Visual Law) que consiste no uso de imagens para transmitir a mensagem desejada de forma mais acessível ao interlocutor. A esse respeito, afirma Aguiar:

O Visual Law é o Direito contado através de ilustrações e técnicas, em que os elementos visuais são poderosos e indispensáveis instrumentos de comunicação. A utilização de ferramentas como imagens, vídeos, infográficos, pictogramas, fluxogramas, gráficos, links, bullet points, linhas do tempo, QR Code, storyboard, story mapping, storytelling e até gamificação tem a capacidade de revolucionar o modo de prestar serviços jurídicos.⁴⁶

Dessa forma, defende-se que a simplificação da linguagem jurídica auxiliará na compreensão dos indivíduos de sua situação na esfera judicial. Consequentemente, essa facilitação na linguagem permitirá que o jurisdicionado verifique se o advogado está realizando o serviço para o qual foi contratado. Trata-se de uma forma de garantir a autonomia da vontade do jurisdicionado⁴⁷.

Portanto, a importância da análise prévia dos precedentes vinculantes e da jurisprudência referentes à litigância judicial abusiva revela-se na necessidade de inserção desses dados nos bancos de dados das IAs para que possam realizar as devidas buscas. Já na

⁴³ Ressalte-se que as pessoas jurídicas não são imunes aos danos causados pela litigância abusiva e podem ser vítimas dessa prática.

⁴⁴ Princípio previsto no artigo 5º, XXXV da CRFB. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2024.

⁴⁵ AGUIAR, Kareline Staut de. Democratização do Acesso à Justiça: Linguagem Jurídica Acessível e o Direito Visual. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**, v. 10, nº 1, fev. 2022, p. 94. Disponível em: <https://portal.trt14.jus.br/portal/sites/default/files/revista-eletronica-2022-02/Revista%20Eletronica%20TRT14%20-%20Fev22%20-%20Vol10%20-%20N01.pdf#page=90>. Acesso em: 27 set. 2024.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 96. .

⁴⁷ Princípio previsto no artigo 5º, II da CRFB. BRASIL, ref. 44.

justiça multiportas, sua importância revela-se na seleção do método mais adequado para a resolução de uma demanda antes ou durante o curso de uma ação judicial.

Por fim, verifica-se que tornar a linguagem jurídica mais acessível permite que os indivíduos que desconhecem a área jurídica exerçam seus direitos de forma consciente.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou algumas das causas do ajuizamento excessivo de demandas e formas de melhorar a prestação jurisdicional. Ressalte-se que não se pretende, aqui, solucionar essa questão, uma vez que o cenário atual é resultado de diversas concausas que não podem ser exauridas em um trabalho tão breve. Ademais, trata-se de uma situação complexa que não será resolvida em um período curto.

Apesar disso, o Estado e a sociedade devem continuar buscando formas de redução do acervo processual e do ajuizamento anual de processos judiciais. Por tal motivo, foram discutidos meios para atingir a finalidade de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

Verificou-se que os precedentes vinculantes são imprescindíveis para a segurança jurídica e celeridade processual, bem como destacou-se que o CPC/2015 trata da publicização dos precedentes. Em contrapartida, constatou-se que a falha na divulgação de um precedente viola diversas garantias constitucionais e contribui para a perpetuação da morosidade no trâmite processual.

Além disso, analisou-se alguns benefícios e riscos do uso de Inteligências Artificiais (IAs). Verificou-se que as IAs contribuem para o aumento da celeridade, mas podem violar a segurança jurídica. Dentre os riscos do uso das IAs, a formulação de entendimentos inexistentes, a discriminação algorítmica e a opacidade nas decisões foram analisadas criticamente.

No que concerne ao uso de IAs para elaboração de sentenças, defende-se que cabe aos seres humanos executar essa tarefa. Observou-se, ainda, que as IAs podem reproduzir vieses discriminatórios, uma vez que dependem das informações inseridas em seus bancos de dados para realizarem suas tarefas. Tal fato também pode dificultar a localização da distorção causada por um viés discriminatório, pois não é possível determinar todos os dados que foram utilizados para a IA elaborar um resultado, ou seja, não é possível descobrir as razões de decidir de uma IA.



Ademais, a litigância judicial abusiva também foi analisada. Discutiu-se sobre os danos dessa prática e algumas formas de minimizar os danos. Defende-se que o uso de IAs pode ser benéfico para identificar e combater essa forma de litigância. Verificou-se, ainda, que a justiça multiportas e a simplificação da linguagem jurídica são essenciais para a redução do acervo processual. Em outras palavras, conclui-se que nem sempre o ajuizamento de uma ação judicial é a melhor opção para o jurisdicionado, visto que resultados satisfatórios podem ser obtidos por meios consensuais de resolução de conflitos.

Pelo exposto, constatou-se que a análise prévia dos precedentes vinculantes e da jurisprudência é essencial para os operadores do Direito serem mais assertivos e contribuir para a diminuição do acervo processual, em observância às garantias constitucionais e processuais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Kareline Staut de. Democratização do Acesso à Justiça: Linguagem Jurídica Acessível e o Direito Visual. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**, v. 10, nº 1, fev. 2022, p. 90-103. Disponível em:

<https://portal.trt14.jus.br/portal/sites/default/files/revista-eletronica-2022-02/Revista%20Eletronica%20TRT14%20-%20Fev22%20-%20Vol10%20-%20N01.pdf#page=90>. Acesso em: 27 set. 2024.

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **CNJ firma parceria com TJRJ para automatizar execuções fiscais e aplicar IA em julgamentos**. 30 jan. 2024. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/cnj-firma-parceria-com-tjrj-para-automatizar-execucoes-fiscais-e-aplicar-ia-em-julgamentos/>. Acesso em: 23 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2024**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024.pdf>. Acesso em 25 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 332/2020**. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em 29 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Recurso Especial 1799343 / SP**. Incidente de Assunção de Competência. Recurso Especial. Ação de obrigação de fazer [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de março de 2020. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=I&cod_tema_inicial=5&cod_tema_final=5. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF amplia emprego de Inteligência Artificial**. 09 jul. 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=508710&ori=1>. Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (7ª Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento 0010280-25.2023.8.19.0000**. Agravo de Instrumento. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Postal Caixa de Saúde. Decisão que deferiu a tutela de urgência para manter as autoras no plano de saúde. Incompetência da Justiça estadual [...]. Relator: Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior, 22 de fevereiro 2024. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis). **Recurso Inominado 0025144-12.2021.8.19.0203**. Por unanimidade a 2ª Turma Recursal deliberou em conhecer do recurso e julgá-lo prejudicado para reconhecer a incompetência absoluta do Juizados Especiais Cíveis [...]. Relator: Juiz Mauro Nicolau Júnior, 15 de junho de 2022. Disponível em:

<https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx>. Acesso em: 20 mar. 2024.

BUENO, Cassio S. **Manual de direito processual civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

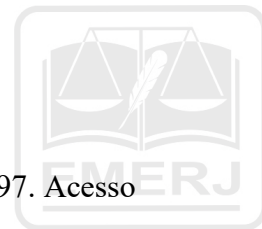
CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**. Indaiatuba: Foco, 2024..*E-book*..

CÂMARA, Alexandre F. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*.

DAMACENO, Siuari Santos; VASCONCELOS, Rafael Oliveira. Inteligência artificial: uma breve abordagem sobre seu conceito real e o conhecimento popular. **Caderno de Graduação-Ciências Exatas e Tecnológicas-UNIT-Sergipe**, v. 5, nº 1, p. 11-16, 2018. Disponível em: <https://periodicos.grupotiradentes.com/cadernoexatas/article/view/5729/2966>. Acesso em: 27 abr. 2024.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.) *et. al.* **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. 24, 25 e 26 de março de 2017. Florianópolis, SC. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wpcontent/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em 30 ago. 2024.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SILVA, Fernanda Viero da; SCHWEDE, Matheus Antes. A utilização de ferramentas de inteligência artificial no judiciário brasileiro e a Resolução 332/2020 do CNJ. **Revista Jurídica Cesumar**-Mestrado, v. 23, n. 2, p. 275-288, 2023. Disponível em:



<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/10435/7397>. Acesso em: 19 mar. 2024.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023..*E-book*.

JUIZ que usou tese inventada pelo ChatGPT em sentença será investigado. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 13 nov. 2023. Migalhas quentes. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/396836/juiz-que-usou-tese-inventada-pelo-chatgpt-em-sentenca-sera-investigado>. Acesso em: 20 mar. 2024.

MAGALHÃES, Joseli Lima; SILVA, Isaac Vieira de Sousa e. Litigância judicial abusiva e instrumentos de gestão processual conferidos ao juiz no código de processo civil: a necessidade de preservação do direito fundamental de acesso à justiça. **Revista Foco**, [S..l.], v. 17, n. 4, p. 1-24, 2024. Disponível em: <https://ojs.focopublicacoes.com.br/foco/article/view/4789/3409>. Acesso em: 24 set. 2024.

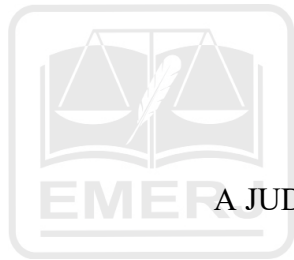
OLIANI, Louise Cristina Gonzaga. **Insegurança jurídica e os precedentes judiciais**: um olhar a partir das proposições do artigo 926 do código de processo civil brasileiro, 2022. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Direito) - Centro Universitário Internacional Uninter, Curitiba, 2022. Disponível em: <https://repositorio.uninter.com/handle/1/1239>. Acesso em: 23 abr. 2024.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; JUNIOR, Vanderlei Garcia; FROTA JÚNIOR, Clóvis Smith. **Precedentes Judiciais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. *E-book*.

SALOMÃO, Luís Felipe (Coord.). **Inteligência artificial**: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. FGV, 2020. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156490>. Acesso em: 27 abr. 2024.

TAVARES, André Ramos. **O juiz digital**: da atuação em rede à justiça algorítmica. São Paulo: Expressa, 2022. *E-book*.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Assessoria de Imprensa. **TJRJ e STJ assinam convênio que implanta sistema de inteligência artificial**. Publicada em 29/09/2021. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/19263806>. Acesso em: 23 abr. 2024.



A JUDICIALIZAÇÃO E A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE FRENTE À TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Ana Luiza Reis dos Santos

Graduada pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Advogada

Resumo – O direito à saúde além de constitucional é fator primordial para o desenvolvimento pleno e adequado de uma sociedade. Este trabalho tem por objetivo a análise do princípio da reserva do possível como um limite à interferência pelo Poder Judiciário nas ações de efetividade do direito fundamental à saúde. Por fim, pretende analisar as consequências que decisões judiciais podem acarretar ao orçamento e aos cofres públicos, provocando desarranjos e colocando em risco a organização das políticas públicas.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito à Saúde. Políticas públicas. Orçamento público. Reserva do Possível. Judicialização da saúde. Mínimo existencial. Custo dos direitos.

Sumário – Introdução. 1. A intervenção judicial na efetividade do direito fundamental à saúde. 2. O problema do impacto orçamentário: o custo do direito à saúde. 3. A teoria do mínimo existencial frente à reserva do possível. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como foco analisar a interferência do Judiciário nas políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à saúde e seu protagonismo na efetivação deste direito. Analisa-se, ainda, o risco de haver interferência indevida caso a decisão judicial não adote critérios objetivos e uniformes ou não seja aparelhada de informações suficientes para uma correta avaliação quanto à viabilidade e adequação técnica e orçamentária do bem demandado.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a demonstrar que o direito à saúde enquadra-se no mínimo existencial, de modo que o Poder Público tem a obrigação de colocar à disposição das pessoas um conjunto de ações mínimas dentro desse mínimo existencial.

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento, para um Estado Democrático de Direito.

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantido o acesso universal e igualitário, assegurado mediante políticas públicas (sociais e econômicas) com prevalência para as ações que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, tanto para a promoção, proteção e recuperação.



Sob a égide da Solidariedade, a competência constitucional para cuidar e legislar sobre saúde é de todos os entes federativos, fixado no art. 23 da CFRB/88. Outrossim, tal princípio, que impõe a competência comum para cuidar da saúde, em tese, coaduna com o princípio do combate às desigualdades regionais, no entanto, a realidade distancia-se de tal preceito.

A aplicabilidade do direito à saúde no Brasil esbarra, ainda, nos limites orçamentários do poder público e na escassez de uma gestão eficiente, razão pela qual, a plenitude de acesso à saúde não é efetivada. Tal fenômeno se evidencia no exponencial crescimento do fenômeno chamado “judicialização da saúde”, com o reiterado ajuizamento de demandas por meio das quais a população pretende assegurar junto ao Poder Judiciário o referido direito fundamental.

Assim sendo, uma vez havendo ausência ou insuficiência na prestação de políticas públicas, cabe ao Poder Judiciário, o dever constitucional, assim como, o compromisso ético de apreciar as demandas que envolvam lesão a quaisquer direitos fundamentais.

No entanto, se, sob um enfoque, a judicialização traz a possibilidade de efetivação do direito, por outro, há o risco de haver interferência indevida do Judiciário nas políticas públicas caso a decisão judicial não adote critérios objetivos e uniformes ou não seja aparelhada de informações suficientes para uma correta avaliação quanto à viabilidade e adequação técnica e orçamentária do bem demandado.

Além disso, os direitos de cunho prestacional acarretam custos financeiros para o Estado que, por sua vez, trabalha com recursos limitados já definidos por suas leis orçamentárias. Deste modo, uma decisão judicial, ao deslocar recursos para atender a demandas individuais, algumas extremamente onerosas para o erário, dificulta a racionalização do orçamento público.

No entanto, o direito à saúde não pode ter sua normatividade afastada em razão da essencialidade das considerações de políticas orçamentárias na definição das políticas públicas. Posto isso, o Poder Público, quando se furta de garantir sua realização, abre espaço para a intervenção do Judiciário, por meio das decisões judiciais, que apresentam limites, cujos parâmetros ainda não foram fixados.

Todavia, frequentemente, o Poder Judiciário não leva em consideração as políticas relacionadas ao direito à saúde e desconsidera o planejamento orçamentário necessário para garantir a responsabilidade na gestão fiscal, conforme exigido pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A consequência disso é que o não cumprimento dessas normas pelo Poder Judiciário em suas decisões pode comprometer a viabilidade financeira da política de saúde, essencial para a realização desse direito

Inicia-se no primeiro capítulo, a análise acerca do direito fundamental à saúde, inserido no Estado Democrático, tido como direito de todos e dever do Estado, por meio das políticas públicas e a interferência do Poder Judiciário na efetividade desse direito. Na sequência, analisa-se como a intervenção judicial nessas políticas públicas pode trazer impacto ao orçamento público, que é, por sua vez, fixado em lei própria. Por fim, serão analisados os embates entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

Para tanto, utiliza-se a técnica do hipotético-dedutivo e hermenêutico. A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, a partir de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

1. A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Os direitos sociais, diferentemente dos direitos fundamentais clássicos (de natureza programática), constituem prestações positivas para o Estado e a Sociedade¹, que devem ser inseridas nas políticas públicas.

A maioria da doutrina parte do entendimento de que o direito à saúde enquadra-se no mínimo existencial, de modo que o Poder Público tem obrigação de colocar a disposição das pessoas um conjunto de ações mínimas dentro do mínimo existencial².

Com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, o direito à saúde foi incorporado de forma concreta no seu art. 6º como um direito social fundamental, acompanhado de normas expressas que asseguram o seu acesso universal e igualitário.

José Afonso da Silva, ilustra que a igualdade da saúde visa o atendimento a todos, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais³. Destarte, à expressão acesso universal e igualitário (CFRB/88, art. 196) deve ser dada a interpretação mais ampla possível.

Logo, como direito social fundamental e não assistencial, o direito à saúde alcança a

¹ LEDUR, José Felipe. **Os direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.89, 2009.

² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p.320, 2011.

³ SILVA, Jose Afonso da. **Comentário Contextual a Constituição**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, p. 767, 2007.



coletividade, devendo ser oferecido de forma isonômica a todos, não cabendo distinções de classe social quanto ao seu acesso. A Constituição Federal atribui a titularidade do direito à saúde a toda e qualquer pessoa, inclusive ao estrangeiro, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet.⁴

Por outro prisma, o texto constitucional definiu os princípios que regem este direito fundamental, preceitos esses essenciais para se compreender os direitos sociais fundamentais de saúde que o cidadão brasileiro possui e, por este motivo, surge a faculdade de pleitear judicialmente em caso de inadimplemento total ou parcial por parte do ente federativo.

O Governo, responsável pela prestação ao cidadão, de maneira individual e de maneira coletiva, viabiliza essa sua função através, primordialmente, de atos do Executivo e da criação de leis, que se traduzem em instrumento para criar e fomentar políticas públicas.

As políticas públicas na área de saúde têm o intuito de garantir o direito à vida, direito fundamental de todo cidadão e, por isso, são alinhadas em fortes princípios, como o da dignidade humana, mínimo existencial, razoabilidade e reserva do possível, núcleo este que deve ser observado pelo administrador.

O princípio da dignidade da pessoa humana, inserido como um dos relevantes fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo o primeiro alicerce de todo o sistema constitucional e o último refúgio dos direitos individuais, não tem apenas um viés político ou jurídico, mas de consistência atrelada à proteção dos direitos humanos.

Do mesmo modo, a dignidade da pessoa humana atua não só como limite para a ação do Estado, mas também como fonte de deveres positivos, compelindo-o a agir para promover e proteger a dignidade dos indivíduos em face das ameaças que a espreitam de todos os lados.⁵

É justamente com o propósito de respeitar o princípio da dignidade que o mínimo existencial obriga o Estado, também por intermédio do Poder Judiciário, a prestações que criem condições materiais mínimas para uma vida digna dos seus cidadãos. Logo, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade humana ficaria sacrificada. Nesta esteira, traz a lume o entendimento, de Ana Paula de Barcellos, cuja obra *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana* coaduna com o posicionamento da prevalência do princípio da dignidade mesmo quando em choque com o princípio da separação de poderes.

Nesse diapasão, aduz Daniel Sarmento que o direito do mínimo existencial corresponde

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 215, 2012.

⁵ SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, n. 14, p. 167-217, 2005.

à garantia das condições materiais básicas de vida, ostentando tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais.⁶

Entende-se que “cabe ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição etc.”, mas que caberia aos tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes. A liberdade de conformação do legislador encontra seu limite assim que “o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”.⁷

Com efeito, segundo Grinover, o que se entende por mínimo existencial é que:

Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central ou núcleo duro, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana. [...] O mínimo existencial é considerado um direito as condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado: A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.⁸

Imperioso concluir que, embora não esteja expressamente prevista na CF/88, há o reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro do mínimo existencial, vez que esta teoria se encontra como condição básica para a preservação da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se que a dignidade é qualidade intrínseca do ser humano, e, em vista disso, irrenunciável e inalienável. Imprescindível, portanto, uma interpretação de dignidade da pessoa humana mais adequada ao Estado Social e Democrático de Direito.

Vale ressaltar que, por sua vez, o dever de integração entre as ações e os serviços públicos de saúde de todas as esferas governamentais para que uma política pública coordenada e eficiente seja instituída, na qual não exista sobreposição de competências, além da distribuição dos ônus ser proporcional à capacidade financeira de cada ente, de acordo com suas receitas.

Nesse diapasão, diante da ineficiência ou omissão na execução das políticas públicas, o

⁶ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 553-586, 2008.

⁷ WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.** Revista Direito GV, São Paulo. p. 308-318. jul./dez. 2009.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, p.133, 2011.



cidadão, como usuário desses serviços, busca no Poder Judiciário a prestação dos serviços que se julga no direito de receber.

Desse modo se a judicialização por um lado reverencia o Poder Judiciário com discussões que são essenciais para o país, por outro atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias.

Embora o Poder Estatal seja uno e indivisível, seu exercício atribui a três órgãos independentes e harmônicos entre si as funções legislativa, executiva e judiciária, configurado como modelo tripartite. Esse poder uno deve ser assim entendido para a consecução de fins que o Estado de Direito busca, traduzidos nas políticas públicas. Ademais, o referido princípio homenageia o equilíbrio do Estado entre as suas três funções essenciais.

Destarte, tal modelo tripartite permite que cada órgão tenha funções típicas e atípicas, isto, principalmente, para evitar arbitrariedades, a este sistema dá-se o nome de freios e contrapesos. Ou seja, para que nenhum Poder seja maior que os outros deve haver, entre eles, uma mútua cooperação e controle.

Diante da nova orientação de atuação do Poder Judiciário na teoria da separação dos poderes no Estado social, Lenio Streck conceitua que, após o advento da nova ordem jurídica instaurada a partir da CFRB/88, as inércias do Executivo é falta de atuação do legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito⁹.

Essa intervenção judicial na esfera administrativa tem sido denominada de “judicialização”, especialmente, no que tange à saúde, judicialização das políticas públicas de saúde, visto que interfere nas decisões do Executivo (federal, estadual e municipal) e, inclusive, na execução do orçamento público, que tem o seu planejamento e processo de elaboração, a discricionariedade do Executivo e Legislativo, definidos pela legislação nacional.

A Judicialização é um conceito, que se verifica a partir do momento em que algumas questões de larga repercussão política e social começam a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais - o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Melhor esclarecendo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade¹⁰.

⁹ STRECK, Lenio. **As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 323 1988.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito

Desse modo, atualmente, o Brasil vive o fenômeno de judicialização de questões que antes estavam restritas ao âmbito de atuação dos poderes Legislativo e Executivo ou até mesmo tratadas como dependentes da conveniência e do mérito administrativo.

De um lado, as políticas públicas, que na maior parte dos casos, são estabelecidas pelo Estado a fim de garantir uma qualidade de vida justa ou digna para a coletividade. Por outro lado, as decisões judiciais nessas políticas, em especial da saúde, objetivam atender um cidadão. Destaca-se que, uma decisão judicial, ao deslocar recursos para atender a demandas individuais, em um Estado que, por sua vez, já atua com recursos limitados, pode acabar por levar à ruptura da isonomia, princípio balizador da igualdade para todos.

Todavia, conforme garantia constitucional, fixado no art. 5º, XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, o cidadão, sofrendo limitações injustificadas no exercício do seu direito a prestação de determinado bem por ente público, pode se amparar do Poder Judiciário como modo de garantir o seu direito.

A ampliação no uso das demandas judiciais para a proteção de interesses frente ao Poder Público torna-se, portanto, um importante instrumento de democracia participativa na administração da coisa pública.

Nesse sentido, Campos¹¹ aduz que o protagonismo do Poder Judiciário está colocando o Estado a executar “prestações positivas em torno dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, interferindo ativamente nas escolhas dos outros Poderes”.

A propósito do tema separação dos poderes segundo José Afonso da Silva, “A independência e a harmonia a que alude a Constituição e característica dos novos contornos da teoria da separação dos poderes no presidencialismo, que não possui mais a austeridade enunciada por Montesquieu”.¹²

No Brasil, o Poder Judiciário, o responsável pelo exercício da função jurisdicional, tem como órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal (STF) que tem como uma de suas principais funções o importante papel de guardião da Constituição. Ao Poder Judiciário, portanto, há a possibilidade de implementação, ou de determinação aos outros dois Poderes, de políticas públicas, sustentando uma possível judicialização da política.

Com isso, dentre os conflitantes entendimentos doutrinários, acerca dos preceitos que descrevem a discricionariedade da Administração Pública, a doutrina majoritária assenta que é dever do Poder Judiciário sindicat os atos discricionários. Tal controle legitima-se pelo

¹¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 252-253.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 109.



princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, disposto no art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988.

J. J. Gomes Canotilho indica que o cidadão, ao disfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.¹³

Tércio Sampaio Ferraz Junior¹⁴ aduz que o objetivo do Estado liberal era o de neutralizar o Poder Judiciário ante os demais poderes. Porém, no Estado democrático de direito, o Judiciário, enquanto forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar em neutralização de sua atuação. Ao contrário o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado a política estatal.

Todavia, nem todos os doutrinadores entendem que a judicialização de políticas públicas e de livre exercício pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, Ricardo Lobo Torres¹⁵, opina que,

[...] os direitos sociais somente são direitos fundamentais no âmbito do mínimo existencial, razão pela qual apenas poderiam ser justicializáveis nesse aspecto: Em síntese, a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial [...] os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático [...]

No que tange a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, Dirley da Cunha Junior¹⁶ interpreta esta atuação possível, dado que “a Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo”. Continua o autor acentuando que,

[...] Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial a possibilitar a perfeita e imediata fruição dos direitos conferidos. E a depender da hipótese, deve e pode o Judiciário completar a norma, compondo construtivamente o conteúdo dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação no caso concreto, sem que isso se cogite de qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes [...]

Indubitável, portanto, que é verdadeira a premissa de que o Poder Judiciário estaria autorizado pelo sistema jurídico brasileiro a proceder ao controle de políticas públicas para a satisfação dos direitos fundamentais. Posto isso, a divisão de poderes não pode significar a privação dos poderes públicos das competências necessárias para o cumprimento de suas tarefas constitucionais.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Constituição e défice procedimental” in *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 73.

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *O Judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP, n. 21, p.14 mar./mai. 1994.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

¹⁶ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Neoconstitucionalismo, Estado Constitucional e a Constitucionalização do Direito*, p.251.

Com efeito, vale ressaltar que é da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício da atividade dos demais poderes, na medida em que é o poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal¹⁷.

Diante do fenômeno da judicialização da saúde, mencionado alhures, o Poder Judiciário passou a exercer o controle de questões que, tipicamente, cabiam à Administração Pública. Desse modo, indaga-se o debate acerca das “capacidades institucionais”, a qual questiona qual órgão público reúne as condições necessárias para tomar determinada decisão, em outras palavras, qual órgão que teria maior capacidade para realizar uma tarefa pública.

A exemplo disso, há uma Agência Reguladora que, por exemplo, pode oferecer uma melhor resposta a determinado problema do que o Poder Judiciário, por ser mais habilitada em razão de seu conhecimento técnico e de sua aptidão para lidar com a questão.

Por outro lado, como já visto, diante da inércia dos poderes legislativo ou executivo, ou nos casos de efetividade dos direitos fundamentais, exige-se uma postura proativa do judiciário.

Nessa esteira, os conflitos ocasionados pela sobreposição das funções exercidas pelo judiciário, serão resolvidos recorrendo a escolha do método de decisão de qual poder seria mais capacitado para oferecer uma resposta adequada a determinado problema.

Advém que a judicialização, apesar de viabilizar a efetivação de um direito fundamental, pode acabar interferindo indevidamente nas políticas públicas caso a decisão judicial não adote critérios objetivos e uniformes ou não seja aparelhada de informações suficientes para uma correta avaliação quanto à viabilidade de adequação técnica e orçamentária do bem demandado. Logo, como, nesse contexto, a decisão judicial tem um custo, os conceitos econômicos de escassez, de reserva do possível devem ser observados.

2. O PROBLEMA DO IMPACTO ORÇAMENTÁRIO: O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE

Com destino a cumprir as obrigações a que se vinculou junto à sociedade, o Estado precisa de recursos financeiros para promover políticas públicas essenciais aos cidadãos, os quais demandam correta e adequada alocação, do contrário, os próprios objetivos estatais não serão alcançados. Para tal finalidade, a atividade financeira do Estado se constitui por meio do orçamento público, instrumento fundamental que tem por propósito atender às demandas da

¹⁷ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Juruá: São Paulo, 2005. p. 149-150.



sociedade, por meio de metas estabelecidas em ordem de prioridade, resultado das decisões políticas estabelecidas nos Poderes Executivo e Legislativo.

No que tange ao desenvolvimento da democracia, como forma de oposição ao Estado arbitrário, a necessidade de controle e aplicação do dinheiro público deu origem ao orçamento. Revela-se que este abandonou o caráter de mera peça contábil (receitas *versus* despesas), para espelhar um plano programático de governo, por meio do qual são reveladas as primazias eleitas e determinada a política econômica, passando, inclusive a receber toda a carga axiológica dos preceitos constitucionais.

Desse modo, é imprescindível que o orçamento público passe a ser visto, não apenas no plano formal, mas especialmente material, no íntimo de uma visão constitucional, recebendo toda a carga axiológica de seus preceitos. Nesse sentido, evidencia-se, o entendimento do STF, no qual, o orçamento, revela-se como lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição, não podendo ser manuseada a pretexto de interesses outros que não sejam a concretização dos direitos fundamentais.⁴¹

À vista disso, ilustra Assoni Filho que "De fato, é o orçamento a personificação do plano ou programa de atuação de atuação governamental, expondo a forma de intervenção do poder político no substrato socioeconômico."⁴²

No contexto do Estado Democrático de Direito, como já visto, imperioso é a vinculação entre a concretização dos direitos fundamentais e a atuação dos poderes públicos. É nessa conjuntura que se insere o orçamento público como elemento impulsionador da consolidação da democracia. Para tal, o orçamento precisa ser inserido dentro de uma visão constitucional democrática, à luz da concretização dos direitos fundamentais.

É o que resume Ricardo Lobo Torres:

Os direitos fundamentais têm uma relação profunda e essencial com as finanças públicas. Dependem, para a sua integridade e defesa, da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do Estado, ao mesmo tempo em que lhe fornecem o fundamento da legalidade e da legitimidade. Os direitos fundamentais se relacionam com os diversos aspectos das finanças públicas. Assim é que o tributo, categoria básica da receita do Estado de Direito, é o preço da liberdade, preço que o cidadão paga para ver garantidos os seus direitos e para se distanciar do Leviatã.¹⁸

Desse modo, a discricionariedade do gestor público, no que concerne à definição dos contornos da atividade estatal, é influenciada pelas normas jurídicas constitucionais, garantindo assim, a atividade financeira estatal como base fundamental ao Estado Constitucional

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**: orçamento na Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 5, p.499.

Democrático.

O orçamento tem previsão constitucional, fixado no art. 165, e consequente submissão das finanças estatais e dos poderes constituídos aos ditames da Lei Maior. Outrossim, sua elaboração, execução e acompanhamento também são regulamentados por outras leis infraconstitucionais, como a Lei Complementar n. 101/00, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

No que se refere à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), o Poder Judiciário também deve considerá-la ao tomar suas decisões. A LRF, entre seus princípios, estabelece o equilíbrio entre receitas e despesas, o que se traduz no equilíbrio das contas públicas, além da necessidade de correspondência entre receita e despesas na lei de diretrizes orçamentárias. O não cumprimento da LRF acarreta sanções de natureza penal e institucional.

Dessa forma, qualquer ação ou omissão do administrador público em relação às finanças, despesas e alocação de recursos públicos, que não esteja alinhada com essas diretrizes normativas, resultará em responsabilidade fiscal, conforme a Lei Complementar 101/2000.

Logo, no contexto do Estado constitucional democrático, o orçamento público é tido como instrumento fundamental de controle das decisões políticas governamentais, pautado na entre os poderes no âmbito das finanças públicas, e influenciando na harmonia destes¹⁹.

Assim, o orçamento resulta de um processo deliberativo democrático complexo, no qual os Poderes Executivo e Legislativo avaliam as prioridades públicas e as receitas, decidindo quanto investir em cada setor, dentro dos limites dos valores disponíveis e das leis em vigor

O orçamento público é um elemento crucial para assegurar a concretização dos direitos sociais, e para isso há diversas formas de arrecadação que o Estado utiliza para implementar essas garantias.

Neste ponto, manifesta-se o dilema de ordem econômica, em que de um lado encontram-se as ilimitadas necessidades sociais, amparadas pelo Estado Social e Democrático de Direito, e de outro, os escassos recursos financeiros do Estado atrelados a uma gestão ineficiente, e, por essa razão, o pleno acesso à saúde não é efetivado.

De certo que o Estado, para efetivar os programas estatais estipulados como deveres para garantir direitos e políticas previstos constitucionalmente, emprega, prestações que necessitam de recursos orçamentários para serem concretizadas. Os recursos, todavia, são insuficientes para atender a todas as necessidades, fundamental, portanto, a priorização dessas

¹⁹ FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **O orçamento público brasileiro e a relação entre os poderes na gestão das finanças públicas com o surgimento das emendas parlamentares vinculantes**. 2017.



demandas.

Vale aqui ponderar sobre a questão da discricionariedade administrativa, cabendo à Administração Pública a escolha da prioridade dos investimentos, bem como a valoração do juízo discricionário da opção de quais direitos sociais realizar, como justificativa limitadora de sua atuação.

Além disso, é essencial o controle da atividade financeira do Estado, posto que o orçamento público não é apenas uma ferramenta de planejamento, mas direciona quais políticas devem ser priorizadas e quais devem ser adiadas, tendo, sobretudo, um caráter político.

Todavia, as inúmeras ações levadas ao Poder Judiciário pleiteando um serviço médico ou medicamento, acaba por gerar um impacto inesperado no orçamento público. Isto ocorre porque muitas vezes os juízes se limitam a uma interpretação do ordenamento jurídico sem considerar o planejamento orçamentário, conforme estipulado pela exigência legal da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em outras palavras, uma decisão judicial, ao compelir a administração pública, para fornecer medicamentos, faz uma despesa extraordinária, sem previsão, não contemplada no orçamento e com impacto em toda a atividade estatal. Assim, a alocação de recursos públicos determinada pelo Judiciário substitui a política pública, modificando toda a estrutura administrativa

Por este motivo, também é necessário refutar a alegação de que o Poder Judiciário está invadindo o campo de atuação reservado ao administrador por meio da discricionariedade administrativa.

Imperioso salientar que o Poder Judiciário é formado por juízes que não foram eleitos, ou seja, não têm qualquer tipo de representatividade democrática para administrar recursos financeiros públicos. Além disso, conforme disposição Constitucional, a responsabilidade pelo gerenciamento e execução do orçamento é dos Poderes Executivo e Legislativo.

Desse modo, a atuação do Judiciário ao exercer sua função precípua, no entanto, acaba desestabilizando a atividade administrativa e a estrutura das finanças públicas, além de causar alterações na execução das ações do Poder Executivo, que realiza atividades planejadas.

Neste sentido, se o Judiciário ordena que o poder público faça um investimento em saúde, isso pode ser visto como uma intrusão em uma área de competência exclusiva do administrador. No entanto, é importante entender que essa prerrogativa não permite ao administrador optar por permanecer em uma situação ilegal, ou seja, não cumprir a legislação vigente.

Por outro lado, ocorre que os juízes, por sua vez, podem não possuir o conhecimento

técnico necessária para decidir sobre a realocação de recursos, dessa forma, avaliar os efeitos de suas decisões sobre as outras políticas públicas e na sociedade.

Desse modo, é necessário que a decisão judicial esteja amparada pelos parâmetros definidos pelo legislador quando da colisão de direitos e princípios. Nesse sentido, preceitua Sarmento²⁰:

[...] é evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional [...]

Portanto, os recursos financeiros alocados à saúde devem atender tanto aos direitos individuais quanto coletivos, buscando garantir esses direitos de maneira justa. Nesse contexto, a atuação do Poder Judiciário na saúde pública é debatida na dicotomia entre garantir justiça no caso específico, concedendo medidas de urgência para assegurar direitos fundamentais, ou aderir ao princípio da legalidade e, assim, negar o direito ao mínimo necessário solicitado, em benefício da organização administrativa.

Conclui-se que, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a materialização do direito social à saúde; muito embora as decisões judiciais tenham o condão de desafiar a função dos elaboradores e executores das políticas públicas e de impactar no orçamento público. Razão pela qual que a questão orçamentária deve ser vista com ressalvas.

3. A TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL

Dado que o orçamento é limitado e que condiciona a atuação do Poder Público, por efeito da finitude da capacidade financeira do Estado, a ideia da reserva do possível estabelece que as prestações que o cidadão pode exigir do Estado estão condicionadas aos limites do razoável.²¹

É sabido que o Estado não dispõe de recursos suficientes para cumprir o princípio da universalidade de forma plena. Por isso, dentro dos limites da reserva do possível, é necessário

²⁰ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição, p.114, 2000.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.282/283, 2004.



equilibrá-lo com o princípio da seletividade, ficando a cargo do Poder Público definir parâmetros para a oferta de serviços de saúde.

A reserva do possível, como óbice, é posta, em especial, no concernente a ações positivas do Estado, como limitador à atuação do órgão estatal, consistindo na razoabilidade da pretensão do indivíduo frente à sua concretização. Esta é invocada quando a incapacidade do Estado, por meio de ações positivas, impede a plena realização de todos os direitos fundamentais sociais, sob o risco de causar sérios danos ao erário e, por consequência, à sociedade como um todo.

Isto é, tal limitação se dá em razão de haver restrições de ordem material e, especialmente, orçamentárias que impeçam este de agir. Destaca-se, inclusive, que esse é um argumento frequentemente adotado por aqueles que se posicionam contrariamente ao controle judicial de políticas públicas.

Ou seja, políticas públicas, que envolvem a alocação do orçamento público para objetivos específicos, enfrentam obstáculos na Reserva do Possível, devido às limitações financeiras do Estado.

Cumpra destacar que embora o princípio da reserva do possível não se sobreponha ao mínimo existencial, tal circunstância não implica que o princípio da reserva do orçamento deva ser ignorado. De tal modo, dizer “não” ao mínimo existencial, seria recusar o próprio direito à vida, que é a base de todos os outros direitos fundamentais.

Logo, a reserva do possível não pode ser utilizada pelo Estado como forma de se exonerar intencionalmente execução de suas obrigações estabelecidas constitucionalmente, de modo que somente poderá ser alegada quando for comprovada de forma objetiva a ausência de recursos financeiros para a concretização de um determinado propósito.

Importa salientar que prestações que assumem esse caráter constitucional, de cunho social, admitem implementação gradual, podem ser satisfeitas em vários níveis. Por isso, podem ser implementados paulatinamente, segundo as possibilidades de cada Estado.

Diante disso, considerando que tais políticas muitas vezes revelam a efetivação de garantias previstas na Constituição da República, como direitos fundamentais, a falta de recurso financeiro o uso dos recursos públicos para outro fim, não pode tornar “letra morta” a determinação constitucional, nem permite anular a vinculatividade dos preceitos consagradores de direitos fundamentais para o Poder Público (seja ele o Executivo, seja o Legislativo, seja mesmo o Judiciário).²²

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. “Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, p. 109. Coimbra, 2004.

De plano, ressalta-se que a alegação de insuficiência de fundos não pode ser genérica, devendo ser detalhadamente demonstrada pelo ente público. Isto é, o poder público deve comprovar os gastos com saúde, segundo determina a LC 141/2012, em seu art. 3º, e não o fazendo, o juiz poderá, ao desconsiderar a teoria da reserva do possível, estabelecer medidas que garantam a sua execução, sem que isso represente qualquer irregularidade ou violação da teoria da separação dos poderes.

Como já visto, o princípio do mínimo existencial, por sua vez, é tido como um direito fundamental e essencial, de modo que não necessita estar expresso na lei.

Sobre o mínimo existencial, Canotilho acentua que:

[...] as várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*) na ausência do qual o estado português deve se considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas [...]¹¹

Outrossim, no caso de ocorrer qualquer violação relacionada à efetivação, ao menos, do núcleo essencial de um determinado direito fundamental social, o Poder Judiciário deve ser chamado a intervir, uma vez que, devido ao caráter indispensável desses direitos, eles contam com proteção jurisdicional.

Nesse diapasão, também entende o Supremo Tribunal Federal, com base no paradigma substancialista, que o direito fundamental à saúde não pode ser mitigado frente a questões financeiras. Salienta-se que apesar de a limitação orçamentária ser uma realidade, quando se trata do Mínimo Existencial de um direito fundamental e não houver uma impossibilidade objetiva comprovada, a omissão administrativa não pode ser justificada pela Reserva do Possível.

O princípio da proporcionalidade, enquanto busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados, representa uma importante ferramenta de atuação do juiz. Sobre a proporcionalidade, como afirma Canotilho²³ visualizam-se três subprincípios constitutivos: a adequação, necessidade e proporcionalidade. O princípio da adequação de meios impõe que a medida seja adequada ao fim. O princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, impõe que a ideia de menor desvantagem possível ao cidadão. Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito importa na justa medida entre os meios e os fins.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. _____. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra Editora, 2004, p 43.



Ocorre que, apesar das decisões judiciais serem fundamentadas pelos referidos princípios, estes deságuam em um caso concreto que, muitas vezes, levará a uma escolha de priorizar a vida de um indivíduo, ou optar pela coletividade.

Nesse entendimento, Galdino ²⁴aduz que "direitos não nascem em árvores", e que a decisão, seja qual for, seja a melhor ou a mais justa ou a que atende ao maior número, sempre gerará um sacrifício de algum lado.

Contudo, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada em face da própria Constituição Federal, dada a importância fundamental do direito em questão, o administrador não tem outra alternativa senão garantir seu atendimento completo, uma vez que faz parte do chamado mínimo existencial.

Assim, ao juiz, é necessário realizar uma avaliação entre as capacidades do ente público e a urgência da demanda apresentada, sob o risco de, caso a situação seja conduzida de maneira inadequada, causar sério prejuízo à economia pública ou violar direitos constitucionalmente assegurados que protegem a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais inseridos na Constituição são compreendidos como normas programáticas, concebidos como direitos prestacionais, cabendo ao Poder Público certas obrigações. Diante disso, o Estado, através dos seus órgãos deve definir, executar e implantar, as denominadas "políticas públicas" objetivando a concretização dos direitos fundamentais. Tais políticas promovem a saúde, a educação, o trabalho, a assistência social e a previdência. Não cabe, portanto, a inércia do Estado quanto à concretização desses direitos.

No que concerne ao direito à saúde, inserido no Estado Democrático, este é tido como direito de todos e dever do Estado e vincula, não apenas os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mas também aos particulares, exigindo também a colaboração de toda a sociedade para sua plena realização.

Contudo, a situação atual evidencia que há uma grande lacuna nos investimentos na área da saúde. Com o intuito de elevar os gastos em saúde, foram promulgadas a EC/2000 e a LC 141/2012. Apesar da previsão constitucional, o governo ainda investe menos em saúde do que a legislação exige.

²⁴ GALDINO, Flavio. **Introdução a teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 159.

Por efeito da inércia ou da falta de recursos do Poder Público em garantir a efetividade desse direito fundamental, destaca-se, nos últimos anos, a situação dá espaço a alta judicialização do direito à saúde no Brasil. Tal fenômeno reflete o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível, na perquisição em garantir a dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que a atuação do Poder Judiciário está em conformidade com a Constituição e tem como objetivo apenas a implementação dos preceitos legais nela estabelecidos, sem intervir na esfera de outro Poder da República.

A cláusula da reserva do possível é frequentemente usada para justificar a falta de atendimento a direitos básicos dos cidadãos. Todavia, o direito à saúde, sendo um direito fundamental diretamente relacionado ao direito à vida, está sujeito à regra interpretativa que prevê sua aplicação imediata, devendo ser o mais eficaz possível, em conformidade com o princípio da máxima efetividade.

Restou comprovado que o princípio da reserva do possível não tem o condão de preponderar sobre o direito fundamental ao mínimo existencial uma vez que assim estaria negando o próprio direito à vida. Desse modo, a judicialização ocorre justamente neste contexto de ineficiência dos poderes.

O direito à saúde não pode ser tratado de maneira opcional pelo Estado, pois é um direito fundamental e, portanto, obrigatório. Portanto, ao poder estatal, não é admissível que crie qualquer obstáculo orçamento nesse ponto, uma vez que tem o dever de garantir a saúde e fornecer os recursos necessários para sua adequada implementação.

De igual modo, sob a justificativa da omissão ou ineficiência dos outros poderes fundamentado no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, que trata do princípio da inafastabilidade da jurisdição, muitas ações têm sido apresentadas ao Judiciário para contestar a aplicação e execução de políticas públicas.

O protagonismo do judiciário pode não resolver a carência de acesso da população a bens e serviços, mas é necessário reconhecer a possibilidade de reivindicação judicial, uma vez que, conforme a legislação, esses direitos têm aplicação imediata.

Assim, frente à necessidade de atuação do Poder Judiciário, que se origina de sua função essencial – resolver conflitos – para atender à exigência constitucional de prevenir lesões ou ameaças a direitos, não há o que se falar em uma violação da separação dos poderes. Este é um grande obstáculo ao reconhecimento da legitimidade do Judiciário para se manifestar sobre as decisões políticas do Estado. Por fim, intervenção judicial em questões de políticas públicas na área da saúde pode basear-se na violação das Emendas Constitucionais que estabelecem parâmetros para os investimentos públicos em saúde.



Logo, não há o que se falar em invasão do Judiciário na seara administrativa nesses casos, mas apenas controle judicial acerca de descumprimento de preceitos legais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo. Ed Malheiros, 2006.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Juruá: São Paulo, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para construção teórica e pratica da jurisdição constitucional no Brasil**. Editora Fórum, 2012.

Brasil. Lei Complementar n. 101/2000 (LRF). Estabelece normas de finanças publicas voltadas para a responsabilidade fiscal e dá outras providencias. Diário Oficial da União, Brasília, 04 de maio de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acesso em 28 de outubro de 2024.

BRASIL, Planalto do Governo. Lei Complementar n.141/12. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm. Acesso: 21 out. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Neoconstitucionalismo, Estado Constitucional e a Constitucionalização do Direito**, 2015.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. **O orçamento público brasileiro e a relação entre os poderes na gestão das finanças públicas com o surgimento das emendas parlamentares vinculantes**. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O Judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência**. Revista USP, n. 21, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “**Constituição e défice procedimental**” in *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “**Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais**”. Coimbra, 2004.

GALDINO, Flavio. **Introdução a teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em**

árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEDUR, José Felipe. **Os direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIMA, George Marmelstein. **Crítica à teoria de gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais.** Caxias do Sul: Plenum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição.** São Paulo: Lumens Jurisprudência, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada.** Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, n. 14, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Jose Afonso da. **Comentário Contextual a Constituição.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio. **As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.** Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação.** Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, v.5, 2008.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF.** Revista Direito GV, São Paulo. jul./dez. 2009.



ABUSO DE PODER RELIGIOSO NO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL

André Costa Barreto

Pós-Graduado em Direito Político e Eleitoral pela Faculdade Centro Educacional Renato Saraiva (CERS). Graduado em Direito pela Universidade Candido Mendes, Niterói, RJ. Servidor Público do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro (TRE-RJ).

Resumo – no Processo Político-Eleitoral, a existência do Abuso de Poder vem ganhando proporções cada vez mais intensas, especialmente o que ocorre em algumas entidades religiosas pela ação indevida de alguns de seus líderes, induzindo os fiéis a participar da campanha de candidatos indicados, inclusive com recursos financeiros, o que poderia ser caracterizado como dilapidação do patrimônio em razão da fé e da boa-fé. Chamado de “Abuso de Poder Religioso” pela doutrina, ainda não está tipificado no ordenamento jurídico brasileiro, dificultando a punição daqueles que o praticam. Desse modo, é premente o debate do tema pelos legisladores federais, para a consecução da sua tipificação como ilícito eleitoral, de modo a possibilitar a punição daqueles que agem apenas ao encontro dos seus interesses e de encontro aos da população em geral, maculando a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral.

Palavras-chave – Direito Eleitoral. Abuso de Poder Não Tipificado. Abuso de Poder Religioso no Processo Político-Eleitoral.

Sumário – Introdução. 1. Certos líderes religiosos e determinados fiéis. 2. A dilapidação do patrimônio em razão da fé e da boa-fé. 3. Premência de uma legislação tipificadora do Abuso do Poder Religioso no Processo Político-Eleitoral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa o Abuso de Poder Religioso no Processo Político-Eleitoral, uma vez que ele ainda não está tipificado na legislação eleitoral brasileira, o que pode causar prejuízos significativos aos valores básicos do Direito Eleitoral, tais como: a liberdade do voto, a igualdade entre os candidatos, a legitimidade do pleito.

A prática do abuso do poder religioso está, cada vez mais, presente no processo político-eleitoral, seja, fundamentalmente, na exploração da fé dos eleitores, que vai no sentido de conspurcar-lhes a liberdade do voto, seja na exploração econômica excessiva deles, que vai, na verdade, ao encontro dos interesses de determinados religiosos e de encontro aos desses fiéis.

Muitos eleitores vêm sendo influenciados, de maneira muito excessiva, por determinados líderes religiosos, notadamente em certas igrejas que têm assumido uma atuação não só política, mas também partidária, com a indicação dos candidatos nos quais os fiéis

devem votar, com o pretexto de que somente eles atuarão para a manutenção e o crescimento da religião que entendem ser a salvação de todos.

Também é notória a exploração econômica dos fiéis no processo político-eleitoral, especialmente no período das eleições. Isso se dá na medida em que tais líderes solicitam contribuição financeira desses religiosos para a campanha política dos candidatos que supostamente são os “indicados por Deus” para defender as causas de determinada religião ou de uma igreja específica.

Assim sendo, fica evidente a existência desse tipo de abuso no processo político-eleitoral pela manipulação ideológica e pela exploração dos fiéis desprovidos da capacidade de análise crítica. Nesse sentido, urge que tal prática indevida seja positivada o quanto antes, com a tipificação dessa espécie de abuso no ordenamento jurídico eleitoral.

O primeiro capítulo esclarece como a ação perniciosa de alguns líderes religiosos contra uma parte dos fiéis vem causando prejuízos significativos, seja do ponto de vista material, seja do ponto de vista emocional, tornando tais fiéis vítimas vulneráveis de sua boa-fé.

Nesse sentido, o capítulo seguinte mostra como muitos fiéis podem ser levados a dilapidar o seu patrimônio em razão da fé e da sua boa-fé, constituindo-se, outrossim, no conceito de exploração da vulnerabilidade da pessoa humana.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a premência do debate acerca da necessidade de uma legislação tipificadora do Abuso do Poder Religioso, tendo como referência a ênfase dos preceitos constitucionais protetivos da pessoa humana.

Observando-se a essência da Carta Magna, que enfatiza a importância da obediência aos preceitos protetivos da pessoa humana, torna-se mister que seja debatida a necessidade de uma legislação eleitoral que tipifique os ilícitos relacionados a essa forma de abuso, que, até os dias de hoje, ainda não foi positivada no ordenamento jurídico nacional.

Assim, este Trabalho segue uma metodologia, que se faz também explicativa, buscando analisar os fatores que tornam tão imprescindível a aprovação de norma que preveja a responsabilização pela prática de ilícitos eleitorais que vão de encontro à probidade administrativa, à moralidade para o exercício do mandato e, principalmente, à normalidade e legitimidade do processo eleitoral.



1. CERTOS LÍDERES RELIGIOSOS E DETERMINADOS FIÉIS

No processo eleitoral, é imprescindível que os postulantes à obtenção de mandato político observem os preceitos constitucionais relacionados aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, entre os quais se destacam a liberdade de voto do eleitor, que tem como características básicas ser direto, secreto, universal e periódico; a isonomia entre os candidatos, que pressupõe, ao participar desse processo, os mesmos direitos e deveres.

Assim sendo, aqueles que intencionam disputar os pleitos eleitorais devem ter em mente esses e outros preceitos constitucionais e, principalmente, que a sua conduta tem de guardar total harmonia com a liberdade de voto do eleitor e com a necessária isonomia entre os participantes postulantes a cargo de agente público político em exercício de função pública, uma vez que a CRFB/88, em seu Art. 1º, Parágrafo único, dispõe que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.¹

Nesse sentido, segue o entendimento do Ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), e, à época, também Ministro do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.592/DF, ao destacar o direito de voto do eleitor e também a referida isonomia entre os candidatos, “Nos termos da Constituição, a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (art. 14, *caput*)”.²

No mesmo sentido, a lição do Ex-Ministro Joaquim Barbosa, no Egrégio Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no julgamento do AgRg no REspe 29.662, para quem, o direito de liberdade se manifesta sob diversas faces e prismas e uma delas é a liberdade de manifestação

¹ BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2024.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.592/DF**.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Captação de sufrágio. 2. As sanções de cassação do registro ou do diploma previstas pelo art. 41-A da Lei nº 9.504/97 não constituem novas hipóteses de inelegibilidade. 3. A captação ilícita de sufrágio é apurada por meio de representação processada de acordo com o art. 22, incisos I a XIII, da Lei Complementar nº 64/90, que não se confunde com a ação de investigação judicial eleitoral, nem com a ação de impugnação de mandato eletivo, pois não implica a declaração de inelegibilidade, mas apenas a cassação do registro ou do diploma. 4. A representação para apurar a conduta prevista no art. 41-A da Lei nº 9.504/97 tem o objetivo de resguardar um bem jurídico específico: a vontade do eleitor. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 26 de outubro de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92806/false>. Acesso em: 18 ago. 2024.

de ideias, de pensamento e de expressão, decorrendo daí o direito de cada uma votar livre de influências econômicas, políticas, morais ou de qualquer tipo (art. 14, §9º, CRFB/1988).³

Ainda seguindo o entendimento do Ministro Gilmar Mendes do Egrégio STF e, à época, do Egrégio TSE, na ADI 3.592/DF, ao explicitar em que consiste e de que forma o direito de voto deve ser observado:

Nos termos da Constituição, [...]. Embora não esteja explícito nessa norma constitucional, é evidente que esse voto tem uma outra qualificação: ele há de ser livre. Somente a ideia de liberdade explica a ênfase que se conferiu ao caráter secreto do voto. O voto direto impõe que o voto dado pelo eleitor seja conferido a determinado candidato ou a determinado partido [...].⁴

O Ex-Ministro Joaquim Barbosa, no Egrégio TSE, ainda no julgamento do AgRg no REspe 29.662, destaca a importância do direito ao voto do cidadão, “Para a incolumidade da democracia é essencial que o voto seja secreto, e, nada obstante o dever (obrigatoriedade) de comparecer às urnas, esta escolha deve ser absolutamente livre. Não sendo livre, não há democracia”.⁵

O eminente Ministro Gilmar Mendes, também no referido entendimento em seu julgamento da ADI 3.592/DF, enfatiza a necessidade de isonomia entre os candidatos, que pressupõe a não interferência indevida alheia ao processo eleitoral:

Nos termos da Constituição [...]. O voto direto impõe que o voto dado pelo eleitor seja conferido a determinado candidato ou a determinado partido, sem que haja uma mediação por uma instância intermediária ou por um colégio eleitoral. [...] A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos [...]. Assim, a preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático.⁶

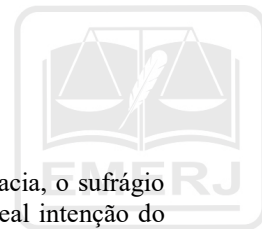
Finalmente, no mesmo referido julgamento do AgRg no REspe 29.662, o Ex-Ministro Joaquim Barbosa, arremata o seu entendimento que relaciona direito de liberdade do voto e a importância da isonomia entre os candidatos à própria existência do Estado Democrático de Direito:

³ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Tribunal Superior Eleitoral. AgRg-REspe nº 29.662 *apud* KUFA, Amilton Augusto. O Controle do Poder Religioso no processo eleitoral, à luz dos princípios constitucionais vigentes, como garantia do Estado Democrático de Direito. **Revista Ballout**, Rio de Janeiro, v.2. n.1, p. 113-135, jan. a abr. de 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2714>. Acesso em: 17 ago. 2024.

⁴ BRASIL, ref.2, p. 4.

⁵ GOMES, ref. 3, p.4.

⁶ BRASIL, ref.2, p. 4.



Por ser uma base fundamental, um alicerce da existência da democracia, o sufrágio popular, deve ser exercido livremente, para que a escolha reflita a real intenção do eleitor, com absoluto respeito à sua liberdade, sua dignidade e os direitos políticos mantidos constitucionalmente.⁷

Conforme ensina Rodrigo López Zilio, o ilícito eleitoral – concebido como a inobservância das regras insculpidas pelo legislador na esfera especializada – subdivide-se em um aspecto criminal e não-criminal. Considerado apenas o espectro não-criminal, são espécies de ilícito eleitoral (*lato. sensu*) previstas no ordenamento jurídico: o abuso, a corrupção, a fraude, a coação e a falsidade.⁸

Esse Promotor de Justiça destaca o caráter multifacetário presente no termo “abuso”, permeando-se nas mais variadas camadas da sociedade, seja no ramo público ou privado. É pela necessidade de contenção dos ilícitos e pela ineficiência do sistema preventivo na esfera especializada que o domínio das ações cíveis eleitorais se revela fundamental. Subdivide em abuso de poder econômico, de autoridade, político e o uso indevido dos meios de comunicação social, caracterizando-se pela inobservância das regras de legalidade. O abuso ocorre tanto pela inadequação do ato praticado com o princípio da legalidade quanto no exercício do ato em desconformidade com o previsto pela norma.⁹

Relativamente ao conceito de corrupção, Zilio a relaciona ao oferecimento ou promessa de qualquer vantagem para prática de ato vedado por lei (concepção genérica), inclusive pedido de voto ou abstenção (concepção restrita).¹⁰

A fraude, destaca ele, consiste no ato voluntário que induz outrem em erro, mediante a utilização de artifício ardil e pressupõe, na esfera eleitoral, o prejuízo ou benefício à candidato, partido ou coligação.¹¹

Esse mestre ressalta que a coação abraça tanto a violência que elimina a vontade de outrem (*vis. absoluta*) como a violência de cunho moral que vicia a manifestação da vontade (*vis compulsiva*).¹²

Por fim, a falsidade, na ótica de Zilio, importa na alteração material da verdade.¹³

Cabe frisar que todos esses ilícitos elencados possuem uma previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, seja no Código Eleitoral (v.g., art. 222), na Lei das

⁷ GOMES, ref. 3, p.4.

⁸ ZILIO, Rodrigo López. **Manual de Direito Eleitoral**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2024.

⁹ *Ibid.*, p. 665.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, p. 6.

¹³ *Ibid.*

Inelegibilidades (art. 22), na Lei das Eleições (v.g., art. 41-A) e, até mesmo, na Constituição Federal (art. 14, §10).¹⁴

Infelizmente, tanto a liberdade de voto do cidadão quanto a necessária isonomia entre os candidatos não vêm sendo respeitadas por uma parte significativa da sociedade brasileira, notadamente por determinados grupos sociais, entre os quais se podem destacar alguns segmentos empresariais, diversos influenciadores digitais e certos grupos religiosos.

Para o presente Trabalho, interessa a abordagem dos grupos religiosos, que, muitas vezes, deixam de exercer a sua função pastoral, para atuar intensamente, de uma forma geral, como agentes políticos e, especificamente, como agentes partidários, no processo eleitoral.

Tal atuação se dá na prática de ilícitos eleitorais ainda não tipificados que acabam tendo influência decisiva na escolha de candidatos, na indicação desses aos fiéis e, conseqüentemente, não raro, na eleição dos escolhidos e indicados como sendo aqueles únicos nos quais tais fiéis têm de confiar.

Entre os referidos ilícitos eleitorais previstos na CRFB/1988 e na legislação eleitoral, estão estes: os de tipo aberto, como abuso de poder econômico, abuso de poder político e abuso de poder de autoridade; e os de tipo fechado, como representação por arrecadação e gastos de recursos, captação ilícita de sufrágio, corrupção, fraude, coação e falsidade.

Rodrigo López Zilio, ao referir-se aos ilícitos eleitorais não tipificados, entre os quais menciona, nessa obra, o abuso de poder religioso e o abuso de poder indígena, ressalta a dificuldade de a justiça eleitoral julgar causas relacionadas a tais ilícitos (RO 265308/RO - j. 07.03.2017 - DJe 05.04.2017). Entretanto, em julgamentos mais recentes, o próprio Egrégio Tribunal reconheceu a necessidade de se rediscutir essa tese que restringe o reconhecimento do abuso de poder religioso como uma forma autônoma de ilícito eleitoral, mesmo que não tenha avançado efetivamente para um novo posicionamento (RO 537003/MG - j. 21.08.2018 - DJe 27.09.2018).¹⁵ Enquanto isso não ocorre, o Tribunal vem julgando situações relacionadas a esses e a outros abusos ainda não tipificados, utilizando-se dos tipos já previstos na legislação eleitoral vigente.

Concretamente, a prática perniciosa de muitos líderes religiosos no processo eleitoral vem sendo observada de diversas formas: criação de células dentro da entidade religiosa com o intuito de arregimentar os discípulos como cabos eleitorais; pedidos de votos na porta das

¹⁴ ZILIO, ref. 8, p.6.

¹⁵ *Ibid.*



igrejas e até mesmo apelos mais enfáticos vindos do altar, durante os cultos de celebração, como destaca Amilton Augusto Kufa, inspirado em Mirla Regina da Silva Cutrim.¹⁶

2. A DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO EM RAZÃO DA FÉ E DA BOA-FÉ

Neste momento, urge observar-se, em se tratando de ilícitos eleitorais, de que forma ocorre a dilapidação do patrimônio de muitos religiosos em razão da fé e, principalmente, da sua boa-fé.

Primeiramente, cabe destacar que o processo eleitoral se insere no processo político e que este constitui a base de uma sociedade democrática, que é aquela em que os direitos e garantias constitucionais têm de ser preservados por e para todos.

Nunca é demais lembrar que, nesse processo, dois aspectos são imprescindíveis: o livre direito ao voto e a isonomia entre os participantes desse processo.

O voto tem de guardar estas características básicas: ser direto, secreto, universal e periódico; e a isonomia pressupõe a observância dos mesmos direitos e deveres pelos candidatos ao exercício de função pública por meio de mandato obtido em votação direta dos eleitores, pois, conforme já ressaltado, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, como se constata no Parágrafo único, do Art. 1º da CRFB/88.¹⁷

Observando-se a Carta Magna do Brasil e a legislação eleitoral vigentes, a divisão dos ilícitos cíveis pode ser assim feita: os de tipo aberto, como abuso de poder econômico (CRFB/88, Art. 14, §§ 9º e 10 e Lei Complementar nº 64/90, Art. 22), abuso de poder político ou abuso de poder de autoridade (CRFB/88, Art. 14, § 9º e Lei Complementar nº 64/90, Art. 22);¹⁸ uso indevido dos meios de comunicação social (Lei Complementar nº 64/90, Art. 22);¹⁹ e os de tipo fechado, como corrupção; fraude; representação por arrecadação e gastos ilícitos

¹⁶ CUTRIM, Mirla Regina da Silva. Abuso do poder religioso: uma nova figura no direito eleitoral? *apud* KUFA, Amilton Augusto. O controle do Poder Religioso no processo eleitoral, como garantia do Estado Democrático de Direito. **Revista Justiça Eleitoral em Debate** – Rio de Janeiro, v. 6. n. 1, p.21-24, jan. a mar. 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8352>. Acesso em: 17 ago. 2024.

¹⁷ BRASIL, ref. 1, p. 4.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, §9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm?origin=instituicao. Acesso em: 18 ago. 2024.

de recursos; representação por captação ilícita de sufrágio, representação por condutas vedadas, coação e falsidade.²⁰

O ilícito eleitoral normalmente é aquele que consiste na inobservância das regras insculpidas pelo legislador na esfera especializada, subdividindo-se em criminal e não-criminal, e este engloba espécies de ilícito eleitoral previstas no ordenamento jurídico: o abuso, a corrupção, a fraude, a coação e a falsidade.

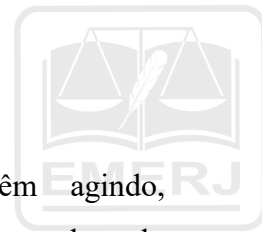
Reiterando-se, muito sucintamente, a explicação desses tipos de ilícitos, tem-se o seguinte: O abuso tem um caráter multifacetário, permeando-se nas mais variadas camadas da sociedade, seja no ramo público ou privado; a corrupção pressupõe o oferecimento ou promessa de qualquer vantagem para prática de ato vedado por lei (concepção genérica), inclusive pedido de voto ou abstenção (concepção restrita); a fraude consiste no ato voluntário que induz outrem em erro, mediante a utilização de artifício ardil e pressupõe, na esfera eleitoral, o prejuízo ou benefício à candidato, partido ou coligação; a coação abraça tanto a violência que elimina a vontade de outrem (*vis. absoluta*) como a violência de cunho moral que vicia a manifestação da vontade (*vis. compulsiva*); e, por fim, a falsidade importa na alteração material da verdade.

Alguns desses ilícitos estão previstos no Código Eleitoral, na Lei das Inelegibilidades, na Lei das Eleições e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ocorre que, até o momento, não se verifica, no ordenamento jurídico brasileiro, uma positivação para a interferência indevida que muitos religiosos adotam no processo eleitoral, na escolha, indicação e praticamente imposição de voto em determinados candidatos pelos fiéis de uma determinada religião ou de uma igreja específica.

De forma muito concreta, há muitos relatos de religiosos que são explorados na sua fé e, principalmente, na sua boa-fé, ao serem levados a fazer campanha para determinados candidatos escolhidos pelos líderes religiosos e até mesmo são “convencidos” a doar recursos e bens para a agremiação a fim de reforçar tal campanha, num processo evidente de dilapidação do patrimônio daqueles que acreditam, que creem fielmente, que absorvem de forma absoluta e praticamente “cega” tudo o que os seus líderes falam e impõem, por considerá-los “enviados de Deus”, “representantes do divino na Terra”.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 18 ago. 2024.



Conforme já destacado, esses pretensos líderes religiosos vêm agindo, perniciosamente, no processo eleitoral, de diversas formas, destacadamente adotando procedimentos que resultam na dilapidação do patrimônio de muitas pessoas, notadamente dos religiosos, que são conduzidos para participarem da criação de células dentro do seio da entidade religiosa com o intuito de arregimentar os discípulos como cabos eleitorais; também para pedirem votos na porta das igrejas e até mesmo apelos mais enfáticos e impositivos vindos do altar, durante os cultos de celebração, tudo amparado na crença e, de forma frequente, são impelidos a doar dinheiro e bens às igrejas, como forma de acumular recursos para, em princípio, serem utilizados nas campanhas eleitorais.

Isso constitui o que se pode chamar de “Abuso do Poder Religioso”, que foi abordado pela magistrada Mirla Regina da Silva Cutrim: “Quando o assunto é abuso do poder, [...], temos um cenário novo para discutir: o abuso do poder religioso e o assédio moral aos fiéis, que tem agitado a reflexão da sociedade sobre a necessidade de revisão da legislação eleitoral vigente [...]”.²¹

A magistrada destaca a importância do tema Abuso do Poder Religioso, especialmente no período eleitoral: “[...] E é no período eleitoral que o poder mostra sua pior face. Raramente usado como virtude, transforma-se em paixão violenta [...] onde vale tudo [...]. Já são conhecidas algumas formas de abuso de poder [...]. Mas o poder religioso é novidade das mais recentes eleições. [...]”.²²

Elenca a magistrada algumas das condutas indevidas que ocorrem, com frequência, mormente no período próximo à realização das eleições, destacando aquelas relacionadas à escolha do número do registro do número de candidatos com vinculação a números bíblicos e as solicitações de voto na porta de igrejas.

Reconhece ela o poder positivo de transformar pessoas seja do ponto de vista espiritual seja do ponto de vista social que a religião pode assumir, até mesmo na orientação dos fiéis para a participação mais ativa na sociedade, o que inclui o processo político-eleitoral.

De forma magistral e incontestável, Mirla Cutrim, sem desconhecer a importância do espaço religioso do ponto de vista social, emocional e até físico para as pessoas em geral, especialmente para os religiosos praticantes de uma determinada fé, ela ressalta que isso não pode e não deve ser utilizado como forma de poder e dominação espúria, visando a beneficiar grupos políticos e interesses pessoais.

²¹ CUTRIM, Mirla Regina da Silva. **Abuso do poder religioso: uma nova figura no direito eleitoral?** ASMAG, 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/abuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral/2388379>. Acesso em 17 ago. 2024.

²² *Ibid.*, p. 10.



Por fim, ressalta o caminho a se percorrer para cumprir a necessidade e a importância de tipificação do abuso do poder religioso como ilícito eleitoral: “[...] ainda há um longo caminho para que se possa alcançar um equilíbrio entre esse rigor e a flexibilidade das leis eleitorais [...]. Mas por enquanto, o que se precisa mesmo, é ação rigorosa contra a corrupção, o abuso e o assédio moral [...]”.²³

Esse tipo de prática que, certamente, pode ser enquadrada como um ilícito, infelizmente ainda não está presente no ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos, não até o momento, como ilícito eleitoral tipificado, o que dificulta sobremaneira, a punição desses infratores, que, muitas vezes, conseguem escapar do braço da lei, em função da ausência de uma positivação específica acerca do tema.

3. PREMÊNCIA DE UMA LEGISLAÇÃO TIPIFICADORA DO ABUSO DO PODER RELIGIOSO NO PROCESSO POLÍTICO-ELEITORAL

Cabe assinalar que, cada vez mais, cresce o debate acerca da possibilidade e da premência de a Justiça Eleitoral reconhecer a figura dos denominados abusos de poder ainda não tipificados. Destaque-se que atos abusivos são aqueles que não têm uma nomenclatura previamente definida pelo legislador, mesmo na forma de conceito jurídico indeterminado, mas que apresentam um potencial de interferir na legitimidade do processo eleitoral.

Nesse sentido, a Justiça Eleitoral, em função de reiteradas situações fáticas observadas nas campanhas eleitorais, notadamente nas mais recentes, tem avançado na direção de reconhecer a influência de atos ilícitos que ostentam o potencial de interferência na legitimidade e normalidade do processo eleitoral.

Inicialmente, como destaca o autor Frederico Franco Alvim, não se reconhecia a possibilidade de condenação em tal situação, conforme se verifica no precedente relativo à Ação Cautelar 1342-23/AL, relatada pela Ex-Ministra Luciana Lóssio, na qual se decidiu pela impossibilidade de condenações por Abuso Religioso, em razão da falta de previsão no ordenamento jurídico brasileiro.²⁴

²³ CUTRIM, ref. 21, p. 10.

²⁴ ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024, p. 356.



Posteriormente, o Recurso Ordinário 265.308/RO, da relatoria do Ex-Ministro Henrique Neves da Silva, marca o início de uma mudança de paradigma no entendimento do TSE.²⁵

Esse Ex-Ministro, *a. priori*, no referido Recurso, julgado em 07/03/2017, recusou a figura do abuso do poder religioso como forma autônoma de ilícito eleitoral, entretanto o TSE firmou o entendimento de que determinadas práticas, com base na exploração da fé das pessoas e até da boa-fé delas, podem configurar-se como uso indevido dos meios de comunicação social, quando divulgadas massivamente, ou ainda podem se convolar como abuso de poder econômico, configurando-se como ilícito eleitoral previsto na legislação.

Na linha do entendimento do mencionado Recurso, Frederico Franco Alvim ressalta, magistralmente, que “o poder religioso atuará como uma concausa, em conjunto com outros elementos de poder, autorizando o manejo de ação de investigação judicial eleitoral [...]”.²⁶

Nesse Recurso, o assunto é destacado principalmente nestes itens:

No item 3, “A liberdade religiosa não constitui direito absoluto. Não há direito absoluto. A liberdade de pregar a religião, essencialmente relacionada com a manifestação da fé e da crença, não pode ser invocada como escudo para a prática de atos vedados pela legislação”.²⁷

E, por fim, fica flagrante a percepção e a constatação da urgência de se avançar no sentido da identificação da melhor forma de punição do abuso em destaque, considerando-se a legislação vigente, conforme se observa no item 11 do referido Recurso Ordinário: “Ainda que não haja expressa previsão legal sobre o abuso do poder religioso, a prática de atos de propaganda em prol de candidatos por entidade religiosa, inclusive os realizados de forma dissimulada, pode caracterizar a hipótese de abuso do poder econômico [...]”.²⁸

No Recurso Ordinário 577003/MG, julgado pelo TSE em 21/08/2018, com relatoria da Ex-Ministra Rosa Weber, foi proposta a rediscussão do tema “abuso do poder religioso”, com grande possibilidade de mudança jurisprudencial no entendimento até então vigente.

[...] O atual debate sobre os limites da interferência de movimentos religiosos no âmbito do eleitorado, com a possível quebra de legitimidade do pleito, é desafiador
[...] A utilização do discurso religioso como elemento propulsor de candidaturas

²⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 265308/RO**. Eleições 2010. Recursos Ordinários. Recurso Especial. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Abuso de Poder Econômico. Uso indevido dos meios de comunicação social e abuso de poder político ou de autoridade. Não configuração. Relator, Min. Henrique Neves da Silva. 07 mar. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/446377591>. Acesso em: 21 set. 2024. .

²⁶ ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024..

²⁷ BRASIL, ref. 25, p. 12.

²⁸ *Ibid.*

infundindo a orientação política adotada por líderes religiosos [...] a tutelar a escolha política dos fiéis [...].
[...] Diante desse cenário é que se torna imperioso perscrutar em que extensão cidadãos são compelidos a apoiar determinadas candidaturas a partir da estipulação de líderes religiosos [...]²⁹

A Ex-Ministra Rosa Weber, nesse Recurso, sinaliza a possibilidade de mudança no tratamento do abuso do poder religioso, mas destaca que o tema, que suscita pungente discussão, tem de continuar sendo debatido, até que haja consenso suficiente para a formulação de uma legislação tipificadora a respeito.

O assunto Abuso do Poder Religioso voltou a ser debatido em razão da acusação feita pelo Ministério Público Eleitoral (MPE) contra a Senhora Valdirene Tavares dos Santos, eleita Vereadora em 2016, no Município de Luziânia (GO), e também contra o pai dela. Tal acusação tinha como base o fato de a então candidata ter-se utilizado de um evento ocorrido em reunião com pastores de outras filiais convocadas pelo seu pai, Sebastião Tavares, para pedir votos aos fiéis.

O juiz eleitoral decidiu condenar pai e filha, mas, em recurso ao Tribunal Regional Eleitoral de Goiás (TER/GO), houve a decisão de absolvição do pai e manutenção da punição da Vereadora. A Corte Regional, acatando a acusação proposta pelo MPE de que a candidata teria usado sua autoridade religiosa para influenciar os ouvintes, interferindo no direito constitucional da liberdade do voto, considerou ilícito eleitoral o discurso de cerca de três minutos feito por ela para jovens em local religioso.

Em recurso endereçado ao TSE (RespEI 8.285, julgado em 18.08.2020), o relator, Ministro Edson Fachin, defendeu a tese favorável à manutenção da cassação com base no entendimento de ocorrência do referido Abuso, mas o Plenário, por maioria, decidiu acatar o Recurso, revertendo a cassação, por ausência de provas robustas que justificassem aquela decisão.³⁰

²⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 5370-03.2014.6.13.0000**. Eleições 2014. Recurso Ordinário. AIJE E AIM julgadas conjuntamente. Abuso do Poder Econômico. Utilização de grandioso evento religioso em benefício de candidaturas às vésperas do pleito. Pedido expresso de votos. Procedência no TRE/MG. Desprovisionamento. Relatora, Min. Rosa Weber. 21 ago. 2018. Disponível em: https://apps.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/jurisprudencia/clipping/2018/36_18/09.pdf. Acesso em: 21 set. 2024.

³⁰ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **REspEI 8285/GO**. Eleições 2016. Recurso Especial. Vereadora. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Reunião realizada nas dependências de uma igreja. Pedido de apoio político. Cabimento de AIJE em face de abuso de poder de autoridade religiosa, independentemente da presença de abuso de poder político ou econômico. Enquadramento da autoridade religiosa dentro do conceito geral de autoridade previsto no art. 22, caput, da Lei Complementar nº 64 de 1990. Impossibilidade. Proposta de fixação de tese rejeitada. Recurso Especial provido. Agravo Interno Prejudicado. Relator, Min. Edson Fachin. 18 ago. 2020. Disponível em: <https://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/inelegibilidades-e-condicoes-de-elegibilidade/parte-i-inelegibilidades-e-condicoes-de-elegibilidade/abuso-de-poder-e-uso-indevido-de-meios-de-comunicacao-social/caracterizacao/abuso-do-poder-de-autoridade>. Acesso em: 21 set. 2024.



Ainda, na direção do entendimento consagrado pelo Plenário do TSE no REspEI 8.285, foi publicado o Enunciado nº 42 da Escola Judiciária Eleitoral do TSE (EJE/TSE), que prescreve, com base nos arts. 19 e 22, *caput*, da Lei Complementar nº 64/1990 e no art. 14, §10, da Constituição Federal, a necessidade de que a sanção por prática de abuso de poder só poderá ser aplicada caso esteja claramente enquadrada nesses diplomas jurídicos.³¹

Também, no mesmo sentido, o TSE reiterou tal entendimento em Resolução TSE 23.735/2024, que, em seu art. 6º, *caput*, prevê a necessidade de indicação legal da modalidade específica de infração para a devida apuração de abuso de poder, sendo vedada a definição jurisprudencial de outras formas de ilícitos.³²

Amilton Kufa, citado na obra de Frederico Franco Alvim, sustenta, com acerto, que:

O sentido da norma constitucional não é sancionar este ou aquele abuso, deixando brechas para que outros desvirtuamentos sejam praticados, mas, sim, como expressa o próprio texto do §9º do art. 14, “proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato [...] a normalidade e legitimidade das eleições”, o que, por si só, é suficiente a ensejar que outras condutas abusivas, que não o abuso de poder econômico e o abuso do poder de autoridade, sejam devidamente reprimidas, mesmo que ausente legislação complementar trazendo o instituto de forma expressa.³³

É fato que ainda que não há a positivação da tipificação de determinados abuso de poder, como figuras autônomas, como é o caso do abuso do poder religioso, abuso do poder indígena, abuso do poder patronal, abuso do poder midiático e logarítmico.

Considerando-se que determinadas circunstâncias fáticas podem configurar outros ilícitos expressamente já previstos na legislação eleitoral como, por exemplo, abuso do poder econômico, coação, fraude, corrupção e uso indevido dos meios de comunicação social, tais abusos de poder ainda não tipificados podem ser enquadrados por simetria.

Desse modo, é permitido ao magistrado concluir que determinados atos praticados por um líder religioso sejam enquadrados em figuras previamente descritas no ordenamento

³¹ BRASIL. Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. **Enunciado nº 42, da I Jornada de Direito Eleitoral**. Constante da Portaria nº 348, de 28 de maio de 2021, publicada no Diário da Justiça Eleitoral (DJE/TSE), nº 100, de 2 de junho de 2021, p. 375-381. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2021/portaria-no-348-de-28-de-maio-de-2021>. Acesso em: 21 set. 2024.

³² BRASIL. **Resolução nº 23.735, de 27 de fevereiro de 2024**. Dispõe sobre os ilícitos eleitorais. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2024/resolucao-no-23-735-de-27-de-fevereiro-de-2024>. Acesso em: 21 set. 2024.

³³ KUFA, Amilton Augusto. O abuso do poder religioso no processo eleitoral brasileiro. In: FUX, Luiz; PELEJA JÚNIOR, Antônio Velosos; Alvim, Frederico Franco; SESCONETTO, Julianna Sant’Ana. **Direito Eleitoral: temas relevantes**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 347 *apud* ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024, pág. 318.

jurídico, como, por exemplo, no caso de emprego excessivo de recursos financeiros, é possível reconhecer o abuso de poder econômico; se apresenta aptidão de induzir em erro o eleitor, mediante qualquer artifício ou artil, é caso de fraude.

Fica evidente que o TSE, adotando uma linha intelectual de que denominadas ações cassatórias somente devem ser admitidas se lastreadas em causas de pedir que tenham previsão normativa expressa, acolhe uma ideia de proteção do princípio da legalidade para fins de imposição dessa gravosa restrição, que, conforme os fatos demonstram, têm tornado possível a não punição de certos líderes religiosos, fundamentando-se na ausência de legislação específica acerca do assunto. O exercício indevido do assédio eleitoral, por meio de uma forte persuasão, que culmina em uma interferência na livre autodeterminação do eleitor, não raramente tem possibilitado a ocorrência de impunidade desses “líderes”.

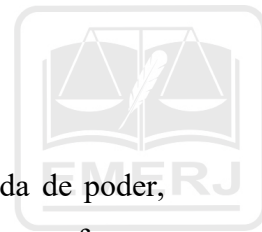
CONCLUSÃO

Diante do exposto, o assunto Abuso de Poder vem suscitando, indubitavelmente, muita discussão e debate notadamente no meio acadêmico. Em função de situações fáticas, em que se constata formas específicas de abuso de poder, cresce o debate acerca da necessidade de positivação de certas modalidades de abuso de poder ainda não tipificadas.

Entre os autores que vêm propondo discutir-se o assunto e os temas a eles relacionados, está o eminente Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, Rodrigo López Zilio, que enfatiza a ocorrência de práticas no meio religioso que justificaria a premência de uma legislação específica que dê conta das irregularidades observadas na prática de um número considerável de líderes religiosos.

Ficou irrefutável que o direito eleitoral tem assumido grande importância na realidade comunitária em todas as suas manifestações, tornando imperioso o reconhecimento das “Novas Formas de Abuso de Poder”.

O Processo Eleitoral Brasileiro demanda uma análise fática, uma vez que, cada vez mais, constata-se, aqui, práticas não observadas alhures. Nesse sentido, torna-se imperiosa a atualização normativa que dê conta das situações pragmáticas existentes no Brasil. Assim, a adoção de soluções normativas que pretendem combater determinadas práticas indevidas, porém ainda não ilegais, por intermédio de técnicas hermenêuticas estáticas e anacrônicas tem-se demonstrado ineficaz.



A realidade brasileira, notadamente no que tange à situação multifacetada de poder, demanda, com urgência, uma análise que venha no sentido de identificar e de propor formas normativas mais adequadas e consonantes com tal situação.

Nesse sentido, procede a crítica às formas tipificadas restritas de poder político, econômico e midiático, por não alcançar a realidade dinâmica do processo, com as novas situações fáticas.

O fato de o trabalho legislativo não dar conta de atualizar o ordenamento jurídico às situações concretas de abuso de poder que vêm sendo repetidamente praticadas no processo eleitoral não pode impedir que seja buscada a preservação da liberdade para o exercício do sufrágio universal do direito ao voto e também da igualdade de condições entre os concorrentes ao mandato eletivo.

Relativamente ao abuso de poder religioso no processo eleitoral, é mister que sejam afastadas condutas que vão de encontro à liberdade de escolha dos eleitores, o que certamente macula a legitimidade do processo, e que sejam valorizadas aquelas condutas que vão ao encontro da real vontade desses eleitores, baseada na livre escolha daqueles que irão representá-los ao longo de seus mandatos.

A legislação deve ter como caráter teleológico proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, enfim, a normalidade e legitimidade das eleições, o que constata a premência de uma tipificação que vá além do enquadramento existente, que se restringe ao abuso de poder econômico, de poder político ou de autoridade e do uso indevido dos meios de comunicação.

Em função de tudo o que já foi abordado, torna-se irrefutável afirmar-se que se impõe a adoção de limites às atividades eclesiais que se relacionem ao processo eleitoral no sentido de conspurcar a lisura e a legitimidade desse processo, pela ascendência reverencial que os líderes ostentam sobre os fiéis, impondo, muitas vezes, uma postura que se afasta da opção e se aproxima da imposição, normalmente baseada nos interesses desses líderes.

Embora parcela expressiva da doutrina já reconheça a existência do abuso de poder religioso, tal abuso ainda não foi positivado, ou seja, ainda não está tipificado como tal, mesmo considerando-se que a liberdade religiosa não é uma liberdade absoluta, podendo e devendo ser mitigada pelo Estado, quando em conflito com os demais valores e direitos protegidos constitucionalmente.

Este Trabalho se alinha com o entendimento de muitos estudiosos que defendem a necessária e urgente tipificação do Abuso de Poder Religioso. No momento, com a inexistência de tal tipificação, as condutas de líderes religiosos têm de ser observadas e,



quando forem violadoras das normas e preceitos legais ou constitucionais, têm de ser julgadas e exemplarmente punidas, com o escopo de assegurar a normalidade e a legitimidade das eleições, conforme prevê a Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. **Abuso de poder nas competições eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2024...

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, §9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm?origin=instituicao. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.592/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 26 de outubro de 2006. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur92806/false>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 265308/RO**. Eleições 2010. Recursos Ordinários. Recurso Especial. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Abuso de Poder Econômico. Uso indevido dos meios de comunicação social e abuso de poder político ou de autoridade. Não configuração. Relator, Min. Henrique Neves da Silva. 07 mar. 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/446377591>. Acesso em: 21 set. 2024. ..

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Ordinário 5370-03.2014.6.13.0000**. Eleições 2014. Recurso Ordinário. AIJE E AIM julgadas conjuntamente. Abuso do Poder Econômico. Utilização de grandioso evento religioso em benefício de candidaturas às vésperas do pleito. Pedido expresso de votos. Procedência no TRE/MG. Desprovimento. Relatora, Min. Rosa Weber. 21 ago. 2018. Disponível em: https://apps.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/jurisprudencia/clipping/2018/36_18/09.pdf. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **REspEI 8285/GO**. Eleições 2016. Recurso Especial. Vereadora. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Reunião realizada nas dependências de uma igreja. Pedido de apoio político. Cabimento de AIJE em face de abuso de poder de autoridade religiosa, independentemente da presença de abuso de poder político ou



econômico. Enquadramento da autoridade religiosa dentro do conceito geral de autoridade previsto no art. 22, caput, da Lei Complementar nº 64 de 1990. Impossibilidade. Proposta de fixação de tese rejeitada. Recurso Especial provido. Agravo Interno Prejudicado. Relator, Min. Edson Fachin. 18 ago. 2020. Disponível em: <https://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/inelegibilidades-e-condicoes-de-elegibilidade/parte-i-inelegibilidades-e-condicoes-de-elegibilidade/abuso-de-poder-e-uso-indevido-de-meios-de-comunicacao-social/caracterizacao/abuso-do-poder-de-autoridade>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral. **Enunciado nº 42, da I Jornada de Direito Eleitoral**. Constante da Portaria nº 348, de 28 de maio de 2021, publicada no Diário da Justiça Eleitoral (DJE/TSE), nº 100, de 2 de junho de 2021, p. 375-381. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/prt/2021/portaria-no-348-de-28-de-maio-de-2021>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. **Resolução nº 23.735, de 27 de fevereiro de 2024**. Dispõe sobre os ilícitos eleitorais. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2024/resolucao-no-23-735-de-27-de-fevereiro-de-2024>. Acesso em: 21 set. 2024.

CUTRIM, Mirla Regina da Silva. **Abuso do poder religioso: uma nova figura no direito eleitoral?** ASMAG, 2010. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/abuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral/2388379>. Acesso em: 17 ago. 2024.

KUFA, Amilton Augusto. O Controle do Poder Religioso no processo eleitoral, à luz dos princípios constitucionais vigentes, como garantia do Estado Democrático de Direito. **Revista Ballout**, Rio de Janeiro, v.2. n.1, p. 113-135, jan. a abr. de 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/2714>. Acesso em: 17 ago. 2024.

ZILIO, Rodrigo López. **Manual de Direito Eleitoral**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2024.

TESTAMENTO VITAL: INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO À MORTE DIGNA NO PROCESSO DE TERMINALIDADE DA VIDA

Andressa Araujo da Costa Barros

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Estudante.

Resumo – com o desenvolvimento contínuo de pesquisas e desenvolvimento de novas tecnologias no campo da medicina, tratamentos médicos podem ter o efeito de prologar de forma indesejada a vida de indivíduos acometidos por doença incurável ou terminal. Defende-se, portanto, a autonomia do paciente para se expressar e ter suas escolhas respeitadas, sob fundamento da proteção à dignidade humana, garantindo-se o seu direito à morte digna. Nesse sentido, o testamento vital se apresenta como instrumento por meio do qual o indivíduo pode dispor sobre tratamentos, procedimentos ou qualquer outra orientação médica aos quais deseja ou não se submeter caso seja acometido por doença incurável e perca a consciência. No presente trabalho, visa-se à análise do conteúdo do testamento vital, de modo que seja considerado um instrumento válido no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a falta de legislação específica sobre o tema.

Palavras-chave – Direito à vida. Dignidade da pessoa humana. Autonomia. Morte digna. Diretivas antecipadas de vontade. Testamento vital.

Sumário – Introdução. 1. A existência do direito à morte digna como corolário do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. 2. A efetividade do direito à morte digna por meio do testamento vital e a concretização da autonomia individual daqueles em processo de terminalidade da vida. 3. Os limites do conteúdo do testamento vital em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico pretende discutir a legitimidade do testamento vital como instrumento de garantia da autonomia individual e da dignidade para pacientes em processo de terminalidade da vida. Trata-se de instrumento por meio do qual o indivíduo pode descrever suas diretivas antecipadas de vontade, que são orientações sobre tratamentos, procedimentos ou qualquer outra decisão médica aos quais deseja ou não se submeter caso seja acometido por doença incurável e perca a consciência.

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o indivíduo tem direito a viver uma vida com qualidade, plenitude e intensidade. Considerando que a morte é fenômeno natural da vida e o direito à vida não é – assim como os demais direitos fundamentais – um direito absoluto, o seu titular, pautado na autonomia individual, pode decidir livremente sobre a melhor forma que deseja conduzir o processo de terminalidade da vida.



Assim, busca-se defender a existência do direito à morte digna como corolário dos direitos à vida, à autonomia e à liberdade, o que possibilita ao indivíduo acometido por doença grave, incurável ou terminal escolher como deseja morrer, sob fundamento da proteção à dignidade humana.

Diante de um cenário no qual os avanços médicos e tecnológicos são prolongadores da vida, o testamento vital representa a efetivação da autonomia de vontade da pessoa, eis que o indivíduo em situação de terminalidade da vida expressará suas escolhas a fim de serem respeitadas e atendidas pelos médicos e familiares.

Na abordagem do tema, procura-se demonstrar a importância do respeito às decisões sobre questões de fim de vida, já que, apesar da morte ser uma realidade para todos, discussões acerca de meios que ponham fim à vida são temas complexos que geram grandes debates éticos, religiosos, culturais e jurídicos.

No primeiro capítulo desse trabalho, estuda-se o reconhecimento do direito à morte digna como corolário do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. Discute-se que o direito à vida é pressuposto para a existência e o exercício dos demais direitos fundamentais e, dessa maneira, por não ser um direito absoluto, justifica a existência de um direito à morte digna à luz do princípio da dignidade humana.

Segue-se, no segundo capítulo, analisando as espécies de diretivas antecipadas de vontade, especificamente o testamento vital como instrumento capaz de concretizar a autonomia individual para tomada de decisões médicas nos casos de terminalidade da vida, de maneira a efetivar o direito de morrer dignamente.

O terceiro capítulo examina os limites para o conteúdo do testamento vital, sobretudo diante da inexistência de legislação específica sobre o tema, para garantir a segurança jurídica necessária ao efetivo cumprimento da vontade expressa do paciente, de modo que essa manifestação não seja contrária ao ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que a pesquisadora apresenta uma questão como objeto da pesquisa para investigar hipóteses em relação ao direito à morte digna e o papel do testamento vital nesse contexto, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, o objeto da pesquisa é abordado de modo qualitativo com base em análise bibliográfica abrangente, explorando a literatura relacionada à temática, com uso de doutrina, legislação e jurisprudência pertinentes a fim de sustentar a sua tese.

1. A EXISTÊNCIA DO DIREITO À MORTE DIGNA COMO COROLÁRIO DO DIREITO À VIDA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito à vida, previsto como direito fundamental no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹ (CRFB/88), caracteriza-se como pressuposto para o exercício dos demais direitos fundamentais. Assim como os outros direitos, ele não pode ser considerado como absoluto, uma vez que o próprio ordenamento jurídico o relativiza quando, por exemplo, prevê a pena de morte em caso de guerra declarada e a possibilidade de aborto nos casos de risco de vida para gestante, bem como nos casos de estupro².

Embora seja considerado pré-requisito para a existência dos demais direitos fundamentais, os autores Flávia Piovesan e Roberto Dias³, em artigo sobre o direito à morte digna, pontuam que a vida não deve ser entendida como um dever. Não há que se falar em uma obrigação constitucional de viver, mas sim em um direito fundamental à vida com dignidade e qualidade, garantido aos indivíduos e que deve ser respeitado e preservado.

Nesse sentido, os autores defendem:

a vida, então, dever ser entendida como um direito disponível para o próprio titular e, além de renunciável, tal direito deve ser compreendido como um princípio constitucional e, portanto, passível de ponderação, controlada pela regra da proporcionalidade, levando em conta a dignidade e a liberdade do indivíduo⁴.

De acordo com o professor Bernardo Gonçalves Fernandes, o direito à vida deve ser analisado sob duas perspectivas, “o direito da vida em si mesma (direito de estar vivo) e o direito à vida digna (com condições mínimas de existência)”⁵. Nesse sentido, a vida é compreendida levando-se em consideração a dignidade humana e não somente uma condição biológica de existência.

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, não é propriamente um direito fundamental. Ela é um valor fundamental inerente a todo ser humano, decorrente da própria condição humana, e um princípio intrínseco ao direito à vida. No ordenamento jurídico

¹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 481-482.

³ PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção Jurídica da Pessoa Humana e o Direito à Morte Digna. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 66-67.

⁴ *Ibid.*, p. 68-69.

⁵ FERNANDES, *op. cit.*, p. 473.



brasileiro, a dignidade da pessoa humana está prevista no artigo 1º, III, da CRFB/88⁶, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Luís Roberto Barroso⁷ afirma que a natureza jurídica da dignidade humana é de princípio jurídico com status constitucional, que funciona como fundamento normativo e justificação moral dos direitos fundamentais. A dignidade humana, como princípio constitucional, integra o conteúdo dos direitos fundamentais e um dos seus papéis é ser fonte de direitos e deveres quando do seu sentido principal podem ser extraídas regras a serem aplicadas nos casos concretos. Ademais, ela também possui um papel interpretativo, que guiará o sentido e o alcance dos direitos fundamentais, bem como será utilizada para o encontro da melhor solução em casos de lacuna de normas jurídicas, ambiguidade e choques entre direitos fundamentais.

O referido autor aponta, ainda, um conteúdo mínimo do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é integrado por três componentes: valor intrínseco do ser humano, autonomia individual e valor comunitário.

O valor intrínseco da pessoa distingue o ser humano de outros seres vivos e das coisas. Decorre deste elemento o postulado do homem como um fim em si mesmo, o qual não pode ser instrumentalizado. Ou seja, o ser humano deve ser respeitado e não existe para atender interesses de outrem. O valor intrínseco da dignidade humana, sob o aspecto jurídico, dá origem a diversos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à igualdade e à integridade física.

A autonomia significa o direito de cada pessoa tomar decisões e construir seu próprio ideal de vida. Luís Roberto Barroso delimita a dignidade como autonomia na “capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas”⁸.

Conforme leciona Barroso, a autonomia, sob aspecto jurídico, engloba duas dimensões, a privada e a pública. A autonomia privada refere-se à liberdade e à igualdade das pessoas, de modo que o ser humano pode se autodeterminar como quiser e ser respeitado por suas escolhas existenciais. Por sua vez, a autonomia pública envolve a participação do indivíduo

⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*.

⁸ *Ibid.*

na vida pública, no processo decisório democrático e na organização social, uma vez que tais decisões afetam a vida privada da pessoa.

Por fim, compõe também o conteúdo da dignidade da pessoa humana o valor comunitário, que diz respeito aos valores construídos pela sociedade da qual o ser humano faz parte. Nesse sentido, o indivíduo tem suas escolhas existenciais pessoais limitadas aos valores que formam uma moral compartilhada pela sociedade e o Estado possui legitimidade para promover a proteção dos valores sociais, dos direitos de terceiros e, ainda, garantir a proteção do indivíduo contra si mesmo, caso sua conduta individual viole a sua própria dignidade.

A visão de dignidade como autonomia, sob o ponto de vista de Letícia Martel e Luís Roberto Barroso⁹, está relacionada à autodeterminação do indivíduo e ao respeito ao valor intrínseco da pessoa humana. O indivíduo possui o direito de decidir os caminhos que pretende seguir em sua vida e de desenvolver livremente a sua personalidade e escolhas. Essa visão da dignidade como autonomia justifica a existência do direito à morte digna.

No tocante ao fenômeno morte, de maneira geral, a discussão sobre ele ainda se impõe como um assunto sensível às pessoas. Assuntos relacionados aos meios que colocam fim à vida, como eutanásia e suicídio assistido, são temas complexos que geram grandes debates morais, religiosos, culturais e jurídicos.

O avanço científico e tecnológico, especialmente no campo da medicina, trouxe benefícios à saúde das pessoas e mais qualidade de vida. Contudo, como resultado, o progresso também acarreta o prolongamento da vida e possível postergação do processo de morte, o que pode gerar sofrimento inútil e degradante¹⁰.

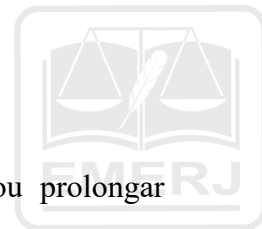
A morte digna ocorre quando o indivíduo exerce sua autonomia e realiza escolhas atinentes aos tratamentos ou procedimentos aos quais deseja se submeter ou não. Dessa forma, evita-se o sofrimento desnecessário e respeita-se o curso natural da vida, deixando que a morte aconteça no seu tempo.

Nesse contexto, traz-se a diferença entre o direito à morte digna e o direito de morrer trabalhada por Adriano Marteleto Godinho¹¹. O direito à morte digna está relacionado aos princípios da autonomia da vontade, da liberdade e às decisões dos doentes terminais pela morte

⁹ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p.191.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção Jurídica da Pessoa Humana e o Direito à Morte Digna. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 68-69.

¹¹ GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e Cuidados Paliativos: o correto exercício da prática médica no fim da vida. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 136-137.



no seu curso natural, sem antecipar o processo de terminalidade da vida ou prolongar artificialmente o sofrimento causado por uma doença incurável com tratamentos fúteis.

Por outro lado, o direito de morrer é entendido como a intervenção direta da pessoa ou de terceiros que atuam para abreviar a vida e provocar a morte, de modo a pôr fim às dores e sofrimentos causados por doenças terminais ou degenerativas. Ressalta-se, contudo, que não é possível, diante do ordenamento jurídico vigente, a escolha de algumas formas de intervenção no momento da morte, como a eutanásia e o suicídio assistido.

O direito à morte digna, segundo os autores Flávia Piovesan e Roberto Dias¹², pode ser interpretado como um direito constitucional implícito. Ele decorre dos direitos à liberdade, à autonomia e à vida. Deve-se entender que, se ao indivíduo é garantido o direito a uma vida plena e digna, também lhe é assegurado o direito a uma morte com dignidade.

A proteção à dignidade da pessoa humana e o direito à vida não implicam em uma obrigação de viver. Garantem o direito a uma vida com qualidade e, portanto, a liberdade do indivíduo em decidir os procedimentos e cuidados que deseja receber durante o processo de terminalidade da vida, de maneira que eventual interferência estatal feriria os direitos individuais protegidos pela Constituição Federal¹³.

Assim sendo, o direito à morte digna garante ao indivíduo a livre escolha para recusar se submeter à tratamentos que apenas prolongam sua existência biológica. Baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, ele dá aos pacientes terminais, portadores de doenças incuráveis, dolorosas e debilitantes, a possibilidade de optar por tornar o processo de morrer mais humano. Impor a essas pessoas um dever de viver, contra as suas vontades, implica forçá-las a um estado degradante, o que acarreta grave violação à dignidade.

2. A EFETIVIDADE DO DIREITO À MORTE DIGNA POR MEIO DO TESTAMENTO VITAL E A CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA INDIVIDUAL DAQUELES EM PROCESSO DE TERMINALIDADE DA VIDA

A manifestação de vontade de pacientes com doenças terminais ou incuráveis deve ser respeitada, no entanto a interferência de terceiros, sejam familiares ou médicos, pode ser um

¹² PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção Jurídica da Pessoa Humana e o Direito à Morte Digna. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 57.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. A Efetividade dos Direitos Fundamentais no Brasil: Entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial – a Morte Digna como Resposta Adequada à Constituição. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 49.

óbice ao cumprimento integral do desejo deles. Considerando tal cenário, as diretivas antecipadas de vontade (DAV) se apresentam como forma de efetivar a autonomia do paciente, pois dessa maneira ele deixa registrada sua vontade para quando não puder declará-la.

As diretivas antecipadas de vontade, conforme ensina Luciana Dadalto¹⁴, são gênero cujas espécies são o testamento vital e a procuração para cuidados de saúde, tratadas originariamente pela lei federal norte-americana *Patient Self-Determination Act* (PSDA). Além dessas, a autora correlaciona outras espécies regulamentadas por legislações e atos normativos de estados norte-americanos, quais sejam a ordem de não reanimação, as diretivas antecipadas psiquiátricas, as diretivas para demência e os planos de parto.

Como gênero, as DAV não cuidam somente dos desejos do enfermo no momento de terminalidade da vida. Dadalto afirma que elas devem ser “entendidas como documentos de manifestação de vontade prévia que terão efeito quando o paciente não conseguir manifestar livre e autonomamente sua vontade”¹⁵. As DAV concretizam o respeito à dignidade humana e materializam a autonomia do indivíduo-paciente, que realiza suas escolhas conforme seus próprios preceitos.

No Brasil, o tema acerca das DAV ainda está em desenvolvimento e discussão. Todavia, em 2012, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM nº 1.995/12¹⁶, regulamentando as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes no contexto da ética médica brasileira.

Essa normativa foi um marco na defesa dos interesses dos enfermos em processo de terminalidade da vida, uma vez que reconhece o direito do paciente manifestar sua vontade e o dever dos profissionais da saúde e familiares de respeitarem essa vontade. No entanto, cabe observar que se trata de uma norma norteadora do exercício da profissão médica cuja vinculação se limita somente a essa classe, ou seja, ela não possui força de lei com efeitos *erga omnes*.

De acordo com Luciana Dadalto¹⁷, essa norma, apesar de se propor a regulamentar as DAV, trata do testamento vital, uma vez que se justifica com base na autonomia do paciente em fim de vida. Percebe-se que essa resolução, erroneamente, tratou o testamento vital como sinônimo das DAV.

¹⁴ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 6. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2022. *E-book*.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁷ DADALTO, *op.cit.*



O testamento vital, em definição da referida autora, caracteriza-se como um documento elaborado por pessoa com discernimento, cujo objetivo é dispor sobre os cuidados, tratamentos e procedimentos a que pretende se submeter no caso de ser acometida por doença que pode pôr fim a sua vida ou incurável. Além disso, trata-se de documento para ser utilizado em momento que essa pessoa esteja impossibilitada de manifestar conscientemente sua vontade¹⁸.

Destaca-se como característica importante desse instrumento a sua eficácia. Isso porque ele somente gerará efeitos em situações de terminalidade da vida ou irreversibilidade do quadro clínico e quando o paciente não for capaz de demonstrar sua vontade.

Sobre esse instrumento, Jefferson Aparecido Dias e Josiane Schramm da Silva dissertam:

o testamento vital se refere somente à ortotanásia, pois em sua conceituação não há previsão de solicitação que vise abreviar a vida, mas somente a recusa a procedimentos que prolonguem o processo de morte e gerem sofrimento e dor, em detrimento à dignidade da pessoa. [...] Assim, o objetivo do documento é preservar o direito da pessoa à autodeterminação, de modo a resguardar sua dignidade no final da vida, desde que possua discernimento e capacidade civil, bem como se manifeste previamente em relação a tratamentos quanto à sua aceitação, recusa ou imposição de limites¹⁹.

Na ortotanásia, o médico não interfere no momento da morte, seja para antecipá-lo ou para prolongar a vida do paciente. Conforme Luís Roberto Barroso, “é a morte em seu tempo certo”²⁰. Essa é a diferença principal da ortotanásia em relação à eutanásia e à distanásia. Em breve resumo, na eutanásia, adianta-se a morte do paciente terminal ou cuja doença é incurável, tendo em vista o seu sofrimento. Já a prática da distanásia consiste no prolongamento da vida por meio de medidas que acabam por prolongar também o sofrimento do paciente.

Na ortotanásia são suspensas ou deixam de ser aplicadas medidas terapêuticas que prolongariam a vida do indivíduo, pois se tornaram inúteis e a morte é fato iminente²¹. Especificamente, os critérios para a prática da ortotanásia no âmbito médico são tratados na Resolução CFM nº 1.805/06²². De acordo com seu artigo 1º, garante-se ao paciente em estado

¹⁸ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 6. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2022. *E-book*.

¹⁹ DIAS, Jefferson Aparecido; SCHRAMM, Josiane da Silva. Dignidade da pessoa humana e testamento vital: entre o biopoder e a bioética. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 18, p. 11, jan./dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/49240/28931>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*.

²¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 486.

²² BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na

terminal a limitação ou suspensão de tratamentos inúteis, desproporcionais, que não surtem efeitos benéficos, mas também não adiantam a morte do paciente.

Segundo Luciana Dadalto²³, a ortotanásia não deve ser vista como uma conduta criminosa, mas sim como uma forma de garantir a dignidade do paciente e a sua autonomia. Ela afirma que prolongar a vida do paciente com métodos que não o curarão ou reverterão seu quadro seria, analogicamente, uma prática de tortura, pois prolonga o sofrimento do paciente e de seus familiares.

Nesse contexto, as disposições previstas no testamento vital devem ser respeitadas pelos médicos, familiares do paciente e eventual procurador de saúde. A vontade do paciente, manifestada previamente, deve ser preservada e ele próprio deve ser respeitado como pessoa dotada de autonomia.

Verifica-se, assim, que o testamento vital é um documento que representa a efetivação da autonomia da pessoa, eis que o indivíduo terá suas escolhas respeitadas e atendidas pelos médicos e familiares em situação de terminalidade da vida, sendo-lhe garantida uma morte natural com dignidade. Além de preservar a vontade do paciente no momento final de sua vida, o testamento vital também tem como objetivo ser um documento que respalda os médicos na tomada de suas decisões²⁴.

Em seu estudo sobre o testamento vital, Luciana Dadalto²⁵ apresenta como limites a esse instituto a objeção de consciência do médico, a vedação às determinações contrárias ao ordenamento jurídico e as disposições que sejam contraindicadas à doença do paciente ou tratamentos que já estejam superados pela medicina.

No tocante à objeção de consciência do médico, o Código de Ética Médica, estabelecido pela Resolução CFM nº 2.217/18²⁶, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/18 e 2.226/19, estabelece que é direito do médico se recusar a realizar atos contrários à sua consciência, mesmo que esses sejam permitidos por lei. Entretanto, essa recusa deve ser justificada a fim de externar a razão pela qual ele não pode cumprir a manifestação de vontade do paciente. Nesse caso, o paciente deverá ser encaminhado para outro profissional.

perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²³ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 6. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2022. *E-book*.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.217/ 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.



Quanto à vedação às determinações contrárias ao ordenamento jurídico, considerando as legislações vigentes, o testamento vital não pode descrever práticas que configurem situação de eutanásia ou de suicídio assistido. Tais condutas se configuram, respectivamente, como homicídio e como auxílio ao suicídio, ilícitos penais previstos no Código Penal brasileiro²⁷.

As disposições contraindicadas à doença do paciente ou tratamentos que já estejam superados pela medicina se justificam no fato de que a medicina está em constante evolução. Dessa maneira, é possível, no momento em que o testamento vital for efetivado, existir procedimento capaz de curar ou reverter o quadro do paciente.

Nota-se que o testamento vital tem como um de seus fundamentos o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e, por consequência, o desrespeito às suas disposições e a submissão do paciente a medidas que prolonguem a sua vida, sem chance de cura e contra a sua vontade, atenta contra a sua dignidade. Esse documento, além de exteriorizar a autonomia do paciente, caracteriza-se como instrumento garantidor da sua dignidade.

Considerando que o direito à vida confere aos indivíduos o direito de viver uma vida digna, respeitando sua autonomia de decidir os caminhos que pretende seguir, também deve ser a eles garantido o direito de não serem submetidos a tratamentos inúteis de acordo com suas escolhas. Assim sendo, o testamento vital se consolida como instituto capaz de efetivar o direito à morte digna, uma vez que, por meio dele, o paciente terminal ou incurável manifesta sua vontade ao declarar quais tratamentos deseja ou não ser submetido nas situações de fim da vida. O direito à morte digna, portanto, não sustenta a imposição de tratamentos degradantes a esses pacientes.

3. OS LIMITES DO CONTEÚDO DO TESTAMENTO VITAL EM CONSONÂNCIA COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro não há legislação específica normatizando o testamento vital. Apesar disso, sua validade é defendida e reconhecida por meio dos princípios que o circundam, quais sejam, os princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia, uma vez que esse documento objetiva garantir aos pacientes em fim de vida o respeito às suas escolhas.

²⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

Ainda que o testamento vital seja um instrumento lícito perante o ordenamento jurídico, ele deve observar alguns aspectos formais. Assim, para que seja considerado válido e produza efeitos, sua forma, quem o fez e seu conteúdo devem ser obedientes ao previsto na legislação vigente.

Além disso, conforme ensina Luciana Dadalto²⁸, trata-se de um negócio jurídico unilateral sob condição suspensiva e, como tal, se cumpridos os requisitos de validade dos negócios jurídicos, ele é válido. A condição suspensiva se refere ao fato de que ele só produzirá efeitos após o quadro clínico do paciente ser considerado irreversível e quando ele perder sua capacidade decisória. Em razão de sua natureza, não há necessidade de serem ajuizadas ações para que um ato judicial o legitime.

Como se trata de instrumento que efetiva a autonomia individual e, portanto, a manifestação de vontade daquele que o redige, ele poderá ser elaborado por qualquer pessoa com discernimento, independentemente de idade. Todavia, o menor de idade deverá requerer autorização judicial e, após adquirida a maioridade, deverá ratificar o testamento vital redigido.

Trata-se de um documento elaborado, principalmente, para direcionar os médicos responsáveis pelo paciente em situação de terminalidade de vida e que esteja sem sua capacidade decisória. Também é destinado aos parentes desse paciente que deverão seguir os desejos dele.

No que se refere à forma, defende-se que o testamento vital pode ser feito por escritura pública, registrado em cartório, ou por instrumento particular. Nesse contexto, Luciana Dadalto²⁹ opina no sentido de que a criação de um banco nacional dos testamentos vitais registrados em cartório seria importante para o cumprimento das determinações ali constantes.

A qualquer tempo aquele que o redigiu pode revogá-lo, pois esse documento cuida da manifestação de sua vontade, que pode ser alterada a qualquer tempo enquanto presente o requisito do discernimento. Ademais, a medicina está em constante evolução e um quadro de saúde considerado irreversível à época da feitura do testamento vital pode vir a ter um tratamento médico possível em momento posterior.

No tocante ao seu conteúdo, a referida autora pontua que ordenamentos jurídicos estrangeiros apresentam como teor do testamento vital as disposições acerca dos tratamentos que prolongam a vida aos quais o paciente deseja ou não se submeter, disposições sobre doação de órgãos e nomeação de um representante. Traz-se como exemplos de disposições de

²⁸ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 6. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2022. *E-book*.

²⁹ *Ibid.*



tratamentos que prolongam a vida a ordem de não ressuscitação e a manutenção do paciente com suporte de ventilação mecânica.

A nomeação de um representante consiste na procuração para cuidados de saúde, o que se caracteriza como uma das espécies de DAV, assim como o testamento vital. Ou seja, trata-se de institutos diferentes. A procuração para cuidados de saúde é ampla e não se aplica somente nos casos em que se defende a utilização do testamento vital.

Em relação à doação de órgãos, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 9.434/97³⁰ prevê, em seu artigo 4º, a necessidade de autorização do cônjuge ou parente maior de idade (de acordo com a linha sucessória, em linha reta ou colateral, até o segundo grau). Então, ainda que o paciente estipule seu desejo, deverá ser obedecida a previsão legal e será necessária a autorização.

No que diz respeito a esse assunto, vale ressaltar provável futura alteração. Há um projeto de atualização³¹ do Código Civil brasileiro³² tramitando no Congresso Nacional no qual, entre suas mudanças, encontra-se a dispensa da autorização familiar quando existir permissão escrita para a doação de órgãos.

Ainda sobre o possível conteúdo do instituto em estudo, importante lembrar que disposições sobre eutanásia e suicídio assistido constantes em um documento de testamento vital não serão admitidas. Isso porque são práticas ilícitas cujas condutas estão estabelecidas como crimes no Código Penal³³.

Não gera muita controvérsia o respeito às determinações de um testamento vital quando a situação do quadro médico do paciente é irreversível. Entretanto, surge o questionamento sobre a possibilidade do paciente negar expressamente a prática de medidas úteis para evitar a morte.

Cita-se como exemplo o caso da transfusão de sangue das Testemunhas de Jeová que, diante da ponderação entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa, podem negar esse

³⁰ BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 17 set. 2024.

³¹ BAPTISTA, Rodrigo. Código Civil: conheça as propostas de juristas para modernizar a legislação. **Agência Senado**, Brasília, 16 abr. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2024/04/codigo-civil-conheca-as-propostas-de-juristas-para-modernizar-a-legislacao>. Acesso em: 15 set. 2024.

³² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

³³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

procedimento, desde que sejam maiores de idade e tenham discernimento. Se um paciente testemunha de Jeová pode recusar tratamento por motivo religioso, não seria uma questão problemática incluir tal disposição em um testamento vital.

Defende-se, com base na autonomia da vontade, que é válida eventual disposição em testamento vital não autorizando tratamento médico, mesmo que ele seja útil. No entanto, Carlos E. Elias de Oliveira³⁴, por exemplo, posiciona-se contrariamente, argumentando que eventual disposição em uma DAV sobre recusa a um tratamento útil não seria válida, pois a manifestação de vontade do paciente deve ocorrer quando esse tratamento fosse necessário.

Conforme observa Luciana Dadalto³⁵, quanto mais genéricas forem as disposições no testamento vital, menores as chances de que as vontades ali manifestadas sejam respeitadas. Seguindo esse entendimento, o paciente que deseja elaborar esse documento deve ser o mais específico possível ao documentar suas vontades. Todavia, imperiosa a criação de legislação específica para balizar todos esses pontos relativos aos aspectos formais e ao conteúdo de um testamento vital.

Como já citado, a Resolução CFM nº 1.995/12³⁶ foi editada para regulamentar as DAV dos pacientes e essa normativa auxiliou na defesa dos interesses dos pacientes em processo de terminalidade da vida, de modo a criar o dever dos profissionais da saúde e familiares de os respeitarem. Entretanto, ela não é suficiente, uma vez que só se mantém no âmbito médico, não se aplicando para todos como uma legislação específica faria.

Importante proposta legislativa representava o Projeto de Lei nº 149/18³⁷, do Senado Federal, que visava disciplinar especificamente as DAV sobre tratamentos de saúde, pautadas pelo respeito à dignidade e à autonomia do paciente, pela sua qualidade de vida e pela humanização da morte. Contudo, a proposta teve sua tramitação encerrada e, em 22 de dezembro de 2022, foi arquivada.

³⁴ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. *Diretiva Antecipada de Vontade Lato Sensu: o que deve acontecer com a vida, o corpo e o patrimônio no caso de perda de lucidez ou de morte?* (Texto para Discussão nº 320). **Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado**, Brasília, ago. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td320>. Acesso em: 15 set. 2024.

³⁵ DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 6. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2022. *E-book*.

³⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 29 ago. 2024.

³⁷ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 17 set. 2024.



Atualmente, relevante avanço na discussão sobre as DAV e o testamento vital se encontra no projeto de atualização³⁸ do Código Civil³⁹ em que uma das suas modernizações traz a previsão do direito das pessoas indicarem antecipadamente a quais tratamentos de saúde desejam se submeter ou não no caso de incapacidade futura. A previsão desse direito em um dos artigos do Código Civil atualizado pode favorecer a criação de uma legislação específica sobre o tema do testamento vital.

A ausência de uma legislação específica sobre o testamento vital, como observado, não o torna um instrumento inválido para estabelecer as manifestações de vontade de um paciente em seu processo de terminalidade da vida. Entretanto, inegável que uma legislação própria norteando as situações a que se destinam, os seus requisitos formais e o conteúdo admitido traria segurança jurídica ao instituto e aos pacientes que dele se utilizarem.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, o presente estudo buscou demonstrar a existência do direito à morte digna como forma de garantir a autonomia individual e dignidade de pacientes com doenças terminais e incuráveis. Nesse contexto, o testamento vital se apresenta como um meio para a concretização do referido direito.

Verificou-se que a dignidade da pessoa humana, em um dos seus vários aspectos, relaciona-se ao direito dos indivíduos à autodeterminação, de maneira que podem estabelecer livremente suas escolhas. Sendo assim, esse entendimento fundamenta a existência do direito à morte digna.

Nesse sentido, o direito à morte digna, como corolário do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, garante ao paciente em situação de irreversibilidade do quadro médico a liberdade para decidir os procedimentos e cuidados que deseja receber durante o processo de terminalidade da vida. A dignidade da pessoa humana e o direito à vida asseguram aos indivíduos o direito a uma vida plena e digna e, portanto, também asseguram o direito a uma morte com dignidade.

³⁸ BAPTISTA, Rodrigo. Código Civil: conheça as propostas de juristas para modernizar a legislação. **Agência Senado**, Brasília, 16 abr. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2024/04/codigo-civil-conheca-as-propostas-de-juristas-para-modernizar-a-legislacao>. Acesso em: 15 set. 2024.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

Assim, restou demonstrado que o testamento vital, documento elaborado por pessoa portadora de doença terminal ou incurável para dispor sobre os tratamentos médicos a que deseja se submeter ou não em momento que esteja impossibilitada de manifestar conscientemente sua vontade, exterioriza a autonomia do paciente, caracterizando-se como um instrumento garantidor de sua dignidade. Observou-se, por conseguinte, que se trata de instrumento capaz de efetivar o direito à morte digna.

Ademais, o estudo permitiu reconhecer a validade do testamento vital dentro do ordenamento jurídico com base nos princípios da autonomia e da dignidade da pessoa humana, bem como em razão de possuir natureza de negócio jurídico cuja obediência aos requisitos o tornam válido. Sobretudo, de maneira geral, o estudo possibilitou discutir um assunto afeto ao tema morte, questão que ainda é um tabu e envolve grandes debates morais, religiosos, culturais e jurídicos.

Dessa maneira, conclui-se que o testamento vital é instrumento capaz de assegurar o direito à morte digna e está em consonância com o ordenamento jurídico. No entanto, é necessária a criação de legislação específica para delimitar especificamente os seus aspectos formais e conteúdo possível desse documento e, assim, conferir segurança jurídica a ele.

REFERÊNCIAS

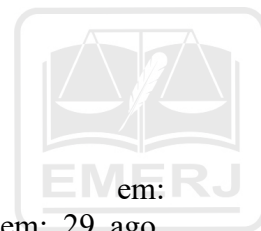
BAPTISTA, Rodrigo. Código Civil: conheça as propostas de juristas para modernizar a legislação. **Agência Senado**, Brasília, 16 abr. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2024/04/codigo-civil-conheca-as-propostas-de-juristas-para-modernizar-a-legislacao>. Acesso em: 15 set. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 12.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. E-book.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena (coord.). **Vida, morte e dignidade humana**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.805/2006**. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Brasília: Conselho Federal de



Medicina, 2006. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.995/2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2012. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.217/ 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773>. Acesso em: 17 set. 2024.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 6. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2022. *E-book*.

DIAS, Jefferson Aparecido; SCHRAMM, Josiane da Silva. Dignidade da pessoa humana e testamento vital: entre o biopoder e a bioética. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 18, p. 11, jan./dez. 2023. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/49240/28931>. Acesso em: 29 ago. 2024.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e Cuidados Paliativos: o correto exercício da prática médica no fim da vida. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna**. São Paulo: Almedina, 2017.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. Diretiva Antecipada de Vontade Lato Sensu: o que deve acontecer com a vida, o corpo e o patrimônio no caso de perda de lucidez ou de morte? (Texto



para Discussão nº 320). **Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado**, Brasília, ago. 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td320>. Acesso em: 15 set. 2024.

PIOVESAN, Flávia; DIAS, Roberto. Proteção Jurídica da Pessoa Humana e o Direito à Morte Digna. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. A Efetividade dos Direitos Fundamentais no Brasil: Entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial – a Morte Digna como Resposta Adequada à Constituição. *In*: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Coord.). **Tratado brasileiro sobre o direito fundamental à morte digna**. São Paulo: Almedina, 2017.



ADICIONAL DE INSALUBRIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO: UMA CRÍTICA À INTERPRETAÇÃO DO ART. 6º DO DECRETO Nº 97.458/89, NO JULGAMENTO DO PUIL Nº 418, À LUZ DO ART. 1º, III E ART. 7º, XXII E XXIII DA CRFB/88

Bárbara de Melo Gomes

Graduada pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-graduada em direito processual civil pela UCAM. Advogada.

Resumo – o julgamento do STJ no PUIL nº 418 buscou padronizar as decisões sobre o termo *a quo* do pagamento do adicional de insalubridade aos servidores públicos, mas acabou criando um problema por não adentrar nas especificidades da matéria. Nesse sentido, existem embasamentos teóricos sobre a insalubridade que direcionam a necessidade de aplicação de práticas de distinção em relação ao precedente até que haja sua superação. Para tanto defende-se a que a jurisprudência deve decidir a luz da previsão constitucional, visando garantir a proteção aos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana e a necessária contraprestação as atividades insalubres, a fim de evitar a supressão de direitos do servidor público.

Palavras chave: Direito administrativo. Lei nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor público). Adicional de insalubridade. Perícia ambiental. PUIL nº 413 do STJ.

Sumário – Introdução. 1. O necessário atendimento aos ditames constitucionais para o pagamento de adicional de insalubridade a servidor público. 2. A interpretação sistemática entre o art. 69 da Lei nº 8.112/90 e o art. 6º do Decreto nº 97.458/89, à luz da CRFB/88. 3. A técnica de distinção de precedentes como aliada para afastar o entendimento do PUIL nº 413, até que haja sua superação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma análise crítica sobre a posição adotada pelo STJ no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei - PUIL nº 413. Com fundamento no art. 14 da Lei nº 10.259/01, o STJ decidiu a respeito da omissão legislativa quanto ao termo *a quo* para o pagamento do adicional de insalubridade a servidores públicos.

Fundamentando a decisão na interpretação do art. 6º do Decreto nº 97.458/89 (norma regulamentadora), o STJ criou precedente vinculante que entendeu que a omissão legislativa constante no decreto citado, deveria dar azo ao pagamento ao adicional de insalubridade somente a partir da elaboração do laudo pericial pela Administração Pública.

Em razão de divergência jurisprudencial e ausência de clareza quanto ao termo “a quo” para pagamento referente aos adicionais de insalubridade e periculosidade previstos no art. 7º, XXII da Constituição, na Lei nº 8.112/90 e regulamentados no art. 6º do Decreto nº 97.458/89, a jurisprudência fixou o entendimento de que este deveria ocorrer apenas a partir da elaboração do laudo pericial.

Tal entendimento tem por base texto do decreto que, segundo o entendimento constante no julgado, seria expresso no tocante ao pagamento dos referidos adicionais exigir a realização de perícia e o respectivo laudo.

Ocorre, no entanto, que a referida legislação não menciona que o marco inicial para o pagamento seria a data da perícia, sendo certo que a posição adotada pelo STJ no PUIL nº 413 não decorreu da observância de uma norma expressa em lei, mas sim de um processo hermenêutico aplicado sobre uma lacuna normativa.

Embora tal julgado tenha se proposto a esgotar a específica questão do termo *a quo* para o pagamento do adicional de insalubridade, ele simplesmente se quedou omissos quanto à definição do prazo a ser observado pela Administração Pública para a prática do referido ato administrativo, assim como também não estabeleceu quaisquer penalidades ou consequências para os eventuais atrasos e omissões, de modo que tal posicionamento jurídico acabou se alinhando a uma corrente puramente utilitarista, notadamente descompromissada com um dos mais importantes objetos da tutela dos direitos humanos e sociais, que é a saúde do trabalhador.

A discussão tem grande relevância, uma vez que gera diversos problemas práticos, como a omissão da Administração Pública quanto ao seu dever de agir, conforme o art. 69 da Lei nº 8.112/90, de apurar de ofício, por meio de perícia ambiental proativa, profilática e rotineira, todos os riscos a que seus servidores públicos estão submetidos quando do desempenho de suas atribuições.

Por fim, também há o problema prático dos servidores sujeitos a condições insalubres que, devido à demora da Administração Pública na emissão do laudo pericial, acabam ficando por meses ou anos sem a devida percepção do adicional de insalubridade, injustiça essa que somente será corrigida a partir do momento em que, sabe-se lá quando, o laudo pericial vier a ser finalmente produzido, e por mais absurdo que possa parecer, sem qualquer efeito retroativo.

O estudo e pesquisa, no primeiro capítulo, visam a esclarecer que o julgamento não atende aos ditames constitucionais que devem reger a interpretação da legislação infraconstitucional quando se trata da saúde do servidor público, quando fixou o entendimento de que “o termo inicial do adicional deve ser fixado na data do laudo pericial” para o pagamento do adicional de insalubridade, por não ter analisado as diversas especificidades da questão que ultrapassam a esfera individual e, violam um dos fundamentos da República que é a dignidade da pessoa humana, conforme o art. 1º, III da CRFB/88, assim como o direito social previsto no seu art. 7º, XXII e XXIII.



A análise enfoca, no segundo capítulo, o dever da Administração Pública em realizar a perícia ambiental de forma rotineira, segundo o que preceitua o art. 69 da Lei nº 8.112/90, a fim de constatar a quais riscos estão expostos os seus servidores.

Já no terceiro e último capítulo, demonstra-se a necessidade de distinção da temática com foco na análise técnica fundamentada sob duas nuances, a primeira, na revisão do posicionamento jurisprudencial em razão da ausência de previsão específica do termo a quo para pagamento da perícia. Já a segunda, baseia-se na distinção entre as espécies de insalubridade que geram exposição quantitativa ou qualitativa, a fim de resguardar o equivalente pagamento pela exposição aos agentes nocivos à saúde do servidor.

O trabalho busca realizar uma análise crítica do julgado, com base na interpretação à legislação pertinente. Além disso, adentra a matéria específica quanto à natureza dos adicionais, e faz uma reflexão sobre o entendimento ultrapassado e utilitarista, que não analisou as peculiaridades de cada adicional. Buscou-se demonstrar através da construção do contexto da decisão que a legislação existente não prevê o que foi objeto o objeto do julgamento. O julgamento objeto da crítica, de cunho eminentemente político, visa apenas à garantia de um interesse público em detrimento da saúde do servidor.

A sugestão proposta, como solução para a problemática, é a necessidade de interpretação da legislação de forma sistemática, à luz da CRFB/88 e do *jus cogens* trabalhista, com a consequente superação do precedente (*Overruling*) e o estabelecimento de distinção das hipóteses objeto do estudo em relação ao caso julgado (*Distinguishing*).

1. O NECESSÁRIO ATENDIMENTO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS PARA O PAGAMENTO DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE A SERVIDOR PÚBLICO

A constituição Federal, em seu art. 1º, III, indica como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana.¹ Já o art. 7º, incisos XXII e XXIII garantem a redução dos riscos e a contraprestação adicional pelas atividades penosas, insalubres ou perigosas, como direitos fundamentais.

Para que seja possível aprofundar o tema é necessário que se entenda a extensão do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, é possível visualizar o conceito conforme explica o ilustre jurista e Ministro do STF, Alexandre de Moraes:

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e às garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.²

O princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, significa que o indivíduo passa a ser valorado individualmente, de modo particular, em sua essência.³

[...] a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse. Essa tendência humanizante, robustecida após a traumática experiência totalitária na Segunda Guerra Mundial, cristalizou-se com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática[...]⁴

A partir daí temos um dos pilares da dignidade é o princípio da igualdade entre os seres humanos, previsto no art. 5º da CF.⁵

A constituição, portanto, criou uma regra geral para pagamento de adicional de insalubridade – objeto do estudo -, qual seja, o desenvolvimento das atividades insalubres.

Como fonte legal de interpretação, e utilizando a hermenêutica, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, conjugado com o direito social a contraprestação adicional garantida as atividades insalubres, a interpretação da legislação infraconstitucional que vem a regular tal matéria, sob pena de interpretação contrária a constituição.

É necessário, portanto, entender a origem da necessidade de pagamento adicional à essas atividades para que se possa, então, interpretar as normas infraconstitucionais à luz da constituição.

Após a segunda guerra Mundial, e considerando as barbaridades que foram cometidas na época, a sociedade necessitou que houvesse uma descoisificação do homem, ou seja, o homem fosse visto como um fim em si mesmo.

Por essa razão, as diversas legislações ao redor do Mundo, além de construir princípios sólidos constitucionais de proteção a pessoa, preceituam que haja a conjugação da interpretação literal da norma com os valores a partir dos quais, deveriam ser interpretadas as legislações infraconstitucionais⁶.

² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*.

⁴ SOARES, Ricardo Mauricio F. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência República, 2023. Disponível https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

⁶ RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.



Daí a necessidade da interpretação da lei, além do que está escrito, obtendo de forma congruente com o momento vivido pela sociedade, os valores por trás daquela norma, para que o direito atinja sua finalidade:

[...] o direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade[...].⁷

Superada a explicação história para a necessária interpretação com base em valores e normas, faz-se necessário explicar em que consiste o adicional de insalubridade.

Atividades insalubres são definidas pelo art. 189 da Consolidação das Leis do Trabalho e são aquelas consideradas “por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.”⁸

Essas atividades são regulamentadas e definidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego nos termos do art. 155 e 200 da CLT⁹ além de constarem em normas regulamentadoras, em especial no que tange ao tema, a Norma Regulamentadora nº 15.¹⁰

A partir de então é ciente de que o homem que exerce trabalhos que prejudicam a sua saúde deve ser remunerado de forma superior ao trabalho normal, deve-se entender que tais normas visam à garantia da saúde do trabalhador e consequentemente, da dignidade da pessoa humana.

O trabalho realizado em ambiente insalubre, assim considerado aquele em que os agentes nocivos são encontrados em patamares superiores aos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, é remunerado com adicional. Como visto no capítulo relativo à remuneração, os adicionais são parcelas salariais condicionadas à prestação do serviço em condições mais gravosas ao trabalhador (trabalho em ambiente insalubre ou perigoso, trabalho noturno, trabalho em sobrejornada etc.).¹¹

⁷ SOARES, Ricardo Mauricio F. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 de agosto de 2024.

⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*.

¹⁰ BRASIL, NR 15 - **ATIVIDADES E OPERAÇÕES INSALUBRES, ANEXO N.º 11, 12 e 13**, Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/normas-regulamentadora/normas-regulamentadoras-vigentes/norma-regulamentadora-no-15-nr-15/>. Acesso em: 05 mar. 2024.

¹¹ RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

No caso dos servidores públicos, apesar de não estarem sujeitos ao regime celetista, em razão da vinculação ao Estado para prestação de serviço não eventual, e relação jurídica subordinada ao direito público, a interpretação lógica é a mesma.

Isso porque o servidor público, mesmo que esteja sujeito a regime jurídico diverso, também está sujeito a proteção de sua saúde em decorrência da dignidade da pessoa humana.

Assim, a fim de regular a matéria, especificamente no que toca os servidores públicos, foi editado o Decreto nº 97.458/89¹², que regulamenta a concessão dos adicionais de periculosidade e de insalubridade.

O art. 6º do referido decreto diz que “a execução do pagamento somente será processada à vista de portaria de localização ou de exercício do servidor e de portaria de concessão do adicional, bem assim de laudo pericial”.

Após a edição do referido decreto, foi promulgada a Lei nº 8.112/90¹³, que trata do Estatuto jurídico dos servidores públicos da União e prevê que é obrigação do Estado manter laudos periódicos e atualizados de avaliação ambiental nos locais de trabalho dos servidores.¹⁴

Observando toda a legislação pertinente, tem-se necessária a interpretação sistemática entre os dispositivos a fim de dar concretude a norma e aos valores constitucionais que objetivam a proteção à saúde dos trabalhadores como desdobramento da garantia da dignidade da pessoa humana.

2. A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA ENTRE O ART. 68, 69 DA LEI Nº 8.112/90 E O ART. 6º DO DECRETO Nº 97.458/89, À LUZ DA CRFB/88

O art. 68 da Lei nº 8112/90 prevê que: Os servidores que trabalhem com habitualidade em locais insalubres ou em contato permanente com substâncias tóxicas, radioativas ou com risco de vida, fazem jus a um adicional sobre o vencimento do cargo efetivo.¹⁵

No artigo seguinte da referida legislação há norma expressa da obrigatoriedade do Estado em realizar o controle dessas atividades: “Haverá permanente controle da atividade de servidores em operações ou locais considerados penosos, insalubres ou perigosos.”¹⁶

¹² BRASIL. **Decreto nº 97.458, de 11 de janeiro de 1989**. Institui o Regulamento a concessão dos Adicionais de Periculosidade e de Insalubridade, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d97458.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

¹³ BRASIL. **Lei nº 8112, de 11 de dezembro de 1990**. Institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

¹⁴ BRASIL. ref. 12.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.



O Estado, por não cumprir seu papel de manter o controle dos ambientes de trabalho de forma permanente, vem adotando o entendimento de que só é devido o pagamento do adicional de insalubridade a partir da perícia no local que constate a situação da insalubridade.

Ora, se a omissão no controle permanente é responsabilidade do estado, o servidor que está exposto a condição insalubre, condição esta que afeta sua saúde e segundo a constituição deve ser remunerada em patamar superior a contraprestação habitual, não poderia ser o servidor penalizado pela desídia do Estado.

Importante que se esclareça que o PUIL – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei, tem previsão no art. 14 da Lei nº 10.259/01, que diz o seguinte: “Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.”¹⁷

Tal procedimento é regulamentado pela Resolução STJ/GP n. 10/2007 e pelo art. 67, parágrafo único, VIII-A, do Regimento Interno do STJ, que definem o procedimento a ser seguido no pedido de uniformização de jurisprudência.

O entendimento sustentado pelo poder executivo na defesa do interesse público em juízo, foi o adotado pelo STJ no julgamento do PUIL 413, que deu interpretação restritiva ao texto legal, e consequentemente, suprimiu direitos dos servidores públicos, em grave ofensa a constituição federal.

Ressalte-se o trecho da ementa que chega a esta conclusão:

[...]A questão aqui trazida não é nova. Isso porque, em situação que se assemelha ao caso dos autos, o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido no sentido de que "o pagamento de insalubridade está condicionado ao laudo que prova efetivamente as condições insalubres a que estão submetidos os Servidores. Assim, não cabe seu pagamento pelo período que antecedeu a perícia e a formalização do laudo comprobatório, devendo ser afastada a possibilidade de presumir insalubridade em épocas passadas, emprestando-se efeitos retroativos a laudo pericial atual" (...) 5. Pedido julgado procedente, a fim de determinar o termo inicial do adicional de insalubridade à data do laudo pericial.¹⁸

Da análise do texto legal, poder-se-ia deduzir que o pagamento do referido adicional só seria devido após a constatação da situação de insalubridade, porém não se pode deduzir que

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pedido de uniformização de interpretação de Lei nº 413– RS (2017/0247012-2)** Pedido de uniformização de jurisprudência. Adicional de insalubridade. Reconhecimento pela administração. Retroação dos efeitos do laudo. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Incidente provido. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 11 de abril de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702470122&dt_publicacao=18/04/2018. Acesso em: 05 mar. 2024.

a data inicial do pagamento é a da perícia que o constatou. Isso porque a perícia pode constatar situação pretérita, a qual estava submetido do servidor, que não se alterou, ou seja, o ato de constatação é meramente declaratório de situação jurídica existente.

Isso porque, existem 03 espécies de exposições insalubridade, as quais o servidor poderá ser submetido: a exposição à agentes, químicos, físicos e biológicos. É necessário entender que cada qual tem a sua categoria, conforme ensina Luciano Martinez, em sua obra de Direito do trabalho, para que se possa fazer a correta distinção:

[...]agentes físicos (ruído, calor, pressões hiperbáricas, vibrações, frio e umidade), químicos (substâncias químicas e poeiras minerais devidamente identificadas no anexo da NR-15) ou biológicos (agentes biológicos devidamente identificados no anexo da NR-15) de caráter nocivo e os correspondentes limites de tolerância. Se não estiverem previstos nas normas regulamentares do Ministério do Trabalho (ora Ministério do Trabalho e Previdência), os agentes, por mais nocivos que pareçam ser, não produzirão o direito ao recebimento do adicional de insalubridade.¹⁹

Assim, é certo que para se identificar a exposição a estes agentes seria necessário laudo ambiental ou perícia ambiental. Diferente, porém, é afirmar que somente a partir da data da perícia é que seria devido o adicional.

Em primeiro lugar porque a situação *in concreto* pode ser muito anterior à data da perícia ou do laudo ambiental que a constatou, como o é, na maioria das vezes. Em segundo lugar porque a situação pode não ser mais identificada através de perícia ou laudo ambiental porque a exposição já findou ou o local já não existe.

Tais situações deveriam ser consideradas no referido julgamento, e não foram, razão pela qual é necessária a reanálise do caso para que haja a efetiva proteção dos direitos fundamentais, os quais, aqueles, a constituição buscou proteger.

Ao contrário, ao prestigiar tal julgamento estaríamos dando interpretação restritiva a norma constitucional, o que é vedado, visto que o direito fundamental só pode ser restringido por norma da mesma hierarquia.

Além disso, é de suma importância que se esclareça que da leitura atenta do caso que deu origem a fixação deste PUIL, não se verifica o necessário debate sobre o tema e todas as suas nuances.

Portanto, é possível considerar que a solução dada pelo julgado tem cunho evidentemente político no sentido de que busca diminuir o custo do Estado, em detrimento da saúde do trabalhador.

¹⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book.



Tal situação, faz rememorar a ideia do movimento que surgiu pós 2ª Guerra Mundial para proteção do homem²⁰, como um fim em si mesmo e não apenas como meio de produção do Estado, que deve ser defendida sob pena de voltarmos a pensar apenas na produção e esquecer da dignidade e da proteção a pessoa.

As regras de interpretação sobre as quais se fundam a hermenêutica, ditam que as normas e regras não devem ser interpretadas exclusivamente de forma literal. O ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistemática, a luz da Constituição Federal, com base na história, na sociologia e na teleologia, para que se extraia da norma o seu real alcance.²¹

Dito isto, é necessário que se observe a norma constitucional como regra geral, por meio da qual não existe só o texto legal, e sim um conjunto de valores que traduzem a vontade do legislador, que devem ser interpretados de forma sistemática e em observância aos direitos fundamentais, que imperam sobre a vontade do intérprete, também chamado de filtragem constitucional.

[...]A filtragem constitucional constitui processo hermenêutico que pressupõe o caráter de supremacia da norma constitucional, impondo que a apreensão do significado das normas de todo o ordenamento jurídico deve ser feita levando em conta os valores constitucionais.²²

Assim, os direitos fundamentais, e em especial, a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República Federativa do Brasil, deve reger toda a interpretação da legislação infraconstitucional.

Atualmente, a jurisprudência diferencia o tratamento dado a servidores públicos e empregados celetistas na mesma condição, e isso fere a regra constitucional da isonomia²³.

Note-se que é possível, na justiça do trabalho que seja realizada uma prova indireta, ou seja, quando a situação a qual o trabalhador estava exposto já não existe. Essa prova pode ser dar por meio de oitiva de testemunhas, laudo pericial, prova documental etc.²⁴ Ou seja, é possível, que a conclusão pela situação de insalubridade seja constatada por outros elementos de prova.

²⁰ RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

²¹ SOARES, Ricardo Mauricio F. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

²² SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. *E-book*.

²³ BRASIL. ref. 1.

²⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (8ª Turma), **Agravo de instrumento em recurso de revista nº 463-51.2018.5.11.0301**, [...]B) RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte Superior vem admitindo a dispensa da realização da perícia quando, nos autos, houver outros elementos que atestem as condições de risco [...], Relatora: Min. Dora Maria da Costa, 16 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 20 fev. 2025.

Já no tocante aos funcionários públicos, a jurisprudência²⁵ só admite o pagamento do adicional de insalubridade quando ocorre perícia ambiental no local de trabalho e somente a partir da data em que ocorre a perícia é que se reconhecem como devidos os pagamentos. Com essa lógica, é como houvesse uma situação constitutiva do direito com a realização da perícia, o que destoa da realidade dos casos concretos.

A atividade insalubre, é insalubre a partir do momento em que são desempenhadas funções determinadas e que o funcionário entra em contato com os agentes químicos, físicos e biológicos, sendo o laudo pericial mera constatação de existência de situação pregressa.

Essa é a interpretação lógica silogística da existência da situação *in concreto*, visto que se uma atividade é desenvolvida e nela o profissional toma contato com os agentes nocivos, logicamente, eventual perícia só constataria a situação já existente, ou seja, mera declaração uma situação jurídica já existente.

A interpretação trazida no julgamento do PUIL ao invés de trazer proteção aos direitos sociais pode ser considerada um retrocesso, vez que suprime parte do período em que a atividade insalubre foi desenvolvida.

O princípio da proibição do retrocesso social, também chamado princípio da proibição do regresso, consiste em critério hermenêutico pelo qual o intérprete, quanto ao tema de igualdade de tratamento nos direitos sociais, deve manter um trajeto gradualista, sempre ascendente em busca de maior igualdade, de forma a evitar recuos históricos na proteção destes direitos.²⁶

Com isso, impõe um grave e desproporcional ônus ao servidor público que lhe serve, inclusive deixando de remunerá-lo por grande período em situações que deveriam ser remuneradas em patamares superiores ao habitual, nos termos do ditame constitucional e grave retrocesso social.

Isso porque a interpretação dada no julgado objeto de crítica desse estudo, parece tender ao interesse Estatal de economia dos cofres públicos, prejudicando assim, o servidor exposto a situação insalubre.

²⁵ BRASIL. **Decreto nº 97.458, de 11 de janeiro de 1989**. Institui o Regulamento a concessão dos Adicionais de Periculosidade e de Insalubridade, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d97458.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

²⁶ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. *E-book*.



3. A TÉCNICA DE DISTINÇÃO DE PRECEDENTES COMO ALIADA PARA AFASTAR O ENTENDIMENTO DO PUIL N° 413, ATÉ QUE HAJA SUA SUPERAÇÃO

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, foi positivado um sistema de precedentes, típico do sistema *common law*, no ordenamento jurídico brasileiro. O sistema brasileiro sempre foi um sistema de *civil law*, que utilizava de certa forma, uma tímida característica de aplicação de jurisprudências vinculantes através de criação de enunciados de súmulas do STF.

A partir da criação de regras específicas para padronização de decisões, tem-se o que se entende por teoria dos precedentes, a partir da qual, houve uma mescla no sistema conhecido até então, ao sistema de precedentes anglo-saxônicos:

A técnica de decidir a partir de precedentes, empregando-os como princípios argumentativos, é uma das bases dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos, ligados à tradição jurídica do *common law*. Isto não significa, porém, que o ordenamento jurídico brasileiro, historicamente vinculado à tradição jurídica romano-germânica (conhecida como *civil law*), tenha “migrado” para o *common law*. Muito ao contrário, o que se tem no Brasil é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes (e enunciados de súmula) adaptados às características de um ordenamento de *civil law*.²⁷

É necessário que se compreenda que a teoria dos precedentes foi criada visando a desafogar o judiciário, muito diferente, portanto, de como surgem os precedentes no modelo do *common law*.

No *common law*, os casos concretos dão origem a um julgado que vira um precedente, aplicado aos demais casos em que se discute a mesma matéria. No Brasil, os precedentes são criados para serem precedentes, ou seja, são selecionados casos similares específicos que sobrecarregam o judiciário, e a partir de então, com o julgamento de determinado caso, vincularão os demais casos que versem sobre o mesmo tema. A lógica trazida é bem diferente do sistema anglo-saxônico e busca desafogar o judiciário de assuntos repetitivos²⁸

De fato, o STF e o STJ são responsáveis, respectivamente, pela fixação da interpretação da Constituição Federal e da legislação federal, o que sugere que suas interpretações sejam observadas não apenas pelos demais órgãos jurisdicionais, mas, também, ainda que de forma persuasiva, pelos demais Poderes.²⁹

No caso objeto deste artigo, em razão das diversas decisões sobre a matéria, o STJ buscando padronizar as decisões, fixou o entendimento que deve ser aplicado em todos os casos similares ao do julgado, no sentido de que só é devido o pagamento do adicional de

²⁷ CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*.

²⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. *E-book*.

²⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Precedentes no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. *E-book*.

insalubridade aos servidores públicos a partir do laudo pericial que constatar a insalubridade acima dos limites permitidos pela legislação e somente a partir da data da constatação.

No julgamento, porém, o STJ não analisou de forma suficiente as peculiaridades que envolvem o caso concreto, razão pela qual, se faz necessário adotar técnicas de distinção da decisão objeto da impugnação. Vejamos que nas lições do processualista Alexandre Câmara, é citado que “A jurisprudência dos tribunais deve ser estável, íntegra e coerente (art. 926).”³⁰

A coerência garante isonomia e é a chave para a integridade (FPPC, enunciado 455: “Uma das dimensões do dever de coerência [é] o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”). O dever de coerência e integridade impede que as decisões judiciais sejam construídas de forma discricionária ou arbitrária, a partir de posturas voluntaristas.³¹

Para tanto é necessário adentrar na teoria do que é insalubridade e nas suas espécies, peculiaridades estas não analisadas no julgamento. Existem dois tipos de insalubridade, as qualitativas e as quantitativas. A insalubridade que pode ser considerada como qualitativa significa que o contato com determinados agentes químicos, físicos, ou biológicos, por si só caracteriza a atividade insalubre porque causa risco a saúde do servidor.

A atividade laboral é considerada insalubre quando sofre a ação de agentes químicos, físicos ou biológicos, segundo o quadro de atividades previsto na NR-15 da Portaria n. 3.214/78 que considera: a) físicos: a energia, o calor, o frio, as radiações, as vibrações e a umidade entre outros; b) químicos: os compostos, produtos ou substâncias possíveis de penetração no organismo por contato ou ingestão, como é o caso de poeira, vapores, névoas e fumos; c) biológicos: os microorganismos diversos, tais como vírus, bactérias, parasitas e fungos.³²

Não se questiona a necessidade da perícia para declarar a situação jurídica existente, e sim a decisão de que a data inicial de pagamento é a data do laudo que reconhece a situação insalubre.

Já a insalubridade considerada como quantitativa, está prevista na NR-15, como necessário de que se afira se a exposição supera os limites de tolerância e se os equipamentos de proteção oferecidos pelo empregador são capazes de reduzir a exposição aos agentes, aí sim, a perícia é capaz de determinar o grau de exposição e se os equipamentos de proteção seriam capazes de diminuir o risco criado.

³⁰ CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*.

³¹ CÂMARA, ref. 30.

³² FREDIANI, Yone. **Direito do trabalho**. Barueri: Manole, 2011. *E-book*.



Desta forma, não andou corretamente o STJ ao fixar o referido entendimento sem delimitar a quais casos se aplica o julgado. Em primeiro lugar, por não atender as exigências de fundamentação necessárias previstas nos arts. 10 e 489 do CPC.

Em segundo lugar, porque aplicar a mesma decisão a servidores expostos a insalubridade quantitativa e qualitativa, vai contra a lógica da insalubridade qualitativa, onde a mera exposição causa o risco à saúde do servidor, e, portanto, nesse sentido a perícia é mera declaração de situação jurídica existente:

Há de ser ressaltado que determinadas atividades, em razão de sua própria natureza, são insalubres e não permitem sua eliminação do ambiente de trabalho, como é o caso dos hospitais, isolamentos e laboratórios, já que inexistem meios de neutralização dos efeitos nocivos à saúde do trabalhador.³³

Por último, seria necessário que se fizesse previsão do que ocorreria quando a inércia e demora na produção do laudo perícia, fosse culpa do próprio Estado, que agiu com desídia em suas funções de fiscalizar o ambiente de trabalho e o risco aos quais seus servidores estão expostos na prestação do serviço público.

A fim de tentar solucionar a situação, ao menos momentaneamente, buscando uma futura superação do precedente, aplicando ao caso a técnica jurídica da distinção, é possível ao aplicador da lei, afastar o precedente criado pelo STJ em razão da ausência de enquadramento do caso concreto ao caso que foi objeto do julgado.

A tese firmada em precedente vinculante (assim como em enunciado de súmula vinculante) pode ser modificada ou superada. Isto exigirá, porém, procedimento próprio, em que deverá haver a realização de audiências públicas, assegurada a participação de amici curiae, de forma a se garantir uma ampliação do contraditório que confira legitimidade democrática à alteração do entendimento vinculativo (art. 927, § 2o).³⁴

Isso porque ao decidir de forma genérica sobre o tema, o STJ resolveu o problema relacionado a alta demanda, porém criou um problema de injustiça aos servidores cuja insalubridade se enquadra como qualitativa, visto que em determinadas atividades, não existem meios de eliminação dos efeitos nocivos à saúde.

Nesse sentido, importante que os operadores do direito tragam a debate o referido tema, a fim de que o caso possa novamente chegar ao STJ e haja aplicação da técnica de superação do precedente:

³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Precedentes no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. *E-book*.

³⁴ CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*.

A revisão ou superação da tese firmada em padrão decisório vinculante exige, sempre, fundamentação adequada e específica, de forma a que se justifique expressamente a razão da dita revisão ou superação, sempre levando em consideração os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4o).³⁵

A técnica jurídica aplicada ao conhecimento específico sobre o tema, é essencial para que se possa de fato alcançar a justiça que se busca e a efetividade dos direitos fundamentais, também aos funcionários públicos.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, o presente trabalho visou a analisar o julgado no Pedido de Uniformização de Interpretação de lei nº 413 do STJ, que buscava encerrar a litigiosidade sobre o tema do termo a quo do pagamento de adicional de insalubridade aos servidores públicos, através da fixação de um entendimento vinculante, pela interpretação do art. 6º do Decreto nº 97.458/89.

Ocorre que o julgamento acabou causando um problema ao deixar de especificar as nuances técnicas que deveriam nortear a matéria, e ao invés de encerrar a litigiosidade sobre o tema, em razão da ausência de fundamentação adequada tecnicamente no que diz respeito as espécies de insalubridade, acabou instaurando uma problemática de injustiça aos servidores expostos a agentes químicos, físicos e biológicos.

Verificou-se que era necessário quando do julgamento do tema, uma análise sobre os tipos de insalubridade, bem como que o julgamento respeitasse uma hermenêutica em sua elaboração, à luz dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Somado a isso, deveria ter ocorrido a previsão de quais seriam as consequências nos casos em que a demora na produção do laudo pericial tenha se dado em razão da omissão Estatal.

No entanto, o se verificou foi um julgado puramente utilitarista, que foca no interesse público e inobservou a necessária contraprestação prevista constitucionalmente para remunerar os servidores que são expostos a situações de insalubridade com agentes químicos, físicos e biológicos.

Tal situação pode ser considerado um retrocesso a proteção dos direitos sociais e nos rememora aos idos da 2ª guerra mundial e os anseios sociais por dignidade de trabalho e busca da valorização do indivíduo em sua essência.

³⁵ CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*.



Portanto, uma ferramenta de valiosa utilidade aos operadores do direito é a técnica de *distinguish*, para que se possa afastar a aplicação do precedente vinculante, tendo em vista que as minúcias necessárias não foram objeto do julgado, e portanto, é possível questionar casos em que existem peculiaridades não esclarecidas no julgado.

Assim, a solução proposta a problematização trazida com o presente artigo, é aplicação da técnica de distinção dos precedentes, matéria trazida pelo CPC/2015, para que com base nos conceitos técnicos necessários se construa uma conscientização de necessidade de superação do entendimento fixado, com a técnica chamada *overruling*.

REFERÊNCIAS

B. FILHO, Antônio Nunes, **Insalubridade e periculosidade**: manual de iniciação pericial. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2004. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023] Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 97.458, de 11 de janeiro de 1989**. Institui o Regulamento a concessão dos Adicionais de Periculosidade e de Insalubridade, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d97458.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001**. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 mar. 2024.

Brasil. **NR 15 - ATIVIDADES E OPERAÇÕES INSALUBRES, ANEXO N.º 11, 12 e 13**, Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria->

permanente/normas-regulamentadora/normas-regulamentadoras-vigentes/norma-regulamentadora-no-15-nr-15/. Acesso em 05 mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pedido de uniformização de interpretação de Lei nº 413– RS (2017/0247012-2)** Pedido de uniformização de jurisprudência. Adicional de insalubridade. Reconhecimento pela administração. Retroação dos efeitos do laudo. Impossibilidade. Precedentes do STJ. Incidente provido. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. 11 de abril de 2018. Acesso em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702470122&dt_publicacao=18/04/2018. Acesso em 05 mar. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. (8ª Turma), **Agravo de instrumento em recurso de revista nº 463-51.2018.5.11.0301**, Relatora: Min. Dora Maria da Costa, 16 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/processos-do-tst>

CÂMARA, Alexandre F. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*.

FREDIANI, Yone. **Direito do trabalho**. Barueri: Manole, 2011. *E-book*.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Grupo GEN, 2023. *E-book*.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Precedentes no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. *E-book*.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2023. *E-book*.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. Grupo GEN, 2023. *E-book*.

RIGOLIN, Ivan B. **Comentários ao regime único dos servidores públicos civis**. 7.ed. *E-book*.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. *E-book*.

SOARES, Ricardo Mauricio F. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.



A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO AUXILIAR À RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO PATERNO

Beatriz Ferreira Galante

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

Resumo – o abandono paterno desponta como uma cultura socialmente enraizada no Brasil e nesse contexto, o artigo trata dos efeitos dessa prática e como esses são evidenciados à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, aplicado conjuntamente com o melhor interesse da criança e do adolescente. Exsurge, pois, a controvérsia sobre a eficácia social da aplicação da reparação por danos morais em razão do abandono afetivo paterno, bem como acerca de sua aplicabilidade cumulada com métodos pedagógicos e conscientizadores, a fim de que haja efetiva mudança no panorama social atual.

Palavras-chave – Direito Civil. Justiça Restaurativa. Responsabilidade Civil. Abandono paterno.

Sumário – Introdução. 1. As normas jurídicas frente à realidade fática dos lares brasileiros segundo a cultura do abandono e a herança histórica da desigualdade de gênero. 2. A judicialização do afeto: a violação do dever jurídico de cuidado e a aplicação da responsabilidade civil. 3. O papel da Justiça Restaurativa como auxiliar nos casos de abandono afetivo paterno. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a efetividade da indenização a título de danos morais decorrente do abandono afetivo paterno e os efeitos da judicialização do afeto, bem como a possibilidade de aplicação de políticas públicas de forma concorrente ao processo judicial tradicional. Busca-se demonstrar que há a possibilidade desta reparação no Brasil, contudo, a problemática se insere no que tange à efetividade prática e social dessa compensação manifestada em pecúnia, em razão da necessidade de procura por alternativas de se reparar o abandono, sob pena de categorizar relações existenciais como frutos de um Direito Civil patrimonialista. A jurisprudência brasileira, baseada na dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, criou o conceito de abandono afetivo como a omissão do genitor em cumprir os encargos afetivos e materiais decorrentes do poder familiar.

Frise-se que os elementos de cuidado, afeto e educação não são passíveis de monetarização, pois são incalculáveis. Sendo assim, ainda que haja a indenização, faz-se necessário questionar acerca da possibilidade de caminhos alternativos à exclusividade da responsabilidade civil. Tal porque não há como precificar aquilo que não tem preço, devendo, dessa forma, serem incluídas medidas com o escopo socioeducativo ao causador do ilícito aqui

tratado, para além da reparação em pecúnia. Desse modo, será factível a produção de resultados existenciais em condenações estritamente pecuniárias para que estas não sejam apenas monetárias, mas, também, pedagógicas e construtivas, a fim de que, de fato, haja mudança na vigente cultura do abandono paterno.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o contexto do abandono paterno no Brasil, relacionado aos dispositivos legais violados por esta prática, demonstrando dados bibliográficos que comprovam a desobediência aos princípios jurídicos pelos pais ausentes, relatando, ainda, sobre a questão patriarcal que envolve a construção social da paternidade.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, os efeitos e as consequências jurídicas do descumprimento do dever jurídico de cuidado, fato esse que configura ato ilícito. Elabora-se, ainda, sobre os posicionamentos jurisprudenciais, bem como o consequentialismo que deve ser observado nas decisões judiciais acerca do assunto.

O terceiro capítulo versa sobre a possibilidade de implementação de medidas diversas da reparação pecuniária, ainda que cumulativas à esta, tais como procedimentos didáticos e elucidativos, no intuito de mitigar a ocorrência desses casos. Tais atos podem ser implementados por meio da Justiça Restaurativa, que é a via adequada para humanizar o judiciário.

A pesquisa caracteriza-se pelo método explicativo, utilizando-se de levantamento bibliográfico, em torno de legislação, artigos, livros, monografias, bem como de análise de jurisprudência. Ademais, o desenvolvimento do artigo será a partir do emprego do método hipotético-dedutivo, na medida em que serão selecionadas proposições hipotéticas, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. A abordagem do objeto desta pesquisa será, portanto, qualitativa, já que a bibliografia pertinente à temática em foco será empregada para a fundamentação da tese.

1. AS NORMAS JURÍDICAS FRENTE À REALIDADE FÁTICA DOS LARES BRASILEIROS SEGUNDO A CULTURA DO ABANDONO E A HERANÇA HISTÓRICA DA DESIGUALDADE DE GÊNERO

A família é a primeira socialização do indivíduo. Por isso, no que tange ao convívio familiar e suas nuances, é mister citar o poder familiar, que é a denominação atual trazida pelo Código Civil de 2002¹ para o que antes se alcunhou de “pátrio poder”, à época do Código Civil

¹BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em:



de 1916². Tal mudança ocorreu devido à evolução das relações familiares, principalmente no tocante ao distanciamento da relação originária, que pressupunha o exercício de poder dos pais sobre os filhos, enquanto vigia a doutrina da situação irregular, para se aproximar do foco nos deveres parentais à luz da doutrina da proteção integral. A doutrina vigente fez das crianças e adolescentes sujeitos de direitos, titulares, portanto, da prerrogativa de exigir a efetivação desses em face do Estado, da sociedade e da família³.

Ora, se antes o olhar jurídico se pautou numa perspectiva formalista, hoje cabe aos pais a formação e o cuidado do(s) filho(s), protegendo suas competências socioemocionais pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Nessa direção, o poder familiar configura um “poder-dever” jurídico, delegado e fiscalizado pelo Estado, exercido, atualmente, por responsáveis, geralmente pais e/ou por mães, devido à centralidade do valor dignitário da pessoa humana⁴. Há, desse modo, responsabilidade parental em vez de poder parental, pois esses deveres jurídicos visam à formação das crianças e adolescentes em sua integralidade. Torna-se evidente, portanto, que o cerne da família é a parentalidade, de forma desconexa à conjugalidade, uma vez que os pais se encontram obrigados aos encargos jurídicos, independente da forma familiar adotada⁵.

Nesse contexto, é necessário analisar os direitos infanto-juvenis à luz da ampliação de direitos para conferir maior segurança jurídica aos filhos. Por isso, o princípio da paternidade responsável possui eficácia irradiante por todo o sistema jurídico, para além do artigo 226, § 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil⁶, pois seu valor fundamental é a dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, o artigo 1.634 do Código Civil de 2002 prevê que compete a ambos os pais o pleno exercício do poder familiar, independente da situação conjugal que o casal se encontre. As obrigações ante expostas foram reproduzidas nos artigos 3º, 4º, 19

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 16 ago. 2024.

²BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Instituiu o Código Civil de 1916. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 16 ago. 2024.

³BARROS, Guilherme de Freire de Melo. **Coleção Leis Especiais: Estatuto da Criança e do Adolescente**. Salvador: Juspodivm, 2009.

⁴TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Grupo Editorial Nacional e Método, 2012, p. 25 *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

⁵VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Direito ao respeito de crianças e adolescentes e autonomia progressiva: por uma visão integrativa desse direito fundamental. **Revista Vox**, n. 12, p. 126-141, 2020.

⁶BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul.2024.

e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷, que determinam que crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais,⁸ sem prejuízo da proteção integral e, por isso, são assegurados a eles todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral e social completo.

Nessa direção, extrai-se do diploma legal que é dever da família assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida e à saúde, mas, também, em relação à convivência familiar. São, portanto, determinações legais àqueles que escolheram a parentalidade, haja vista o reconhecimento do cuidado como valor jurídico integrante do ordenamento vigente. Assim, não há distinção legal entre os deveres maternos e paternos, tendo em vista que a lei atual não faz diferenciação entre os gêneros, sinalizando os pais e as mães como corresponsáveis pelo montante de obrigações e deveres em relação à prole.

Sendo assim, cinge-se a controvérsia em relação à aplicabilidade prática das normas jurídicas supramencionadas, no tocante ao descumprimento voluntário dos deveres inerentes ao poder familiar cujas consequências não se mensuram no âmbito jurídico. É verdade que a ausência materna e a ausência paterna produzem efeitos prejudiciais à formação do indivíduo de forma semelhante. Entretanto, há de se questionar, entretanto, se, no Brasil, há abandono materno na mesma frequência em que os abandonos paternos ocorrem, a fim de elucidar a problemática apresentada sem antes enviesá-la.

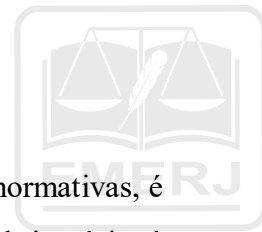
Para responder à questão, é mister afirmar que, em solo pátrio, o abandono paternal é manifesto em maiores proporções que o maternal, razão pela qual se faz necessário atravessar o presente tema com a questão da ausência paterna e suas nuances jurídico-sociais. Isso porque, de acordo com os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com base no Censo Escolar de 2011, há 5,5 milhões de crianças brasileiras sem registro paterno na certidão de nascimento. Nesse diapasão, cabe afirmar que o Estado do Rio de Janeiro lidera o ranking com 677.676 crianças sem filiação completa, seguido por São Paulo, com 663.375 crianças com pai desconhecido⁹. Frise-se que, apenas em 2024, mais de 91 mil crianças foram registradas sem o nome do pai neste país, segundo dados do Portal da Transparência da Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais¹⁰. Surge cristalina, desse modo, a cultura de

⁷BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 18 jul. 2024

⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁹EXAME. **Brasil tem 5,5 milhões de crianças sem pai no registro**. São Paulo, 31 jan. 2019. Disponível em: <https://exame.com/brasil/brasil-tem-5-5-milhoes-de-criancas-sem-pai-no-registro/>. Acesso em: 19 jun. 2024.

¹⁰PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO REGISTRO CIVIL. **Pais ausentes**. Disponível em: <https://transparencia.registrocivil.org.br/sobre>. Acesso em: 03 ago. 2024.



abandono paterno socialmente enraizada em solo pátrio, pois, em famílias heteronormativas, é quase que facultativa a responsabilidade do pai, enquanto elas são consideradas obrigatórias à mãe, o que infringe o dever de solidariedade familiar.

No tocante ao desequilíbrio apresentado, é necessário salientar que a disparidade no comportamento materno e paterno decorre diretamente da herança histórico-social da desigualdade de gênero perpetuada pela estruturação das bases do ordenamento jurídico brasileiro junto à construção social da paternidade nesta nação. À vista disso, cumpre esclarecer que a legislação pátria, em sua gênese estrutural e histórica, consolidou a divergência entre os gêneros que compõem a conceituação da família tradicional, como à época se colocava. Há, portanto, uma complexidade social envolvida, na medida em que a família é uma entidade histórica repleta de modulações e subjetividades em seu conceito, pois é um elemento social dinâmico - e não estático. Assim, não é natural a divisão de papéis dentro do âmbito familiar, tampouco a forma como se constitui a vida conjugal, pois as determinações familiares são criações humanas, sociais e mutáveis, que se transformam conforme a estrutura social dada¹¹.

Nessa direção, num breve contexto histórico¹², no intuito de visualizar a construção social da paternidade, convém listar que, no Direito Romano Clássico, o poder era centrado na figura do homem, marido e pai, cujos princípios basilares influenciaram o Direito Português¹³ que, chegando ao Brasil, perpetuou o patriarcalismo por meio da representação oferecida pelos senhores de engenho, que eram senhores absolutos em suas famílias, dado que, no Brasil colonial, o modelo familiar patriarcal era o único aceito como família, apesar de existirem, à época, outros modelos e arranjos familiares que permaneciam à margem do corpo social.

Com o avanço do capitalismo e da vida urbana, deu-se a ascensão da burguesia e, com isso, a mulher da “família burguesa” se fixou como o exemplo da valorização da maternidade, tendo sua capacidade reservada ao lar e à vida privada, enquanto o homem era visto pela sua força física e racional, estando a eles reservados os locais públicos e de poder. Propagou-se, consequentemente, o estigma da diferenciação entre os gêneros, uma vez que o cuidado era reservado à mãe, enquanto a provisão financeira obtida fora do lar era encargo do pai, tais figuras foram características do processo social de construção da identidade de gênero e da cultura paterno-filial pautada na isenção masculina em relação às obrigações de cuidado.

¹¹CARLOTO, Cássia Maria. A chefia familiar feminina nas famílias monoparentais em situação de extrema pobreza. **Textos & Contextos** (Porto Alegre), v. 4, n. 1, p. 1-17, 2005.

¹²CUNHA, Matheus Antônio da. O conceito de família e sua evolução histórica. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 27 set. 2010. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332. Acesso em: 21 set. 2022.

¹³VIANNA, Paula Cambraia de Mendonça; BARROS, Sônia. A evolução histórica da família brasileira. **Reme: Revista Mineira de Enfermagem**, v. 9, n. 2, p. 163-7, 2005.

Tendo em vista a preponderância da ideia de amabilidade e dependência feminina, no que concerne à atuação legislativa da época, o Código Civil de 1916 não concedia os mesmos direitos e obrigações a homens e mulheres, pois, somente aos homens cabia o direito e dever de estudar, trabalhar, gerenciar finanças¹⁴, evidenciando, mais uma vez, a construção social realizada a fim de que os deveres masculinos fossem realizados fora de casa, num papel de gestão distante, mitigando seu dever de cuidado e afeição em relação aos filhos, pois esses eram exclusivamente da mãe, o que se alastrou por gerações. Sob a ótica desse prisma, a desigualdade de gênero se consolidou como uma obra intencional e contínua desde o processo civilizatório, pois é uma concepção cultural fundada no alicerce patriarcal e erguida em cima da naturalização dos atributos femininos e da maternidade¹⁵.

Por conseguinte, é manifesto o papel da paternidade embasado pela disparidade de direitos e deveres construída pelo desequilíbrio entre os gêneros. Logo, o dever de cuidado não é socialmente erigido como obrigação masculina e paterna, o que torna explícito o vínculo entre a paternidade e a cultura do abandono. Ato contínuo, é visível que a compreensão da família como o lugar de vivência de afetos e de expressão de sentimentos é válida, contudo, esse instituto permanece subordinado à identidade de gênero de seus integrantes, o que tende a dificultar a demonstração da afetividade paterna.

Dessa maneira, o descumprimento dos deveres de cuidado deve ser analisado de forma interdisciplinar e abrangente, sem relativizar a responsabilidade do pai ausente, dado que isso seria ignorar os efeitos que esse abandono causa na prole, o que não é justo. Faz-se necessário entender o contexto histórico das relações interpessoais, todavia, sem utilizá-lo como subterfúgio para livrar os indivíduos de suas responsabilidades, evitando, assim, que se esses esquivem de seus deveres jurídicos, encontrando a devida correção para o descumprimento desses.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DO AFETO: A VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO DE CUIDADO E A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A problemática do abandono paterno evidencia o descumprimento dos deveres inerentes ao vínculo paterno-filial, que é protegido pelo conjunto de princípios jurídicos que visam à

¹⁴CAMPOPIANO, Leticia. **Tratamento da Mulher no Código Civil de 1916 e no de 2002**. Disponível em: <https://lecampopiano24.jusbrasil.com.br/artigos/339145700/tratamento-da-mulher-no-codigo-civil-de-1916-e-no-de-2002> Acesso em: 08 fev. 2022.

¹⁵ROMANELLI, Geraldo. Paternidade em famílias de camadas médias. **Estudos e pesquisas em psicologia**, v. 3, n. 2, p. 53-64, 2003.



defesa do desenvolvimento integral da prole. Frise-se que não se trata de uma obrigação imposta ao ato de amar, tampouco a exigência de outros fatores subjetivos, mas, sim, da imposição legal acerca do liame objetivo e subjacente, pautado no vínculo biológico ou mesmo autoimposto, como nos casos de adoção, para os quais há determinação constitucional de obrigações mínimas. Assim, torna-se cristalino o vínculo legal e obrigacional que envolve pais e filhos, para além do elo meramente de parentesco¹⁶, dado que não se trata do sentimento em si, mas de comportamentos objetivamente identificados.

Dessa forma, no tocante ao abandono paterno, é possível afirmar que o descumprimento do dever jurídico de cuidado caracteriza um ato ilícito, pois é, em si, uma conduta humana violadora de um direito, o que pode originar indenização a título de danos morais, porquanto lesados os direitos da personalidade do filho que sofreu com a ausência paterna. Tal porque não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar no Direito de Família, sendo plenamente possível a hipótese elencada.¹⁷

Nessa direção, de acordo com o art. 186 do Código Civil de 2002, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito¹⁸. Tendo em vista a ausência de contrato formal entre pais e filhos, em termos de responsabilidade civil extracontratual, há a violação de um dever geral de abstenção pertinente aos direitos de personalidade, baseado no dever imposto a todos de não causar dano a outrem. Para a configuração da responsabilidade civil subjetiva, fazem-se necessários os elementos que compõem o dano, a culpa do autor e o nexo causal entre eles. Logo, restando caracterizada a conduta do agente violador, bem como o nexo de causalidade entre o comportamento danoso e o referido prejuízo da lesão, torna-se real o dever de indenizar¹⁹.

Dessa maneira, ainda que se entenda o contexto sócio-histórico sobre a construção da paternidade, é de se entender que a prática do abandono afetivo consiste na supressão do direito de convivência em um ambiente familiar saudável, protetivo e atencioso. Isto posto, cabe

¹⁶SCALETCKY, Carolina. Da responsabilidade civil pelo abandono afetivo. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 50-61, maio/ago. 2024.

¹⁷GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 16 ago. 2024.

¹⁹AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. Reflexões sobre responsabilidade civil e abandono afetivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 997, p. 269-291, nov. 2018.

afirmar que o ato de abandono à prole é a realização de uma postura violadora do princípio da dignidade humana, transgredindo os preceitos fundamentais assegurados pelo ordenamento jurídico hodierno²⁰. Não se trata de precificar o afeto, tampouco a sua ausência, mas de indenizar os prejuízos morais e materiais, ocasionados voluntariamente em outrem, uma vez que o cuidado não tem preço, mas tem valor jurídico. Isso porque não se trata somente do direito à vida, mas à vida digna, isto é, uma vida qualificada pela dignidade.

Nesse diapasão, a autora Maria Berenice Dias afirma que, a partir da interdisciplinaridade com a psicologia, é possível compreender que a ausência de qualquer um dos genitores na criação do filho prejudica seu desenvolvimento psicológico e social, trazendo consequências negativas que perduram uma vida inteira e acabam por prejudicar seu desenvolvimento saudável, na medida em que trazem problemas emocionais extremamente difíceis de lidar e superar²¹. Nesse rumo, no julgamento do Recurso Especial 159.242/SP, que teve como relatora a Ministra Nancy Andrighi, fundamentado sua decisão afirmando que o dever de cuidado é um preceito legal e, por isso, tem valor jurídico, é ver:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. O amor diz respeito à motivação, questão que refogue os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tísado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.²²

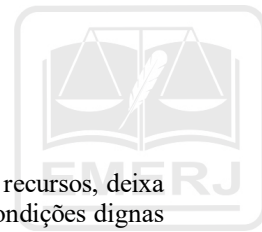
Em paralelo, igualmente importante é o dever jurídico de assistência material, cuja ausência também configura ilícito civil, reparável, do mesmo modo, mediante indenização. O seguinte julgado ilustra esse entendimento:

RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ABANDONO MATERIAL. MENOR. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PRESTAR ASSISTÊNCIA MATERIAL AO FILHO. ATO ILÍCITO (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

²⁰BONINI, Ana Carolina Zordan; ROLIN, Ana Paula dos Santos. Abandono afetivo: aplicabilidade da responsabilidade civil na relação paterno filial. **Revista Juris UniToledo**, v. 2, n. 02, p. 109-124, 2017.

²¹DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 460.

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial n. 1.159.242/SP**. Descumprimento do dever de Cuidado [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em: 22 jul. 2024.



1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a estas condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.
2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.
3. Recurso especial improvido.²³

Tendo em vista a explícita possibilidade de indenização a título de danos morais em razão do abandono afetivo e do desamparo material pelos precedentes jurisprudenciais acima elencados²⁴, cinge-se a problematização acerca da efetividade prática e social da resolução judicial apresentada, que é aplicada com exclusividade, sendo categorizada como a única plenamente viável, tratando relações existenciais sob o aspecto meramente patrimonial. Há de se questionar acerca dos efeitos sociais e as consequências fáticas desta espécie de determinação. Não se busca, desse modo, pela falaciosa afirmação de que as indenizações pecuniárias não são mecanismos válidos de reparação, pois, essa discussão, além de ultrapassada, é pacificada pelos Tribunais Superiores²⁵, haja vista a sua recorrente aplicabilidade e validade. A indenização a título de danos morais e materiais precificada em valor pecuniário deve, de fato, existir e ser empregada em litígios judiciais do presente assunto, contudo, há a latente necessidade de reavaliar resoluções judiciais cujo conteúdo seja tão somente patrimonialista, dado que há um leque de encargos que não se mensuram monetariamente²⁶, mas que possui seus efeitos socialmente evidenciados.

Com a nova normatização prevista pelo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), acrescentado pela Lei nº 13.655/18²⁷, a análise das consequências práticas da decisão judicial passa a fazer parte das razões de decidir do julgador. Assim, o magistrado deve sopesar o impacto da sua decisão, delineando possíveis consequências e efeitos

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1087561**. Descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho. Ato Ilícito[...]. Relator: Min. Raul Araújo, 18 de agosto de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27200802013280%27.REG>. Acesso em: 18 ago. 2024.

²⁴FREITAS, Jandro Góes de. Abandono afetivo no Brasil: um estudo a luz da violação do direito da personalidade da pessoa humana, sob a perspectiva jurisprudencial. **Journal of Social Issues and Health Sciences (JSIHS)**, v. 1, n. 1, 2024.

²⁵BASAN, Arthur Pinheiro; DE OLIVEIRA, Andressa Rodrigues Ferreira. A responsabilidade civil por abandono afetivo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 7, n. 2, p. 9-30, 2020.

²⁶DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁷BRASIL. Ministério de Educação e Cultura. **LINDB - Lei nº 9394/96, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 15 jul.2024.

do que se determinou²⁸. Nesse sentido, mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsividade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar, que é geral a toda decisão, passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor²⁹. Por essa razão, a fim de consolidar efeitos socialmente positivos no tocante à mitigação da cultura do abandono paterno vigente no país, deve-se buscar a possibilidade de medidas com escopo educativo ao genitor causador do ilícito civil, para além da indenização já aplicada.

Assim, vislumbra-se que a indenização a título de danos morais não seja a única e exclusiva resolução judicial para tal questão, uma vez que há a possibilidade de cumulação com medidas pedagógicas, construtivas e conscientizadoras³⁰ que, a longo prazo e em larga demanda, podem viabilizar uma efetiva mudança nos parâmetros atuais deste país em relação à negligência paterna em relação ao dever jurídico de cuidado e assistência aos filhos.

3. O PAPEL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO AUXILIAR NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO PATERNO

A resolução judicial acerca da problemática introduzida não pode acarretar uma simples compensação de danos, porquanto é um processo judicial e emocional penoso aos filhos e, por essa razão, deve extrapolar a seara relativa à importância financeira e adentrar nas questões sociais e interdisciplinares que tal demanda exige. Ademais, dada a ausência de eficácia prática no tocante à evolução do quadro social apresentado, é mister destrinchar o papel da Justiça Restaurativa, principalmente no que concerne à sua aplicabilidade no processo judicial. Cinge-se a controvérsia com relação aos efeitos dessa política pública, mormente se os seus impactos devem ser aplicados de forma alternativa ao processo tradicional ou de forma concorrente e simultânea a este.

²⁸LIMA, Ítalo Vasconcelos Sousa. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro**: o sentido constitucionalmente adequado de observar as consequências práticas decisões administrativa e judicial. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Rio Grande do Sul, 2022.

²⁹MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. A nova Lindb e o consequencialismo como mínimo existencial. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#:~:text=A%20nova%20LINDB%20e%20o%20consequencialismo%20jur%C3%ADdico%20como%20m%C3>. Acesso em: 22 jul. 2024.

³⁰SILVA, Renata Rafaela Costa da. **Análise do Abandono Afetivo Paterno**: a Justiça Restaurativa como alternativa à Responsabilidade Civil. Trabalho monográfico (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2022.



De plano, cumpre explicitar que a política pública denominada Justiça Restaurativa foi inicialmente desenvolvida para ser aplicada no âmbito do Direito Penal, sendo necessário que ocorram ajustes em sua execução prática para a devida efetivação em outros âmbitos do Direito. Assim, entende-se a referida política pública como uma forma alternativa à justiça meramente retributiva, pois opera como um facilitador na resolução de conflitos que envolvem dimensões existenciais.

Por essa razão, conforme Howard Zehr conceituou, compreende-se a Justiça Restaurativa como o processo para abranger, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinado conflito, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, prejuízos, necessidades e obrigações decorrentes deste, a fim de propiciar o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas na medida do possível³¹. Frise-se que, no Brasil, a justiça restaurativa foi introduzida como política pública pela Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça³², restando, ainda, em processo de expansão e de elaboração de suas searas.

Desse modo, a utilização da política pública em tela delineada cumpre efetivar o que dispõe o Código de Processo Civil³³, em seu artigo 694, que determina que, nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Desse modo, ainda que a justiça restaurativa não se confunda com os institutos da conciliação e mediação, ela se pauta pela execução de um conjunto de práticas que visa, no primeiro momento, o bem-estar da vítima, que pode, inclusive, escolher não participar das atividades, e depois, busca-se a devida conscientização do ofensor a fim de que ele compreenda o dano causado, atos esses destinados à promoção de uma cultura de paz.

Importante frisar que a Justiça Restaurativa não tem como objeto principal o perdão ou a reconciliação dos envolvidos, pois, se fosse esse o referencial buscado, levaria as partes à errônea ideia de obrigação ao perdão ou reconciliação a qualquer custo³⁴. Assim, salienta-se que a Justiça Restaurativa se volta a identificar as necessidades dos envolvidos, bem como

³¹ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo. Palas Athena. 2012. p. 49.

³²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em 25 jul. 2024.

³³BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16 ago. 2024.

³⁴CARDOSO, Henrique Ribeiro; KNOERR, Fernando Gustavo; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Justiça Restaurativa como instrumento de transformação de conflitos: uma análise a partir de Howard Zehr e John Paul Lederach. **Relações Internacionais no Mundo**, v. 1, n. 26, 2020.

atribuir a eles certo nível de compreensão acerca da realidade fática do outro e de si próprio, pois se estrutura como a via adequada para humanizar o judiciário.

Nessa direção, entende-se que o caminho assertivo é pautado no estímulo do senso de responsabilidade do genitor, a fim de que haja a reavaliação de seus próprios atos e ausências, adotando um caráter elucidativo acerca dos papéis assumidos na lide³⁵. Por conseguinte, vislumbra-se que o processo de sensibilização poderá impactar na construção social da paternidade supracitada, no intuito de coibir a prática violadora de direitos, combatendo-a em sua raiz, visando à mudança de comportamento em massa ao longo dos anos. Isto posto, é possível que o Judiciário adote uma postura assistencialista e seja, em si, um caminho de ressignificação das relações durante a resolução de conflitos, principalmente com o apoio interdisciplinar do corpo técnico composto por psicólogos, mediadores e conciliadores atuantes nos Tribunais de Justiça do país³⁶.

Ora, não há necessidade de exclusão do processo tradicional, pois, além de necessárias, são bem-vindas as compensações pecuniárias decorrentes do ilícito civil originado pelo descuido em relação aos filhos. Isso porque é possível a aplicação concorrente e simultânea dos caminhos reparadores da Justiça Restaurativa junto às sentenças judiciais prolatadas em favor da indenização por danos morais e/ou materiais aos filhos cuja ausência paterna se deu pela conduta omissiva de seu genitor. Sendo assim, a aplicação de métodos não-convencionais de modo simultâneo às resoluções judiciais tradicionais, que atuam em paralelo e até mesmo posteriormente, é viabilizada pela cooperação judicial, tal como pela participação das equipes multidisciplinares e extrajudiciais no sistema da Justiça Restaurativa, o que potencializa a produção de ambientes seguros e a aplicação de técnicas mais eficientes para a produção dos resultados desejados³⁷.

Não se deseja, entretanto, que o Estado interfira no *modus operandi* familiar, impondo regras na dinâmica do lar, mas, sim, que incentive e promova a consciência social, por meio de mecanismos judiciais aptos a isso, propiciando a informação e os desígnios socioeducativos aptos a viabilizar a mudança no plano social. Isso porque aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios

³⁵LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati; VASCONCELOS, Joana Eline Soares; ARAÚJO, Renata de Oliveira. A Aplicação da Justiça Restaurativa nos Casos de Abandono Afetivo Paterno. **Revista FSA**, v. 20, n. 6, 2023.

³⁶D'AVILA, Ana Flávia Velloso Borges; GUEDES, Lins; COSTA, Deborah Regina Lambach Ferreira da. Abandono afetivo: reparação por meio da mediação familiar. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, v. 22, n. 1, p. 297-320, 2021.

³⁷SILVA, Haroldo Luiz Rigo da. **Justiça restaurativa – instrumento de efetivação do princípio constitucional da felicidade**: um estudo sobre a prática em Sergipe. Dissertação (mestrado em Direito). São Cristóvão. UFS. 2017. p. 15.



consensuais, não havendo razão lógica para que se afaste a possibilidade da aplicação da Justiça Restaurativa. Torna-se evidente que a aplicação do Direito precisa acompanhar o âmbito coletivo de sua prestabilidade, dado que o ordenamento jurídico é um produto da realidade social, devendo conduzir os interesses da sociedade para a qual foi estabelecido, acompanhando seus anseios e buscando soluções fáticas para as suas necessidades reais. Desse modo, o equilíbrio das relações será possibilitado para além da indenização a título de danos morais e materiais, dotando de eficácia prática as consequências que são fruto das decisões judiciais que lapidam litígios inerentes ao lastro existencial do indivíduo.

Para a concretização das ideias acima listadas, são possíveis e viáveis os procedimentos didáticos e elucidativos que englobam a ausência filial, promovendo grupos comunitários de discussões sociais acerca do tema, bem como o acompanhamento psicológico da vítima e, também, do causador do ilícito, no intuito de mitigar a ocorrência desses casos para sanar o problema desde o seu início, curando-o na raiz.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro adota a prática das Oficinas de Parentalidade³⁸, enquanto o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo promove as Oficinas de Divórcio e Parentalidade. Em consonância com o abordado, o Conselho Nacional de Justiça oportuniza a Oficina de Pais e Mães³⁹ de modo remoto, disponível on-line para o acesso via internet, ao passo que alguns Tribunais providenciam Círculos de Construção da Paz. São, portanto, projetos embrionários da Justiça Restaurativa que visam resolver conflitos de forma pacífica, por meio do acolhimento e da escuta ativa, uma vez que a promoção do diálogo propicia a aprendizagem mútua ideal para a mudança que se espera.

Ato contínuo, resta clara a possibilidade de a Justiça Restaurativa operar como auxiliar à responsabilidade civil nos casos de abandono paterno em solo pátrio, uma vez que o encaixe entre os dois assuntos se torna totalmente viável e eficaz. Há, assim, a possibilidade de se alcançar outros resultados socialmente relevantes para além da reparação monetária pelo dano moral/material sofrido.

³⁸TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Oficinas de Parentalidade online**. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/institucional/mediacao/oficina-de-parentalidade>. Acesso em: 27 jul. 2024.

³⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Oficina de Pais e Mães online**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/formacao-e-capacitacao/oficina-de-pais-e-maes-online-2/>. Acesso em: 13 ago. 2024.

Ante o exposto, em que pese a construção social desigual que fomentou a base do exercício da paternidade brasileira, tal herança histórica não deve prosperar perpetuamente, dado que há informação suficiente sobre o assunto em tela debatido para que a sociedade caminhe em direção da resolução da problemática apresentada. Não há, portanto, razões lógicas e jurídicas que faça a comunidade social estagnar diante dos dados de abandono paterno existentes. Assim, é válido o contexto histórico das relações interpessoais, contudo, este não pode ser utilizado como escusa para livrar os genitores de suas responsabilidades. Dessa forma, há o dever jurídico de cuidado e de assistência material, que devem ser respeitados em razão do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, embasado pela dignidade da pessoa humana.

Ato contínuo, o presente trabalho apresentou a compatibilidade entre a atuação da Justiça Restaurativa e os conflitos familiares que envolvem o abandono afetivo paterno. Tal porque a elencada política pública se baseia na participação ativa dos sujeitos envolvidos, com responsabilidade, diálogo e mútuo respeito. Ademais, é mister considerar que inexistente alguém melhor do que os próprios envolvidos na lide para resolvê-lo, visto que apenas eles são capazes de compreender a totalidade de seus próprios sentimentos, junto à equipe interdisciplinar dos Tribunais, algo intangível ao Juiz Direito, que age de modo imparcial.

Conclui-se, portanto, pela incompletude das decisões judiciais que aplicam de forma exclusiva a compensação por danos morais, pois deixam de promover o esclarecimento necessário para coibir a prática violadora do dever de cuidado que ocorre em massa neste país. Isso porque o Direito precisa acompanhar a sociedade que o pressupõe, no intuito de viabilizar as transformações sociais imprescindíveis diante do quadro fático delineado. Busca-se, desse modo, a mitigação da cultura do abandono paterno e, para isso, é evidente que a postura ativa do Judiciário pode ser decisiva.

Nessa direção, restou evidenciada a efetiva possibilidade de cumulação entre as medidas socioeducativas com as sentenças judiciais que arbitram danos morais em relação ao abandono paterno. Vislumbra-se, desse modo, a aplicação concorrente dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos junto ao processo tradicional, uma vez que há veemente possibilidade de cooperação entre os sistemas, não havendo necessidade de exclusão de um deles. Torna-se cristalina, então, a necessidade de aplicação dos métodos da Justiça Restaurativa às decisões que envolvem litígios familiares, tais como o tema tratado. Espera-se, desse modo, que haja



mudança na prospecção futura do cenário demonstrado, porquanto os frutos oriundos da conscientização promovida pela interdisciplinariedade elencada serão socialmente impactantes.

Por fim, o intuito da aplicação da Justiça Restaurativa como auxiliar à responsabilidade civil nos casos de abandono paterno é promover a humanização do debate, sem retroceder nos ganhos já obtidos em relação às indenizações disponíveis. Acredita-se que o operador do Direito precisa atuar de forma empática, visualizando o lugar dos envolvidos na lide, pois o Poder Judiciário necessita estar atento e disposto para promover resoluções à altura das demandas sociais, de modo ativo, transparente e sensível, a fim de não objetificar pessoas e seus sentimentos.

REFERÊNCIAS

LEONEL, Ana Leticia Anarelli Rosati; VASCONCELOS, Joana Eline Soares; ARAÚJO, Renata de Oliveira. A Aplicação da Justiça Restaurativa nos Casos de Abandono Afetivo Paterno. *Revista FSA*, v. 20, n. 6, 2023.

AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. Reflexões sobre responsabilidade civil e abandono afetivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 997, p. 269-291, nov. 2018

BASAN, Arthur Pinheiro; OLIVEIRA, Andressa Rodrigues Ferreira de. A responsabilidade civil por abandono afetivo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 7, n. 2, p. 9-30, 2020.

BONINI, Ana Carolina Zordan; ROLIN, Ana Paula dos Santos. Abandono afetivo: aplicabilidade da responsabilidade civil na relação paterno filial. **Revista Juris UniToledo**, v. 2, n. 02, p. 109-124, 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 16 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Instituiu o Código Civil de 1916. Diário Oficial da União: seção 1, p. 133, 5 jan. 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 16 ago. 2024.

BRASIL. Ministério de Educação e Cultura. LINDB - **Lei nº 9394/96, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 15 jul.2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul.2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 18 jul. 2024

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016.** Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 25 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.159.242/SP.** Descumprimento do dever de Cuidado [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 24 de abril de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=14828610&sReg=200901937019&sData=20120510&sTipo=51&formato=PDF. Acesso em: 22 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1087561.** Descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho. Ato Ilícito[...]. Relator: Min. Raul Araújo, 18 de agosto de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27200802013280%27.REG>. Acesso em: 18 ago. 2024.

CAMPOPIANO, Letícia. **Tratamento da Mulher no Código Civil de 1916 e no de 2002.** Disponível em: <https://lecampopiano24.jusbrasil.com.br/artigos/339145700/tratamento-da-mulher-no-codigo-civil-de-1916-e-no-de-2002> Acesso em: 08 fev. 2022. Acesso em: 19 jun. 2024.

CARLOTO, Cássia Maria. A chefia familiar feminina nas famílias monoparentais em situação de extrema pobreza. **Textos & Contextos** (Porto Alegre), v. 4, n. 1, p. 1-17, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Oficina de Pais e Mães online.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/formacao-e-capacitacao/oficina-de-pais-e-maes-online-2/>. Acesso em: 13 ago. 2024.

CUNHA, Matheus Antônio da. O conceito de família e sua evolução histórica. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 27 set. 2010. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332. Acesso em: 21 set. 2022.

D'AVILA, Ana Flávia Velloso Borges; GUEDES, Lins; COSTA, Deborah Regina Lambach Ferreira da. Abandono afetivo: reparação por meio da mediação familiar. **Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law**, v. 22, n. 1, p. 297-320, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FREITAS, Jandro Góes de. Abandono afetivo no Brasil: um estudo a luz da violação do direito da personalidade da pessoa humana, sob a perspectiva jurisprudencial. **Journal of Social Issues and Health Sciences (JSIHS)**, v. 1, n. 1, 2024.



GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Italo Vasconcelos Sousa. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro: o sentido constitucionalmente adequado de observar as consequências práticas decisões administrativa e judicial**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Rio Grande do Sul, 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. A nova Lindb e o consequencialismo como mínimo existencial. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#:~:text=A%20nova%20LINDB%20e%20o%20consequencialismo%20jur%C3%ADdico%20como%20m%C3>. Acesso em: 22 jul. 2024.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; KNOERR, Fernando Gustavo; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Justiça Restaurativa como instrumento de transformação de conflitos: uma análise a partir de Howard Zehr e John Paul Lederach. **Relações Internacionais no Mundo**, v. 1, n. 26, 2020.

ROMANELLI, Geraldo. Paternidade em famílias de camadas médias. **Estudos e pesquisas em psicologia**, v. 3, n. 2, p. 53-64, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCALETSCKY, Carolina. Da responsabilidade civil pelo abandono afetivo. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 50-61, maio/ago. 2024

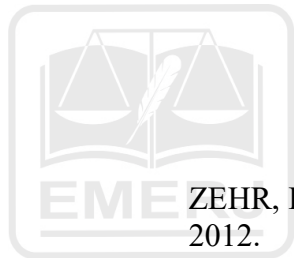
SILVA, Renata Rafaela Costa da. **Análise do Abandono Afetivo Paterno: a Justiça Restaurativa como alternativa à Responsabilidade Civil**. Trabalho monográfico (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, 2022.

SILVA, Haroldo Luiz Rigo da. **Justiça restaurativa – instrumento de efetivação do princípio constitucional da felicidade**: um estudo sobre a prática em Sergipe. Dissertação (mestrado em Direito). São Cristóvão. UFS. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Oficinas de Parentalidade online**. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/institucional/mediacao/oficina-de-parentalidade>. Acesso em: 27 jul. 2024.

VIANNA, Paula Cambraia de Mendonça; BARROS, Sônia. A evolução histórica da família brasileira. **Reme: Revista Mineira de Enfermagem**, v. 9, n. 2, p. 163-7, 2005.

VIEIRA, Marcelo de Mello; SILLMANN, Marina Carneiro Matos. Direito ao respeito de crianças e adolescentes e autonomia progressiva: por uma visão integrativa desse direito fundamental. **Revista Vox**, n. 12, p. 126-141, 2020.



ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo. Palas Athena. 2012.



CRIMES CONTRA A HONRA NA INTERNET EM RAZÃO DE *DEEPPFAKE*: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DO ERRO

Beatriz Maia Gonçalves da Silva

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

Resumo – a inteligência artificial desponta como uma nova forma de praticar crimes contra a honra. Nesse contexto, a liberdade de expressão, direito fundamental, é ponderada com a tutela dos direitos da personalidade. Exsurge, pois, a controvérsia sobre a criminalização do *deepfake*, considerando as garantias constitucionais que vedam a responsabilidade penal objetiva. Apesar da divergência sobre o tema, os filtros da ponderação e da proporcionalidade são empregados para aplicar os institutos jurídicos existentes ao surgimento de uma tecnologia inovadora utilizada na prática dos delitos, pois a tipificação dessa particular execução de crimes é despicienda.

Palavras-chave – Direito Penal. Crimes contra a honra. *Deepfake*. Teoria do erro.

Sumário – Introdução. 1. A controversa necessidade de criminalização do *deepfake*. 2. Aplicação da teoria do erro sobre os crimes contra a honra e possível afastamento da responsabilidade pelo *deepfake*. 3. Desdobramentos do *deepfake* sobre a responsabilidade penal objetiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a criminalização do *deepfake* na internet e a repercussão do estudo da teoria do erro sobre o uso dessa forma de inteligência artificial para violar a honra. Procura-se demonstrar que esse problema demanda a ponderação entre os direitos de liberdade de expressão e os direitos da personalidade que são violados no âmbito do uso indevido da tecnologia.

A internet inaugurou uma revolução no acesso à informação, ao concentrar grandes conteúdos em páginas que se abrem com um clique. Se antes a socialização dependia de encontros ou de contato físico, a realidade contemporânea é a das redes sociais, onde laços são criados e desfeitos virtualmente.

No entanto, a liquidez das relações no ambiente virtual alçou a liberdade de expressão a um nível tão amplo, que não apenas se tornou possível conhecer e elogiar ídolos, mas também xingá-los e prejudicar as respectivas imagens, sob o manto do anonimato. O *deepfake*, nesse contexto, surge como uma possibilidade que a inteligência artificial trouxe de modificar vídeos e imagens por meio de algoritmos, que tem sido utilizada de forma criminoso.

A falsa percepção da realidade, elemento central da teoria do erro do direito penal, decorre de uma ferramenta virtual que, a depender do caso concreto, torna discutível a responsabilização do agente.

Surge, portanto, a necessidade de se analisar se os mecanismos jurídico-penais existentes são capazes de caracterizar a tipicidade dos crimes contra a honra praticados em razão do *deepfake* e se a teoria do erro traz ferramentas suficientes para afastar a responsabilidade penal no caso concreto. A inquietação da sociedade com as informações falsas difundidas na internet permeia a realização deste trabalho.

Para melhor compreensão do tema, busca-se comprovar que o *deepfake* pode ser utilizado para práticas criminosas. Pretende-se, ainda, analisar os elementos dos crimes contra a honra e o *modus operandi* de sua prática na internet, de modo a defender que o intérprete do direito aplique técnicas hermenêuticas para responsabilizar adequadamente os infratores que se valerem do *deepfake* para praticar crimes contra a honra, considerando que a teoria do erro é um instrumento jurídico-penal para afastar a responsabilidade penal objetiva em determinados casos concretos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o contexto da revolução tecnológica e o surgimento de novas formas de expressão, para compreender de que forma a criminalização do *deepfake* se revela idônea a evitar essa prática.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a teoria do erro pode afastar a responsabilidade do agente que pratica o *deepfake* em relação aos crimes contra a honra, porém essa análise deve ser cotejada com a aferição dos elementos típicos desses delitos.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de mudanças legislativas diante dos desdobramentos do *deepfake* sobre a violação de direitos da personalidade. Para tanto, foi necessário refletir se as regras gerais sobre os crimes contra a honra não são suficientes para evitar a responsabilidade penal objetiva nesses casos.

A pesquisa caracteriza-se pelo método explicativo, utilizando-se de levantamento bibliográfico, em torno de legislação, pareceres, artigos, livros, monografias, bem como de análise de jurisprudência.

Ademais, o desenvolvimento do artigo será a partir do emprego do método hipotético-dedutivo, na medida em que serão selecionadas proposições hipotéticas, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. A abordagem do objeto desta pesquisa será, portanto, qualitativa, já que a bibliografia pertinente à temática em foco (legislação, doutrina e jurisprudência) será empregada para a fundamentação da tese.



1. A CONTROVERSA NECESSIDADE DE CRIMINALIZAÇÃO DO DEEPFAKE

Uma conduta se torna relevante para o Direito Penal quando se revela especialmente grave e dirigida a afetar um bem jurídico relevante. A disciplina se ocupa apenas desse pequeno número de condutas, o que se depreende da definição doutrinária¹ do princípio da fragmentariedade². Por força dessa premissa, no elenco dos bens jurídicos resguardados penalmente, a necessidade de se tutelar a honra é controvertida, quando comparada com a vida, a dignidade sexual ou até mesmo a integridade física.

Uma possível razão é a intangibilidade fática da honra. Não é possível vê-la ou tateá-la, tampouco mensurar exatamente a extensão de sua violação quando ela ocorre, sobretudo no atual cenário da revolução tecnológica. Trata-se de um direito da personalidade que, sob a perspectiva da vitimologia, atrelada aos princípios norteadores do Direito Penal, como fragmentariedade, ofensividade e *ultima ratio*, melhor seria tutelado pelo Direito Civil, cujo instituto do dano moral se revelaria mais efetivo como instrumento reparador para o ofendido.

O advento da Lei nº 9.099/1995³, que adicionou medidas despenalizadoras e destacou para os juizados especiais criminais as infrações de menor potencial ofensivo, reforça essa crítica de que a honra seria melhor tutelada por outros ramos do Direito. Como regra, os crimes contra a honra se inserem em sua competência, considerando as penas de detenção, de seis meses a dois anos, e multa, na calúnia; detenção, de três meses a um ano, e multa, na difamação e detenção, um a seis meses, na injúria, conforme os artigos 138, 139 e 140 do Código Penal⁴.

Não obstante essa tendência arrefecedora do rigor penal sobre a tutela da honra, é certo que sua disciplina remonta ao tempo das Ordenações Filipinas, especificamente, ao seu livro V. O Código Penal ora vigente, elaborado em 1940, também previu tais delitos, que ainda estão criminalizados no Capítulo V.

Com a criação de novas tecnologias, esses tipos penais assumem uma nova conformação na vida contemporânea. Se, antes, a troca de xingamentos entre vizinhos se dava nos corredores

¹MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120). 16 ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 46-47.

²“[...] Depois da escolha das condutas que serão reprimidas, a fim de proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, uma vez criado o tipo penal, aquele bem por ele protegido passará a fazer parte do pequeno mundo do Direito Penal. A fragmentariedade, portanto, é a concretização da adoção dos mencionados princípios, analisados no plano abstrato anteriormente à criação da figura típica”. GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006, v. 1, p. 66.

³BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 5 jun. 2024.

⁴BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2024.

do prédio, agora, ela se expande a um auditório cibernético, por meio da rede mundial de computadores. Novas formas de praticar esses delitos despontam, como a inteligência artificial.

É nesse contexto que se faz relevante a análise do uso de *deepfake* para praticar crimes contra a honra. Para iniciar essa investigação, é imperioso destacar como a inteligência artificial – IA – foi desenvolvida para processar dados com mais rapidez do que levaria a intervenção humana. A partir da combinação de algoritmos, tarefas são mecanizadas para atender as necessidades da economia de escala, essencial ao sistema capitalista vigente.

Como exemplos corriqueiros do uso de IA, podem ser citados: os assistentes pessoais, como Alexa, Google Assistente; mecanismos de busca capazes de reconhecer sinônimos, assuntos relacionados, bem como semelhanças sonoras entre letras⁵; a ferramenta de reconhecimento facial em smartphones; os *chatbots* implementados por empresas, para executar conversas com base em informações previamente implementadas e escalar o atendimento, entre outros.

Contudo, exemplos criminosos do uso de IA também passaram a ser percebidos, como a edição de vídeos ou fotos, de modo a modificar o que realmente foi dito, ofendendo e desmoralizando indivíduos. A essa modificação de imagens destinada a produzir *fake news*, se atribuiu o termo *deepfake*⁶, e seu uso criminoso, como o de criar vídeos pornográficos com o rosto de outras pessoas (*deepnude*), ou criar vídeos clonando a imagem de pessoas famosas para exigir indevidamente vantagens pecuniárias, tem gerado discussões sobre a forma de tipificar tais condutas.

O potencial disruptivo da IA demonstra que essa tecnologia necessita de regulamentação, ainda inexistente no Brasil, não obstante as iniciativas do PL nº 2338/2023⁷ e do PL nº 759/2023⁸. Diversos riscos demandam cautela, como a disseminação de preconceitos a partir da opacidade dos algoritmos, difíceis de serem controlados. Outro exemplo é a violação

⁵PARETO. **17 Exemplos de Inteligência Artificial Presentes no seu Dia a Dia**. Disponível em: <https://blog.pareto.io/exemplos-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

⁶SEGTIC. **Deepfake – O futuro da desinformação**. Disponível em: <https://www.security.ufrj.br/dicas/deepfake-o-futuro-da-desinformacao/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁷BRASIL. **Projeto de Lei nº 2338/2023 do Senado Federal**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2024/02/01/regulamentacao-da-inteligencia-artificial-pode-ser-votada-no>

[primeirosemestre#:~:text=A%20proposta%20de%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20da,de%20Juristas%2C%20formada%20em%202022](https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2024/02/01/regulamentacao-da-inteligencia-artificial-pode-ser-votada-no). Acesso em: 08 jul. 2024.

⁸BRASIL. **Projeto de Lei nº 759 da Câmara dos Deputados de 2023**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2349685&fichaAmigavel=nao#:~:text=PL%20759%2F2023%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Regulamenta%20os%20sistemas%20de%20Intelig%C3%Aancia%20Artificial%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias.&text=Regulamenta%C3%A7%C3%A3o%2C%20Intelig%C3%Aancia%20artificial%2C%20sistema%20computacional,tecnol%C3%B3gico%2C%20inova%C3%A7%C3%A3o%2C%20plataforma%20digital>. Acesso em: 8 jul. 2024.



de direitos autorais, com a criação de textos falsos. Há incontáveis violações de direitos que podem ganhar amplitude sem uma regulamentação eficaz dessa ferramenta⁹.

Sob uma perspectiva de que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, o uso, em si, do *deepfake*, não é crime, mas a sua instrumentalização para práticas criminosas, já pode ser alcançado pelas normas penais respectivas. A criação de uma figura penal autônoma com o *nomen juris deepfake* se revelaria, pois, despicienda, já que essa ferramenta pode ter escopo inofensivo.

A criação de peças humorísticas em que figuras públicas são satirizadas, explicitamente, por meio de *deepfake*, é exemplo de manifestação lícita desse recurso, pois decorre do direito fundamental à liberdade de expressão e é expressamente permitido na lei de Direitos Autorais, Lei nº 9610/98¹⁰, ao dispor sobre as paródias em seu artigo 47.

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, prevê crimes contra a dignidade sexual que podem ser cometidos por meio de *deepfake* no art. 214-B e seu parágrafo único do Código Penal¹¹, bem como no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹². Tais exemplos se alinham à perspectiva de que o *deepfake* pode ser um fator de maior gravidade da conduta, já que a difusão da imagem de um indivíduo distorcida na rede mundial de computadores tem potencial de alcançar incontáveis espaços, com consequências imprevisíveis.

Ademais, outra possibilidade é considerar o emprego dessa ferramenta como circunstância agravante ou causa de aumento de pena do delito praticado. Exemplo que ilustra a adoção dessa posição é o PL nº 370/24, que pretende inserir como causa de aumento do crime de violência psicológica contra a mulher “o uso de inteligência artificial ou qualquer outro recurso tecnológico que altere imagem ou som da vítima”¹³.

Outrossim, no âmbito dos crimes contra a honra, a eventual inclusão do *deepfake* em algum dos tipos penais do capítulo V como circunstância mais gravosa de cometimento do

⁹PACETE, Luiz Gustavo. **Quais os limites éticos e legais no uso de deepfake?** Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/07/quais-os-limites-eticos-e-legais-no-uso-de-deepfake/>. Acesso em: 18 jul. 2024.

¹⁰BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

¹¹BRASIL, ref. 4.

¹²BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 18 jul. 2024.

¹³BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 370 de 2024**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1040554-camara-aprova-aumento-de-pena-para-crime-com-uso-de-inteligencia-artificial-contr-a-mulher>. Acesso em: 15 jul. 2024.

delito (qualificadora, causa de aumento ou agravante) é alvo do PL nº 146/2024¹⁴, que prevê aumento em cinco vezes das penas do Código Penal da injúria, calúnia ou difamação, ou em triplo, em caso de compartilhamento.

Ressalte-se que essa regulamentação não afastaria a competência dos juizados especiais criminais. Os institutos da transação penal, da composição civil de danos e da suspensão condicional do processo, criados para fomentar espaços de consenso na justiça criminal, são aplicáveis, o que não significa que esses delitos não se revistam de gravidade.

Recentemente, essa gravidade foi evidenciada por um vídeo do Padre Júlio Lancelotti circulou nas redes sociais, com teor extremamente ofensivo, indicando que o líder religioso interagiu com um menor de idade de forma pornográfica¹⁵, o que foi atestado por peritos como uma manipulação de imagens com a tecnologia *deepfake*. O material foi compartilhado para caluniar e difamar o padre, que é uma figura conhecida por uma atuação em prol de pessoas em situação de rua a contragosto de alguns setores políticos.

A prática de crimes contra a honra com essa ferramenta, portanto, assume cunho antirrepublicano, por disseminar *fake news* direcionadas a abalar o fluxo democrático de informações. Trata-se de um instrumento delitivo que agrega maior reprovabilidade a esses tipos penais, sobretudo diante da circulação desenfreada de dados nos provedores digitais e da carência de elementos regulatórios para conter os efeitos perniciosos dessas infrações.

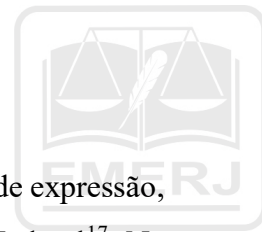
2. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ERRO SOBRE OS CRIMES CONTRA A HONRA E POSSÍVEL AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE PELO DEEPPFAKE

O autor Cleber Masson apresenta em sua obra a classificação doutrinária denominada “crime de clima”, que pode ser definido como “aquele que cria um cenário favorável ao cometimento de outros delitos ou à disseminação do discurso de ódio, tal como os delitos contra a honra divulgados em *fake news* nas redes sociais da internet”¹⁶.

¹⁴BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 146 de 2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2205645>. Acesso em: 19 jul. 2024.

¹⁵HAILER, Marcelo. **Homem que publicou vídeo falso contra padre Júlio Lancellotti participou dos atos golpistas**. Disponível em: <https://revistaforum.com.br/politica/2024/1/7/homem-que-publicou-video-falso-contra-padre-julio-lancellotti-participou-dos-atos-golpistas-151747.html>. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹⁶MASSON, ref.1, p. 195.



No Brasil, nota-se a crescente adoção da posição preferencial da liberdade de expressão, de origem norte-americana, nos tribunais e, em especial, no Supremo Tribunal Federal¹⁷. No entanto, a liberdade de expressão não é absolutamente infensa a limites e restrições. Embora seja vedada constitucionalmente a censura judicial prévia, é legítimo o controle do abuso do direito fundamental à manifestação do pensamento, sobretudo na ocasião da prática de crimes, que violam outros direitos fundamentais tão importantes quanto, como a honra e a imagem.

Nesse sentido, o eixo de análise neste capítulo se dirige ao sujeito que, ao consumir o conteúdo audiovisual produzido com a IA, ofende a honra alheia, por ter a falsa percepção da realidade. Assim, a aplicação da teoria do erro aos crimes contra a honra cometidos por *deepfake* merece especial atenção, sobretudo por repercutir em um elemento importante da caracterização do crime: a tipicidade.

De acordo com o artigo 20 do Código Penal¹⁸, quando o agente incorre em erro de tipo, a sua falsa percepção da realidade recai sobre um elemento objetivo, subjetivo ou normativo do tipo penal, de modo a afastar o dolo e a culpa, se for escusável; ou caracterizar culpa, se inescusável, e houver previsão da modalidade culposa. Ademais, o erro de tipo pode ser essencial, quando recai sobre as circunstâncias elementares do tipo, ou acidental, quando recai sobre outros elementos constitutivos do tipo penal e não afasta a responsabilidade penal.

No crime de injúria, a alegação de erro de tipo parece incompatível com a essência do delito, ainda que cometido mediante *deepfake*. Trata-se de crime em que o bem jurídico tutelado é a honra subjetiva, ou seja, o sentimento da pessoa sobre a sua própria dignidade ou decoro. Destarte, demonstra-se precária a defesa de que o agente não sabe que as palavras ofensivas causariam dano à vítima. O seguinte julgado ilustra esse entendimento:

APELAÇÃO CRIMINAL. QUEIXA-CRIME. CONDENAÇÃO PELOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 139 E 140, C/C ARTIGO 141, III, EM CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO DEFENSIVO OBJETIVANDO [...] A ABSOLVIÇÃO SOB AS TESES DE AUSÊNCIA DE LESIVIDADE E DE DOLO NA CONDUTA, PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS ASSEGURADAS À APELANTE, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, MERA CRÍTICA DESFAVORÁVEL, PROVOCACÃO DA OFENDIDA NOS TERMOS DO ART. 140, § 1º, I, DO CÓDIGO PENAL, E ERRO DE TIPO, POIS AUSENTE DOLO DE PRATICAR CRIME CONTRA A HONRA, COM PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE ABRANDAMENTO DAS PENAS. [...]10. Tese de ocorrência de crime único que

¹⁷Em inúmeros precedentes, o STF é deferente ao direito de liberdade de expressão, quando é necessário ponderá-lo com outros direitos. Podem ser citados como exemplos a ADPF 130, em que a Lei de Imprensa foi considerada incompatível com a Constituição de 1988; a ADPF 187, em que foi apreciada a legitimidade da “Marcha da Maconha”, e a ADI 4815, que versou sobre biografias não autorizadas. Essa tendência interpretativa da Suprema Corte se justifica pela importância democrático-republicana desse direito fundamental, ressaltada em inúmeros dispositivos constitucionais, a saber: o art. 5º, IV, VI, IX, XIV; art. 206, II e III; art. 220, parágrafos 1º, 2º e 3º.

¹⁸BRASIL, ref. 4.

não se acolhe, uma vez que o crime descrito no art. 140 do Código Penal possui como objeto jurídico a honra subjetiva, o sentimento da pessoa sobre a sua própria dignidade e decoro, devendo consistir, assim, em ataque à pessoa do ofendido, visando ao descrédito do valor moral da vítima em relação a si própria e à sua respeitabilidade pessoal, o que não se verifica em relação ao crime do art. 139 do mesmo diploma legal, que tutela a honra objetiva, a reputação do indivíduo, sua boa fama e o conceito que a sociedade lhe atribui, violados através da imputação de fato ofensivo à reputação da vítima, e não através da emissão de conceitos depreciativos como ocorre na injúria. In casu, verificada a prática de ação única, ainda que desdobrada em vários atos, foi reconhecido acertadamente o concurso formal entre os delitos praticados no canal do Youtube da querelada, em continuidade delitiva com o delito praticado em outra live.¹¹ Possibilidade de aplicação do concurso formal e do crime continuado na hipótese em que a imputação versar sobre delitos de espécie diversas. Precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça.¹² Equívocos nos cálculos das penas que ora se corrigem com redução da resposta. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.¹⁹

Já os crimes de calúnia e difamação são delitos em que a honra objetiva é tutelada, ou seja, os fatos ofensivos são direcionados à reputação da vítima, que corresponde à forma com que é vista na sociedade. A distinção dessas formas delituosas é a de que na calúnia, imputa-se falsamente um fato definido como crime ao ofendido, enquanto a difamação corresponde à prática de propagar para terceiros que o ofendido realizou fatos desabonadores e desonrosos, não definidos como crime.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal²⁰, para que haja a procedibilidade acusatória no âmbito dessas infrações penais, é necessário que a conduta criminosa seja descrita pormenorizadamente, de modo que seja imputado um fato específico, não sendo suficiente o *animus defendendi*. Na injúria, porém, é a análise interpretativa do julgador que indicará a razoabilidade da acusação. Nesse sentido:

Embora o querelado tenha feito menção ao nome do querelante em determinado ponto da entrevista, o acusado, na verdade, agiu com *animus criticandi* em relação a determinados setores administrativos governamentais, restando ausente o dolo específico do tipo.²¹

Ademais, exige-se para a caracterização desses crimes, além do dolo direto ou eventual, o propósito de ofender, elemento subjetivo do injusto. Compartilhar postagem sem a

¹⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (5. Câmara Criminal). **0146118-39.2020.8.19.0001**. Apelação Criminal. Queixa-crime. Condenação pelos delitos previstos nos artigos 139 e 140 c/c artigo 141, III em concurso formal e continuidade delitiva [...]. Relator: Des. Paulo Baldez, 01 de março de 2023. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJUD/CONSULTAPROCESSO.ASPX?N=2022.050.01241>. Acesso em: 16 jul. 2024.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 2582**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&classeNumeroIncidente=%22Inq%202582%22. Acesso em: 16 jul. 2024.

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Apn 1.028/DF**. Processo Penal. Queixa-crime. Crimes contra a honra [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 16 de novembro de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&O=RR&preConsultaPP=000004944/0&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 15 jul. 2024.



demonstração do *animus diffamandi* e do *animus injuriandi* não caracteriza infração penal, de acordo com a Corte Especial do STJ, no julgamento do Inquérito 1.656/DF²² e da Ação Penal 990/DF²³.

Cumprе destacar que como crimes de ação múltipla, a calúnia ou a difamação englobam não apenas a elaboração do conteúdo criminoso, mas também a sua propagação em perfil de rede social com o dolo de ofender. Demonstrado que o agente é titular do perfil em que é divulgado o material ofensivo, que ele consentiu em divulgar a informação e que conhecia o conteúdo fraudulento, o autor deve ser responsabilizado.

Situação distinta é aquela em que o suposto caluniador imputa a prática de crime a alguém, porque, acreditando em um *deepfake*, analisa a situação de forma equivocada. Trata-se de erro de tipo, que afasta a imputação criminal, diante do erro do agente sobre a elementar “falsamente”, já que o crime de calúnia só se pune na modalidade dolosa.

Uma questão a se refletir é a possibilidade de ser alegado o erro de tipo em sede de exceção da verdade. Essa é uma forma de defesa direta, relativa a mérito, admissível na calúnia - com algumas exceções - e na difamação, apenas contra funcionário público, sendo a ofensa relativa ao exercício de suas funções. O excipiente é o suposto ofensor, a quem caberá demonstrar a verdade do que alegou.

Na calúnia, a exceção da verdade é a forma de afastar a presunção relativa da falsidade da imputação e, conseqüentemente, a tipicidade. Questiona-se, portanto: se o excipiente alegar erro sobre a elementar “falsamente”, por pensar ser verdadeiro o vídeo produzido em *deepfake*, a exceção deve ser acolhida?

Uma primeira consideração a ser feita é a de que a “verdade” não é a interpretação que o suposto caluniador faz do fato, mas sim o que efetivamente o ofendido realizou. A prática do *deepfake* prejudica a ambas as partes, mas é necessária a cautela do divulgador do seu conteúdo, que não deve irrefletidamente acreditar em tudo que é dito na *internet*. Ao compartilhar um vídeo que repercute de forma negativa sobre a honra alheia, ainda que não tenha produzido a obra adulterada, o caluniador a endossa e assume a responsabilidade por esse ato.

²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Inq 1.656/DF**. Corte Especial. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101361300&dt_publicacao=21/11/2023. Acesso em: 18 jul. 2024.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **APn 990/DF**. Corte Especial. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000655609&dt_publicacao=07/10/2022. Acesso em: 18 jul. 2024.



Por outro lado, o propósito de caluniar é elemento subjetivo do tipo imprescindível para a caracterização do delito. Imputar ao agente a reprimenda penal, em razão da divulgação do conteúdo ofensivo, sem que tenha manifestado consciência e vontade sobre a falsidade da alegação seria acolher a responsabilidade penal objetiva, que não possui respaldo em garantias constitucionais, como a dignidade da pessoa humana.

O acolhimento da exceção da verdade, neste caso, parece depender de uma apreciação probatória de que o fato desonroso efetivamente foi praticado pelo excepto. Não se trata de averiguar o que o autor da calúnia pensa sobre o fato. Se o conjunto probatório demonstra que houve a prática do *deepfake*, a exceção da verdade tem seu objeto prejudicado, já que o ofendido não praticou o que foi dito pelo caluniador.

3. DESDOBRAMENTOS DO *DEEPPFAKE* SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA

O avanço da inteligência artificial tem gerado a dificuldade de se identificar causadores de dano e determinar os contornos de sua responsabilidade. Na seara cível, a teoria do risco do desenvolvimento alude ao surgimento de novas tecnologias e à exclusão de responsabilidades. Porém, em âmbito penal, a utilização desse recurso para praticar crimes merece especial atenção, não obstante a insuficiência de regulamentação sobre o tema, razão pela qual se faz necessária uma ampla interpretação dos institutos jurídicos já existentes, como salientam Tepedino e Silva:

Desse modo, ainda que determinada questão relacionada à inteligência artificial não corresponda imediatamente ao alcance tradicional de certas previsões normativas, poderá o intérprete perquirir o seu sentido com fundamento nos valores do ordenamento, no intuito de encontrar a solução para os novos problemas. No mais das vezes – ressalvadas, por certo, as hipóteses em que a inovação legislativa se afigurar indispensável –, poderá o intérprete concluir que ao ineditismo das questões suscitadas pelas novas tecnologias não há de corresponder necessariamente o ineditismo das soluções jurídicas²⁴.

Se em outros ramos do Direito, a responsabilidade pode ser atribuída ao agente de forma objetiva, no Direito Penal, não há como ser imputado o fato ao agente que o praticou, sem que seja aferida a culpa ou o dolo. Trata-se do princípio da culpabilidade, que se traduz no brocardo *nullum crimen sine culpa*, e representa uma conquista civilizatória, alinhada à primazia da dignidade da pessoa humana.

²⁴SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019.



Damásio ensina que o nexo causal deve ser compreendido apenas como início da responsabilidade penal, sobretudo diante da inclusão finalista do dolo na conduta - dolo natural - e não mais na culpabilidade - dolo normativo -, como defendiam os causalistas. Ademais, o autor defende que a reforma penal de 1984 fortaleceu o princípio da culpabilidade, de modo a extinguir todo o resquício de responsabilidade penal objetiva, como se depreende do art. 19 do Código Penal.²⁵

Destaca-se que o Estado exerce centralidade para aplicar pena e atribuir culpa. Além disso, a punição é aplicada para compensar as consequências do delito, em atenção aos atos praticados pelo agressor. Para tanto, o judiciário interliga instituições em teia, pois a partir do século XIX, ganha evidência o objetivo da pena de manutenção da ordem pública e não a punição pela punição.

Não se nega como é complexo atribuir culpa, em especial, diante do imperativo de se observar a racionalidade e combater subjetivismos. Os estereótipos devem ser evitados, pois o intérprete não pode desconsiderar os princípios constitucionais na tomada de decisões. Recortes de raça, gênero e classe são necessários para que o sujeito seja punido de forma adequada.

Sendo a responsabilidade penal subjetiva a regra, é preciso indagar em que medida, tendo em vista a tutela da honra, a criminalização do *deepfake*, em um contexto de expansionismo da tutela penal, caracteriza objetificação da responsabilidade. Uma alteração legislativa que introduza o *deepfake* como qualificadora ou uma circunstância majorante precisa ser cuidadosamente aplicada pelo intérprete.

Nos crimes societários, por exemplo, o STJ já salientou, no informativo 458, que a instauração de processo criminal contra dirigentes de empresa depende da comprovação de que o sujeito se utilizou da condição de sócio-gerente ou de administrador para praticar o crime no âmbito da sociedade.²⁶ Da mesma forma, no caso do crime contra a honra praticado mediante

²⁵“De acordo com os doutrinadores, o tema do nexo causal, relevante para a teoria naturalística da ação, à medida que esta foi perdendo terreno na doutrina, diminuiu de importância, substituído pelo princípio de que não há pena sem culpabilidade. [...] Além disso, a presença do nexo causal é apenas início da responsabilidade penal. Tanto que no próprio tipo se inclui o dolo, delimitador subjetivo da imputação do resultado. Entre nós, acatado na reforma penal de 1984 o princípio da culpabilidade e, por isso, extinto todo resquício de responsabilidade penal objetiva, como se depreende do art. 19 deste Código, segundo o qual o resultado só pode ser imputado a título de dolo ou culpa, alguns doutrinadores afirmam que não há mais necessidade de socorrer-se da relação causal objetiva.” JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27.

²⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 171976**. Criminal. HC. Descaminho e Formação de Quadrilha. Inépcia da denúncia. Crime societário. Imputação baseada na condição de sócio de empresa. Necessidade de descrição mínima da relação do paciente com os fatos delituosos [...]. Relator: Min. Gilson Dipp, 02 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=012081>. Acesso em: 19 ago. 2024.

deepfake, seria imprescindível demonstrar que o agente se utilizou dessa tecnologia com fins de violar tal direito da personalidade.

É no âmbito dos crimes de calúnia, em que a honra objetiva é objeto de tutela e a exceção da verdade é aplicada com mais frequência, que se torna mais evidente o risco de o *deepfake* acarretar responsabilidade penal objetiva. Indaga-se: como o caluniador pode responder por divulgar um fato que acreditou ser verdadeiro, sob a falsa percepção da realidade proporcionada pelo uso de inteligência artificial?

O conflito posto encontra assento constitucional. Considerando que a categoria delitiva relativa aos crimes contra a honra se pauta diretamente na realização da comunicação entre o agente e a vítima, de um lado, há de ser ponderado o direito à honra. De outro, em razão da aplicação da teoria do erro, há o princípio da responsabilidade penal subjetiva.

Ainda que a exceção da verdade seja julgada improcedente, pois o fato ofensivo não foi realmente praticado pelo ofendido, imputar responsabilidade penal pela calúnia ao ofensor, que fora ludibriado pela verossimilhança do conteúdo manipulado com o recurso tecnológico da inteligência artificial, pode parecer excessivo e desproporcional, por algumas razões.

A primeira razão se extrai da interpretação de princípios constitucionais que coíbem o arbítrio estatal, como a presunção de não-culpabilidade, a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, bem como os postulados da ampla defesa e do contraditório. Imputar um fato criminoso a alguém sem perquirir dolo ou culpa fere a regra de tratamento do acusado como inocente, antes do trânsito em julgado da condenação. Outrossim, no processo penal brasileiro, as funções acusatória, julgadora e defensiva são divididas em órgãos distintos, de modo que, ao ser acusado, o sujeito tem direito ao processo, com oportunidade para se defender, para que ao fim, seja absolvido ou condenado. Nesse sentido, destaca Mirza:

A Presunção de Inocência foi consagrada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º proclamava o duplo significado do preceito idealizado pela Assembléia Nacional Francesa. De um lado, regra processual, segundo a qual o acusado não é obrigado a fornecer provas de sua inocência, que é presumida; de outro, regra de tratamento, impedindo a adoção de medidas restritivas da liberdade do acusado, ressalvados os casos de absoluta necessidade.²⁷

Em um ordenamento jurídico em que a supremacia da Constituição impõe a conformação dos demais ramos do direito com princípios inegociáveis, as garantias penais não devem ser tidas como linhas em branco. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade

²⁷MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção da inocência e do in dubio pro reo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 5, n.5, 2010, p. 540-559.



concretiza a individualização da pena desde a elaboração de normas penais incriminadoras, até a aplicação da sanção penal e a execução da pena.

A violação desse princípio pode ser visualizada na previsão de punições mais severas que a gravidade do fato, bem como na fixação de punições insuficientes a coibir a gravidade da conduta. O Direito Penal não consiste em mero ramo que pune cegamente o infrator, sobretudo diante das conquistas civilizatórias para frear qualquer forma de abuso estatal. Para que a pena seja uma medida juridicamente adequada, portanto, deve indicar concretamente a finalidade da retribuição.

Como segunda razão, pode ser apontada a subsidiariedade do Direito Penal. A tutela dos direitos da personalidade, primordialmente, é feita por meio de ações civis, para que seja mensurada a extensão do dano e a sua correspondente reparação. No caso do *deepfake*, a criminalização deveria ser a *ultima ratio*, em situações em que o atingimento da honra se revele especialmente grave.

A terceira razão é o risco de que a atuação estatal configure censura a manifestações de pensamento veiculadas virtualmente. Não há, ainda, disposições penais criminalizando o *deepfake*, de modo que a tipificação da conduta pelo intérprete do direito deve ser cuidadosamente realizada, em respeito ao princípio-regra da legalidade em matéria penal. O que deve ser evitado é o enquadramento de determinadas situações em crime contra a honra como uma forma de cercear paródias, sátiras e manifestações lícitas de pensamento.

CONCLUSÃO

A pesquisa destacou prejuízos da disseminação de conteúdos falsos na internet, que atingem profundamente a liberdade de expressão, pilar da democracia. A sofisticação da forma de praticar crimes tem prejudicado a percepção do que é real, o que se concebe como era da pós-verdade.

Destaca-se que como a imparcialidade do judiciário não se confunde com um dever de ser neutro e indiferente a valores inegociáveis, a aplicação de princípios se revela como um verdadeiro imperativo de concretizar a justiça no caso concreto. Ademais, nas complexas democracias contemporâneas, a pluralidade de interesses exige uma justificativa razoável para as imposições jurídicas.

Buscou-se destacar a dificuldade do tema, em especial, por envolver questões sensíveis. Conflitos que envolvem direito, tecnologia e ética demandam do intérprete uma aplicação das

normas penais que considere a principiologia constitucional que veda a responsabilização desmedida de indivíduos sem apreciar devidamente as peculiaridades de cada crime.

A aplicação da teoria do erro, nesse contexto, se torna cada vez mais frequente, considerando como o uso de tecnologias pode comprometer a correta compreensão da realidade. Despontam conflitos em que direitos da personalidade, como honra e imagem, são ameaçados.

O trabalho procurou ressaltar que a legislação deve evoluir de modo a abranger implicações sociais e éticas do uso da tecnologia, para que se resguardem os direitos fundamentais. A responsabilidade das plataformas em hospedar conteúdos criminosos deve ser cuidadosamente apurada, pois a liberdade de expressão não se coaduna com opiniões violadoras da honra alheia.

Outrossim, os vieses hermenêuticos da ponderação e da proporcionalidade foram adotados neste trabalho, pois a vedação da proteção deficiente e o limite ao abuso do poder estatal em estabelecer sanções exageradas são as principais premissas ao abordar a tipificação de um fato não previsto originalmente na legislação.

Ademais, revelou-se fundamental elucidar a frequente confusão sobre os crimes contra a honra, por meio da conceituação e do apontamento de suas características e particularidades.

Por tudo que se expôs, depreende-se que o cometimento de crimes contra a honra por meio do uso de *deepfake* é uma situação amoldável aos institutos penais existentes, razão pela qual a tipificação dessa forma de execução de delito se torna despicienda. Mudanças legislativas para incluir o uso de inteligência artificial no Código Penal particularizariam a aplicação da lei a uma maneira específica de delinquir, em contrariedade aos imperativos de generalidade e abstração das normas jurídicas.

Acerca da aplicação da teoria do erro, foi possível apresentar como esse instituto repercute no julgamento da exceção da verdade no crime de calúnia. A verdade não é demonstrada a partir da concepção subjetiva do ofensor, mas sim o que foi efetivamente praticado pelo ofendido, de modo que ao alterar a realidade dos fatos, o *deepfake* pode prejudicar o objeto da exceção, já que o ofendido não praticou o que foi dito pelo caluniador.

Por fim, buscou-se demonstrar que a criminalização abstrata do *deepfake* no capítulo do Código Penal relativo à tutela da honra desafia o princípio da responsabilidade penal subjetiva, bem como garantias constitucionais. A violação da honra como direito da personalidade deve ser expressivamente relevante a ensejar a reprimenda penal, pois o elemento subjetivo deve ser cuidadosamente demonstrado, diante da vedação da responsabilidade objetiva nesse ramo do Direito.



Demonstrados os desdobramentos do uso da inteligência artificial nos delitos contra a honra, a pesquisa evidenciou a possibilidade de responsabilização a depender de distintos fundamentos. O objetivo do trabalho não foi eleger uma resposta correta, mas sim destacar a complexidade do tema e sua constante evolução.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 5 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 13 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2338/2023 do Senado Federal.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2024/02/01/regulamentacao-da-inteligencia-artificial-pode-ser-votada-no-primeirosementre#:~:text=A%20proposta%20de%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20da,de%20Juristas%2C%20formada%20em%202022>. Acesso em: 08 jul. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 759 da Câmara dos Deputados de 2023.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2349685&fichaAmigavel=nao#:~:text=PL%20759%2F2023%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Regulamenta%20os%20sistemas%20de%20Intelig%C3%AAncia%20Artificial%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AÂncias.&text=Regulamenta%C3%A7%C3%A3o%2C%20Intelig%C3%AÂncia%20artificial%2C%20sistema%20computacional,tecnol%C3%B3gico%2C%20inova%C3%A7%C3%A3o%2C%20plataforma%20digital>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 370 de 2024.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1040554-camara-aprova-aumento-de-pena-para-crime-com-uso-de-inteligencia-artificial-contr-a-mulher>. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 146 de 2019.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2205645>. Acesso em: 19 de julho de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq. 2582.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:



https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&classeNumeroIncidente=%22Inq%202582%22. Acesso em: 16 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **APn 1.028/DF**. Processo Penal. Queixa-crime. Crimes contra a honra [...]. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 16 de novembro de 2022. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&O=RR&preConsultaPP=000004944/0&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 15 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Inq 1.656/DF**. Corte Especial. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202101361300&dt_publicacao=21/11/2023. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **APn 990/DF**. Corte Especial. Relator: Ministro Herman Benjamin. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000655609&dt_publicacao=07/10/2022. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **HC 171976**. Criminal. HC. Descaminho e Formação de Quadrilha. Inépcia da denúncia. Crime societário. Imputação baseada na condição de sócio de empresa. Necessidade de descrição mínima da relação do paciente com os fatos delituosos [...]. Relator: Min. Gilson Dipp, 02 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=012081>. Acesso em: 19 ago. 2024.

PACETE, Luiz Gustavo. **Quais os limites éticos e legais no uso de deepfake?** Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/07/quais-os-limites-eticos-e-legais-no-uso-de-deepfake/>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (5. Câmara Criminal). **0146118-**

39.2020.8.19.0001. Apelação Criminal. Queixa-crime. Condenação pelos delitos previstos nos artigos 139 e 140 c/c artigo 141, III em concurso formal e continuidade delitiva [...].

Relator: Des. Paulo Baldez, 01 de março de 2023. Disponível em:

<http://www4.tjrj.jus.br/EJUD/CONSULTAPROCESSO.ASPX?N=2022.050.01241>. Acesso em: 16 jul. 2024.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral. 6. ed. Niterói: Impetus, 2006, v. 1.

HAILER, Marcelo. **Homem que publicou vídeo falso contra padre Júlio Lancellotti participou dos atos golpistas**. Disponível em:

<https://revistaforum.com.br/politica/2024/1/7/homem-que-publicou-video-falso-contrapadre-julio-lancellotti-participou-dos-atos-golpistas-151747.html>. Acesso em: 15 jul. 2024.

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 16 ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção da inocência e do in dubio pro reo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. 5, n.5, 2010, p. 540-559.

PARETO. **17 Exemplos de Inteligência Artificial Presentes no seu Dia a Dia**. Disponível em: <https://blog.pareto.io/exemplos-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

SEGTIC. **Deepfake – O futuro da desinformação**. Disponível em: <https://www.security.ufrj.br/dicas/deepfake-o-futuro-da-desinformacao/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

SILVA, Rodrigo da Guia; TEPEDINO, Gustavo. Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 21, p. 61-86, jul./set. 2019.

IMUNIDADE RECÍPROCA E A COBRANÇA DE IPTU SOBRE BENS PÚBLICOS CONCEDIDOS A PARTICULARES

Beatriz Neri Cardoso

Graduada em Direito pela
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).
Advogada.

Resumo – este artigo examina a incidência do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) sobre bens públicos concedidos a empresas privadas, destacando a recente mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que passou a reconhecer a possibilidade de tributação dessas empresas. Essa nova posição suscita discussões sobre o instituto da imunidade tributária recíproca, os limites de sua extensão e quais são as implicações no mercado. Ao analisar os impactos econômicos da cobrança do IPTU, enfatiza-se a importância da Análise Econômica do Direito (AED), que revela como a tributação pode afetar a competitividade e a qualidade dos serviços públicos.

Palavras-chave – Direito Constitucional Tributário. Imunidade Recíproca. IPTU. Bens Públicos. Contratos de Concessão.

Sumário – Introdução. 1. A imunidade tributária recíproca e a cobrança de IPTU de empresas privadas exploradoras de bens públicos. 2. A possibilidade de incidência do IPTU sobre imóveis cedidos às concessionárias para prestação de serviço público. 3. Os impactos econômico-financeiros da exação nos contratos de concessão. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como objetivo discutir a incidência do Imposto Predial Territorial Urbano (“IPTU”) sobre bens públicos concedidos por entes políticos a empresas privadas, no escopo de contratos administrativos. Pretende-se aprofundar a análise jurídica acerca da cobrança desse tributo em situações em que imóveis pertencentes ao patrimônio público são transferidos, por meio de concessão ou outro instrumento contratual, para a exploração econômica por particulares.

A discussão encontra guarida no Direito Constitucional, mais especificamente nas regras de imunidade tributária recíproca, previstas na Constituição da República. A imunidade tributária recíproca, corolário do pacto federativo, assegura que as pessoas estatais, dotadas de capacidade política, estejam resguardadas da imposição de tributos umas sobre as outras, especialmente aqueles que incidem sobre patrimônio e renda. Com base nessa norma, aplicando-a ao tema em discussão, conclui-se que: os imóveis de propriedade da União e dos Estados não podem ser objeto de cobrança do IPTU, porquanto estão protegidos pela imunidade tributária recíproca do art. 150, inciso VI, alínea “a”, da CRFB/88.



Dessa forma, não há dúvidas de que os bens públicos utilizados por um ente político para prestação direta de serviços públicos não podem sofrer incidência do IPTU, haja vista a regra constitucional de imunidade. Para exemplificar: se a União utiliza um bem público, como um prédio ou terreno, para fornecer serviços diretamente à população (uma universidade pública ou um hospital público), esse bem não pode ser tributado pelo IPTU.

Essa matéria, contudo, torna-se relevante quando o objeto da cobrança do imposto é um bem público transferido a uma empresa privada para execução de um contrato administrativo.

Com efeito, a delegação da exploração de um imóvel público a uma concessionária é realizada mediante licitação, permanecendo o bem na titularidade jurídica do poder concedente. Então, a posse direta da coisa é atribuída ao concessionário, que a utiliza para execução do escopo contratual, porém, o ente público permanece com a posse indireta. Nesse contexto, surge a seguinte indagação: a imunidade recíproca deve ser estendida a essas pessoas jurídicas de direito privado que, em virtude de tais contratos, exploram imóveis públicos?

Antes dos julgamentos dos Recurso Extraordinário 594.015/SP e Recurso Extraordinário 601.720/RJ pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”), a jurisprudência era vasta e consolidada no sentido de vedar a cobrança de IPTU das concessionárias exploradoras de imóveis públicos. A tese predominante tinha como fundamento a natureza precária da posse exercida pelos entes privados, caracterizada pela ausência de *animus domini* (intenção de agir como proprietário). Assim, entendia-se que não estariam presentes os requisitos para atração da incidência do tributo, eis que a posse ensejadora do IPTU é aquela exercida com ânimo de dono.

Essa tese foi superada com o julgamento dos referidos Recursos Extraordinários, os quais, submetidos ao regime de repercussão geral, geraram os Temas 385 e 437. A partir dessas decisões, o STF passou a reconhecer a incidência do IPTU de empresas privadas ocupantes de bens públicos, quando exploradoras de atividades econômicas com fins lucrativos.

A matéria, contudo, está longe de ser pacífica na jurisprudência e na doutrina. Ao longo desta pesquisa, busca-se analisar se esse novo entendimento engloba as concessionárias delegatárias que exercem serviços públicos ou se seria aplicável apenas às empresas privadas exploradoras de atividade econômica *stricto sensu*; e os impactos econômico-financeiros dessa cobrança tributária no setor de contratações publico-privadas.

Inicialmente, o primeiro capítulo apresenta a tese de cobrança de IPTU sobre áreas concedidas aos entes privados, especialmente após as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Em seguida, o segundo capítulo aborda o caso das empresas privadas que prestam serviços públicos, e como fica a questão da extensão da imunidade tributária, quando há regime concorrencial no mercado, porém há o exercício de atividade de direito público.

Finalmente, o terceiro capítulo trata dos impactos econômico-financeiros da mudança jurisprudencial orquestrada pelo STF. Esse capítulo comenta sobre como a nova interpretação da incidência de IPTU pode influenciar o valor das propostas elaboradas por empresas licitantes, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão vigentes e futuros, e as implicações nas tarifas cobradas aos usuários finais. A análise considera os efeitos da cobrança de IPTU sobre a competitividade das propostas e a sustentabilidade financeira das concessões, além das possíveis repercussões para os custos dos serviços prestados ao público.

Para elaboração da pesquisa, elege-se o método hipotético-dedutivo em que serão apresentadas teses hipotéticas que se adequam ao objeto do trabalho, com a finalidade de comprová-las ou rejeitá-las.

Assim, a abordagem da pesquisa será qualitativa, com análise da bibliografia pertinente à temática em foco, além da legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes para sustentação da tese.

1. A TEORIA DA IMUNIDADE RECÍPROCA SOBRE ÁREAS CONCEDIDAS: REFLEXÕES SOBRE AS DECISÕES DO STF

A Constituição da República outorga aos entes federativos a competência de criar tributos, por meio da edição de leis próprias, que estabelecem as hipóteses de incidência que dão ensejo ao surgimento da obrigação tributária. Sem embargo do rol de competências tributárias que permitem a instituição de tributos, a Constituição também dispõe de normas que negam a competência, que são, em outras palavras, dispositivos que limitam o poder de tributar de um ente político.

Os Municípios possuem competência para instituir impostos sobre propriedade predial e territorial urbana, segundo previsto no art. 158, inciso I, da CRFB/88¹. No entanto, os entes municipais não podem exigir o pagamento desse imposto sobre templos de qualquer culto, por exemplo, pois a Constituição restringe o poder de tributar quando o sujeito passivo é uma entidade de fins religiosos, à luz do art. 150, inciso II, da CRFB/88. Esse dispositivo evidencia

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.



situação em que há o afastamento da tributação, uma vez que o constituinte reputou relevante afastar essas entidades do campo de incidência tributária².

Segundo Paulsen:

as regras constitucionais que proíbem a tributação de determinadas pessoas, operações, objetos ou de outras demonstrações de riqueza, negando, portanto, a competência tributária, são chamadas de imunidades tributárias. Isso porque tornam imunes à tributação as pessoas ou bases econômicas nelas referidas relativamente aos tributos que a própria regra constitucional negativa de competência específica.³

Dentre as espécies de imunidades tributárias, tem-se a já mencionada imunidade recíproca, prevista no art. 150, inciso VI, alínea a, da CRFB/88⁴. A ideia de tributação recíproca entre os entes políticos da federação não é compatível com a isonomia jurídica, não sendo possível se estabelecer uma sujeição passiva entre eles. Nessa esteira, o constituinte buscou evitar a oneração mútua das finanças públicas, o que seria prejudicial à execução de medidas materiais em prol do interesse público.

É o caso do IPTU, cuja competência é atribuída aos municípios, e, via de regra, não deve incidir sobre bens públicos de propriedade da União, dos Estados e do Distrito Federal. Nesse cenário, interessante a análise acerca das hipóteses em que os bens integrantes do patrimônio dos entes da Administração Direta são concedidos temporariamente às concessionárias para exploração de atividades econômicas. Embora os imóveis continuem a integrar o patrimônio público, encontram-se sob a posse direta do particular, que os utiliza para a realização dos objetivos previstos no contrato de concessão. Surge, portanto, a indagação acerca da extensão da imunidade que, em princípio, impede a cobrança de IPTU sobre bens pertencentes aos entes públicos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça era pacífica no sentido de que os bens públicos cedidos temporariamente a particulares permanecem imunes à cobrança de IPTU, pela incidência da regra de imunidade recíproca, e porque o Código Tributário Nacional não contempla dentre os sujeitos passivos do IPTU o

² AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 69.

³ PAUSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, p. 53.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

detentor da posse precária e desdobrada de um bem imóvel, não figurando o concessionário detentor da posse com *animus domini*.⁵

Antes, entendia-se que o contribuinte do IPTU deveria possuir uma relação de direito real com o bem imóvel. Como o bem cedido em virtude de contrato de concessão fundamenta-se em direito pessoal, o argumento prevalecente era de que a sociedade empresária não poderia ser contribuinte do imposto, visto que figura apenas como detentora do bem, exercendo posse precária.

No mesmo sentido, Ricardo Alexandre comenta:

Como no contrato de cessão de uso de bem público, não há, por parte do cessionário, o exercício da posse exclusiva com ânimo definitivo – mas, sim, de posse precária e desdobrada –, a jurisprudência do STF, em consonância com a do STJ, por muito tempo inclinou-se no sentido de não admitir a possibilidade de o cessionário figurar no polo passivo da obrigação tributária referente ao IPTU.⁶

A reviravolta jurisprudencial ocorreu com o julgamento dos Recursos Extraordinários 601.720/RJ⁷ e 594.015/SP⁸, nos quais foi reconhecido o direito dos Municípios de cobrar o IPTU de sociedades empresárias arrendatárias de imóveis públicos, quando estes são empregados para o exercício de atividade econômica com fins lucrativos.

Em primeiro lugar, o RE 601.720/RJ, que gerou o Tema 437 da Repercussão Geral do STF, fixou a seguinte tese: “Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo”⁹. Já no RE 594.015/SP, em repercussão geral no Tema 385, a Suprema Corte estabeleceu que “A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessas hipótese é constitucional a cobrança de IPTU pelo Município”¹⁰.

Em ambos os casos, prevaleceram os votos proferidos pelo Ministro Marco Aurélio, que argumentou que a imunidade prevista a alínea “a” do inciso VI do art. 150 da Constituição

⁵ FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1297>. Acesso em: 19 ago. 2024.

⁶ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 17.ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 239.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 601.720/RJ**. IPTU. Bem público. Cessão. Pessoa jurídica de direito privado. Incide o imposto Predial e Territorial Urbano considerado bem público cedido a pessoa jurídica de direito privado, sendo esta a devedora. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de abril de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13534812>. Acesso em: 07 mar.2024.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 594.015/SP**. Imunidade. Sociedade de economia mista arrendatária de bem da União. IPTU. Relator: Min. Marco Aurélio, 06 de abril de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13440489>. Acesso em: 07 mar.2024.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*



se aplica exclusivamente à instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços das pessoas jurídicas de direito público. Segundo ele, quando um imóvel é utilizado por particulares em atividades comerciais para obtenção de lucro, não se pode alegar a existência de imunidade recíproca.¹¹

De fato, o gozo da imunidade tributária pelas empresas privadas que exercem atividade econômica em sentido estrito gera distorções no mercado. Quando uma empresa privada se beneficia de uma norma imunizante do IPTU, há um benefício fiscal sendo usufruído em detrimento das demais sociedades empresárias, que não têm a mesma vantagem financeira. Consequentemente, a sociedade empresária arrendatária do imóvel público consegue oferecer preços mais baixos, tornando-se mais competitiva, diante da redução em seus custos operacionais.

Ricardo Alexandre pontua que:

Se a imunidade recíproca fosse alargada ao ponto de afastar a tributação de sociedades empresárias que se utilizam de bens públicos para o desenvolvimento de atividade econômica, além de afronta ao princípio da livre concorrência (CF, art. 170), haveria fragilização do próprio pacto federativo que a imunidade recíproca visa a proteger, haja vista a pode inconstitucional do poder de tributar do Município.¹²

Em síntese, a análise dos julgados acima permite concluir que o IPTU pode ser cobrado de empresas privadas detentoras de bens imóveis públicos, cedidos no âmbito da execução de contratos de parceria, utilizados para exploração de atividades econômicas com fins lucrativos. Entretanto, esse entendimento não deixa claro sobre sua aplicação às empresas privadas que prestam serviços públicos. A seguir, comenta-se sobre esse cenário específico.

2. AS CONTROVÉRSIAS SOBRE A EXTENSÃO DA IMUNIDADE RECÍPROCA ÀS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é oscilante a respeito da extensão da imunidade tributária às empresas estatais prestadoras de serviços públicos e concessionárias de serviços públicos, o que indica a relevância da compreensão de como essas entidades se inserem no sistema tributário nacional.

¹¹ GEBRIM, Juliana Deguirmendjian. **Imunidade tributária recíproca e contratos de parceria**, 2023. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2023.

¹² ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 17.ed. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 241.

A prestação de serviços públicos pode ser realizada diretamente pelo Estado, pelos órgãos que compõem sua estrutura interna, ou por outras pessoas que integram ou não o aparelho estatal. Quando a execução desses serviços é transferida a terceiros, ocorre a denominada descentralização, na qual o Estado confere a pessoa distinta dele a responsabilidade pela prestação da atividade administrativa. Essa delegação ocorre de duas formas: a delegação legal, que se efetiva pela criação de uma pessoa jurídica da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais); e a delegação negocial, que se materializa com a celebração pelo poder público de contratos administrativos de concessão ou permissão com pessoa jurídica de direito privado.

Nesse sentido, discute-se se a imunidade recíproca deve ser estendida às pessoas jurídicas de direito privado, sejam elas empresas estatais ou empresas privadas, que ocupam bens públicos cedidos para a execução de serviços públicos delegados pelo Estado.

Além dos já citados Temas 385 e 437 da repercussão geral do STF, cabe aqui destacar os Temas 508 e 1.140, oriundos dos Recursos Extraordinários 600.867/SP¹³ e 1.320.054/SP¹⁴, respectivamente.

No julgamento do RE 600.867/SP¹⁵, a Suprema Corte, apreciando o Tema 508, fixou a tese de que as sociedades de economia mista que possuem ativos negociados em Bolsas de Valores, e que distribuem lucros aos seus acionistas, não podem se beneficiar da regra de imunidade tributária¹⁶. Em contrapartida, no RE 1.320.054/SP¹⁷, houve a definição de que empresas públicas e sociedades de economia mista, que prestam serviços públicos essenciais,

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 600.867/SP**. Tributário. IPTU. Imunidade Recíproca. Sociedade de Economia Mista. Natureza jurídica de direito privado. Participação acionária dispersa na bolsa de valores [...]. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 21 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2684516&numeroProcesso=600867&classeProcesso=RE&numeroTema=508>. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.320.054/SP**. Execução Fiscal. Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô. Sociedade de economia mista prestadora de serviço essencial. Imunidade recíproca. Artigo 150, inciso VI, A, da Constituição Federal. Extensão. Precedentes [...]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6146137>. Acesso em: 13 fev. 2025.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ A tese fixada pelo STF: “Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas”. *Ibid.*

¹⁷ A tese fixada pelo STF: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos essenciais, que não distribuam lucros a acionistas privados nem ofereçam risco ao equilíbrio concorrencial, são beneficiárias da imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, VI, a, da Constituição Federal, independentemente de cobrança de tarifa como contraprestação do serviço”. *Ibid.*



sem a distribuição de lucros a acionistas privados, são abrangidas pela norma imunizante do art. 150, inciso VI, alínea a, da CRFB/88¹⁸.

Da análise desses temas da repercussão geral do STF, Gebrim verifica que a Corte empregou os seguintes critérios para resolução da controvérsia da imunidade tributária: “(i) a natureza da pessoa exploradora do bem – isto é, se pessoa jurídica de direito público, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa privada; (ii) o tipo de atividade exercida – isto é, se serviço público ou atividade econômica em sentido estrito; (iii) a distribuição ou não de lucros a acionistas privados”¹⁹.

Veja-se, então, que a lucratividade é fator determinante para se aferir a abrangência da imunidade tributária recíproca. Uma pessoa jurídica que distribui lucros, mesmo que exerça serviço público essencial, possui capacidade contributiva, dessa forma poderá ser sujeito passivo de obrigação tributária. Esse foi o argumento trazido pelo Ministro Joaquim Barbosa, relator do RE 600.867/SP²⁰, que proferiu voto vencedor por maioria. Restaram vencidos os Ministros Luís Roberto Barroso e Ministra Carmen Lúcia.

Apesar das decisões mencionadas, que abordam os casos de delegação legal de serviços públicos, não há uma posição definitiva e abrangente do Supremo Tribunal Federal sobre a extensão da imunidade recíproca às concessionárias privadas de serviços públicos, que os executam por meio de delegação negocial. Essa indefinição gera incertezas jurídicas e pode impactar o planejamento financeiro e tributário dessas empresas. A ausência de uma decisão com repercussão geral que aborde especificamente a situação das concessionárias privadas permite interpretações divergentes nos tribunais inferiores, o que reforça a importância de uma análise criteriosa e aprofundada por parte da Corte Suprema.

Observando esse cenário, o STF reconheceu a repercussão geral no RE 1.479.602/MG²¹ no Tema 1.297, que busca compreender se a concessão de serviço público

¹⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁹ GEBRIM, Juliana Deguirmendjian. **Imunidade tributária recíproca e contratos de parceria**, 2023. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2023.

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 600.867/SP**. Tributário. IPTU. Imunidade Recíproca. Sociedade de Economia Mista. Natureza jurídica de direito privado. Participação acionária dispersa na bolsa de valores [...]. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 21 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2684516&numeroProcesso=600867&classeProcesso=RE&numeroTema=508>. Acesso em: 19 ago. 2024.

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.479.602/MG**. Direito tributário. Recurso extraordinário. Imunidade recíproca. IPTU. Bens afetados à concessão de serviço público. Repercussão Geral. I. O caso em exame 1. Recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que afirmou a incidência de imposto territorial e predial urbano - IPTU sobre bem público afetado à concessão de serviço de transporte ferroviário. II. A questão jurídica em discussão 2. A questão em discussão consiste em saber se o arrendamento de bem imóvel da União para concessionária de serviço público de transporte ferroviário afasta a

afasta a imunidade tributária recíproca para fins de incidência de IPTU sobre bens públicos afetados à prestação do serviço. A inclusão desse Recurso Extraordinário na pauta do STF representa oportunidade crucial para esclarecimento de pontos obscuros a respeito da matéria, principalmente diante da inexistência de diretrizes claras e uniformes sobre a extensão da imunidade do IPTU às concessionárias privadas que apesar de possuírem atividade lucrativa, atuam na prestação de serviços públicos.

Cumprе destacar que se a Corte Suprema seguir os critérios utilizados nos últimos julgamentos, acima comentados, a tendência é que se decida pela não incidência da norma constitucional do art. 150, inciso VI, alínea a, da CRFB/88²², às empresas privadas prestadoras de serviços públicos.

Diante disso, importante tecer considerações a respeito dos impactos socioeconômicos do reconhecimento da cobrança de IPTU das concessionárias de serviços públicos, à luz da Análise Econômica do Direito (“AED”).

3. OS IMPACTOS ECONÔMICO-FINANCEIROS DA EXAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

A Análise Econômica do Direito (“AED”) estuda as consequências materiais das normas jurídicas, considerando os efeitos concretos das regras e decisões judiciais. Uma vez que a AED analisa o fenômeno jurídico a partir de suas consequências, o juseconomista necessita de ferramentas teóricas e empíricas que o ajudem a detectar os problemas sociais (diagnóstico) e a antecipar as prováveis reações das pessoas diante de uma norma específica (prognose). Com esse entendimento sobre os possíveis efeitos, ele pode, com maior clareza, escolher a norma mais adequada (caso esteja legislando) ou a interpretação mais apropriada (caso esteja julgando).²³

imunidade tributária recíproca, com a consequente incidência de IPTU sobre o imóvel afetado à prestação do serviço. III. A decisão e seus fundamentos 3. Constitui questão constitucional relevante definir se a concessão de serviço público afasta a imunidade tributária recíproca para fins de incidência de IPTU sobre bens públicos afetados à prestação do serviço. IV. Dispositivo 4. Repercussão geral reconhecida para a seguinte questão constitucional: saber se a concessão de serviço público afasta a imunidade tributária recíproca para fins de incidência de IPTU sobre bens públicos afetados à prestação do serviço. Relator: Min. Presidente, 8 de abril de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral13668/false>. Acesso em: 19 ago. 2024.

²² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

²³ GICO JR. Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O Que É Análise Econômica Do Direito**: Uma Introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2022.



No contexto da cobrança do IPTU sobre áreas concedidas, essa análise é especialmente relevante ao ponderar se a tributação pode gerar distorções econômicas, desincentivar investimentos ou onerar excessivamente as concessões, comprometendo a finalidade público subjacente à concessão. Comprova-se a contemporaneidade e urgência dessa discussão, que se tornou objeto de estudo pela Advocacia Geral da União (AGU), por meio da edição do Parecer nº 358/2022/Conjur/Minfra/CGU/AGU²⁴.

Entre as várias considerações expostas nesse documento, interessante salientar a seguinte ponderação feita pela AGU:

o novo entendimento do STF, sob uma ótica consequencialista, há que ser analisado quanto à alteração da estrutura de incentivos, verificando-se a possibilidade de que, em decorrência disso, os agentes envolvidos mudem de conduta (diminuição do bid – seja, por exemplo, no ágio em aeroportos ou no deságio em concessões federais de infraestrutura rodoviária, ou, no limite, desistência de participação no certame). Isso recai sobre os usuários tanto no cenário de pagamento de um valor tarifário a maior quanto naquele de ausência de um parceiro privado que poderia prestar o serviço de forma mais eficiente e com mais investimentos, considerando, sobretudo, o cenário fiscal existente.²⁵

Em outras palavras, é fundamental verificar se, em decorrência dessa mudança, os agentes econômicos envolvidos alterem suas condutas, resultando, por exemplo, na diminuição da competitividade nas licitações, ou até mesmo na desistência de participação nos certames.

Essas mudanças têm implicações diretas para os usuários, que podem enfrentar um aumento nas tarifas cobradas pela prestação do serviço ou, ainda, a ausência de um parceiro privado capaz de oferecer serviços de maneira mais eficiente e com maior investimento. Considerando o atual cenário fiscal, a sustentabilidade das concessões e a qualidade dos serviços prestados tornam-se questões centrais.

Ademais, é imperativo que se considere o contexto socioeconômico em que essas concessões estão inseridas. O aumento do custo operacional para as concessionárias, decorrente da cobrança do IPTU, pode não apenas impactar a viabilidade econômica dos contratos, mas

página inicial-página final. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1395/E4624/35298>. Acesso em: 23 set. 2024.

²⁴ BRASIL. Advocacia Geral da União. Administrativo e Regulatório. Contratos de Parceria. Infraestrutura de Transportes. Bens Imóveis. IPTU. Imunidade Recíproca. Afastamento. Novo Entendimento Jurisprudencial. Risco ao Prosseguimento de Ações. Programas e Políticas Públicas do Setor. Impacto econômico-financeiro. Interpretação as onforme aos arts. 11 e 18, IV, da Lei nº 8.987, de 1995. **Parecer nº 358/2022/Conjur/Minfra/CGU/AGU**. Relator: Thiago Linhares Dias. Brasília, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/conjur/Contratosdeparceria.IPTU.Incidncia.STF.NovaJurisprudncia._Subsdiosparaesjudiciais..pdf. Acesso em: 23 set. 2024.

²⁵ *Ibid.*

também desencadear uma série de efeitos em cadeia, como a redução da qualidade dos serviços oferecidos e a consequente insatisfação dos usuários.

Cumprе ressaltar que a falta de um parceiro privado adequado pode ocasionar em um maior ônus para o Estado, que, ao buscar atender às demandas da população, poderá arcar com custos elevados em projetos que poderiam ter sido realizados de forma mais eficiente pela iniciativa privada. É inegável que o poder público possui limitações orçamentárias, o que muitas vezes dificulta a modernização necessária para a manutenção de serviços públicos em padrões adequados ao consumidor final. O aproveitamento do setor privado, nesse sentido, revela-se vantajoso, especialmente em setores que demandam tecnologias sofisticadas.

Dessa forma, não se pode desconsiderar que a imposição de novos encargos tributários pode ocasionar o afastamento de empresas privadas do cenário de licitações. Nesse contexto, a AED se torna um instituto interessante para mapear essas interações e prever as consequências que podem surgir da imposição de novas exações.

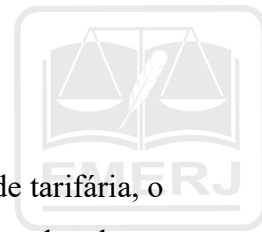
Interessante abordar, também, a oneração tarifária, decorrente do aumento dos custos operacionais do contratante privado, que tende a realizar o repasse econômico de encargos da manutenção da atividade empresarial ao usuário final.

Nos dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Os preços dos serviços públicos devem ser administrados de modo a atender, concomitantemente, às exigências do mercado e à capacidade econômica de seus usuários, devendo, por isso, ser módicos. O princípio da modicidade é um corolário do princípio da generalidade, de vez que a sua adequada observância deverá proporcionar o mais amplo acesso ao serviço por parte de todos que dele tenham necessidade, assim atendendo, harmonicamente, ao da generalidade.²⁶

O princípio da modicidade tarifária, como bem pontuado por Moreira Neto, assegura que os preços aplicados pelos concessionários sejam compatíveis com a realidade social, sem que a prestação universal do serviço seja afetada pela precificação muito onerosa. Quando o custo operacional para a concessionária é muito elevado, é evidente a repartição desse ônus à população, que deverá suportar o aumento dos valores das tarifas. Como consequência, há um risco de exclusão de parcelas mais vulneráveis da sociedade do acesso a serviços, em grave violação ao princípio da generalidade.

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 473.



E não é só isso. Há de se considerar que para coibir a ofensa à modicidade tarifária, o Estado seja obrigado a conceder subsídios à empresa privada, gerando, de forma paradoxal, um maior gasto aos cofres públicos.

Esse cenário demonstra que a situação aqui comentada é de extrema complexidade. Nessa linha, é interessante se adotar uma perspectiva mais ampla e consequencialista da cobrança de IPTU sobre áreas concedidas, no escopo de contratos de concessão, com foco nos reflexos econômicos e sociais que dela decorrem.

Por essa razão, seria interessante que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 1.479.602/MG²⁷ no Tema 1.297, adote uma abordagem cuidadosa e fundamentada na Análise Econômica do Direito, visando não apenas a proteção da arrecadação fiscal, mas também o desenvolvimento econômico nos contratos de concessão. A busca por um equilíbrio entre a necessidade de arrecadação e a promoção de um ambiente de investimentos economicamente sustentável é fundamental para o futuro das concessões e, por conseguinte, para a efetividade dos serviços públicos prestados.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar a incidência do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) sobre bens públicos concedidos a empresas privadas, destacando a complexidade da questão à luz da imunidade tributária recíproca prevista na Constituição Federal. A partir da investigação das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), foi possível observar uma mudança significativa na jurisprudência, que agora reconhece a possibilidade de cobrança do IPTU das empresas que exploram imóveis públicos em atividades econômicas com fins lucrativos. Esse novo entendimento representa um marco relevante na consolidação de uma interpretação mais restritiva da imunidade tributária, estabelecendo que a simples titularidade

²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.479.602/MG**. Direito tributário. Recurso extraordinário. Imunidade recíproca. IPTU. Bens afetados à concessão de serviço público. Repercussão Geral. I. O caso em exame 1. Recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que afirmou a incidência de imposto territorial e predial urbano - IPTU sobre bem público afetado à concessão de serviço de transporte ferroviário. II. A questão jurídica em discussão 2. A questão em discussão consiste em saber se o arrendamento de bem imóvel da União para concessionária de serviço público de transporte ferroviário afasta a imunidade tributária recíproca, com a consequente incidência de IPTU sobre o imóvel afetado à prestação do serviço. III. A decisão e seus fundamentos 3. Constitui questão constitucional relevante definir se a concessão de serviço público afasta a imunidade tributária recíproca para fins de incidência de IPTU sobre bens públicos afetados à prestação do serviço. IV. Dispositivo 4. Repercussão geral reconhecida para a seguinte questão constitucional: saber se a concessão de serviço público afasta a imunidade tributária recíproca para fins de incidência de IPTU sobre bens públicos afetados à prestação do serviço. Relator: Min. Presidente, 8 de abril de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral13668/false>. Acesso em: 19 ago. 2024.

pública do imóvel não impede a tributação, caso ele esteja sendo utilizado por um particular para a obtenção de lucro. Essa guinada jurisprudencial tem gerado consequências importantes não apenas para a atuação das concessionárias, que agora devem considerar essa tributação em seus cálculos de viabilidade financeira, mas também para a própria estrutura das licitações e concessões públicas, que passam a demandar um planejamento mais rigoroso quanto à alocação de riscos e custos na execução dos contratos.

No desenvolvimento deste estudo, verificou-se que, conquanto a imunidade tributária tenha a finalidade de proteger a Administração Pública e de evitar a oneração mútua entre os entes federativos, a sua extensão para empresas privadas é passível de questionamento, uma vez que pode fomentar distorções concorrenciais no mercado. Por outro lado, ao reconhecer a possibilidade de tributação, o STF não apenas preserva a arrecadação tributária dos municípios, mas também assegura um ambiente concorrencial mais equilibrado, evitando que determinadas empresas usufruam de privilégios que possam comprometer a competição no mercado.

Indo além, as controvérsias que surgem do entendimento do STF em relação à imunidade tributária às empresas prestadoras de serviços públicos destacam a necessidade de um posicionamento claro e uniforme do Tribunal sobre a matéria. A ausência de diretrizes definitivas gera insegurança jurídica, afetando o planejamento econômico e tributário das empresas e, conseqüentemente, a viabilidade dos contratos de concessão.

A análise dos impactos econômico-financeiros decorrentes da cobrança do IPTU sobre áreas concedidas indica a importância da Análise Econômica do Direito. Evidencia-se que a imposição de encargos tributários pode alterar a dinâmica dos investimentos, a competitividade nas licitações e, em última instância, a qualidade dos serviços prestados à população. A preocupação com o aumento de custos operacionais das concessionárias pode levar a um reflexo direto nas tarifas cobradas dos usuários e na sustentabilidade dos serviços públicos.

Diante desse cenário, é imperativo que o STF, ao se debruçar sobre casos futuros relacionados à extensão da imunidade tributária a concessionárias privadas, considere não apenas os aspectos jurídicos, mas também as consequências materiais de suas decisões. A busca por um equilíbrio entre a arrecadação tributária e a eficiência dos serviços públicos deve ser uma prioridade, pois a eficácia das políticas públicas depende, em grande parte, da estabilidade e previsibilidade do ambiente jurídico e econômico que envolve as concessões. A escolha por uma abordagem consequencialista, que considera os impactos econômicos e sociais da tributação, é fundamental para que as decisões judiciais atendam ao interesse da coletividade e à justiça fiscal.



Dessa forma, resta evidente que a questão relativa à incidência do IPTU sobre bens públicos utilizados por empresas privadas vai além da mera interpretação normativa, inserindo-se em um contexto mais amplo de equilíbrio entre os interesses arrecadatórios do Estado, a competitividade do setor privado e a sustentabilidade das atividades econômicas objeto de concessão. Dada sua relevância e complexidade, o tema exige acompanhamento contínuo da jurisprudência, sobretudo em razão dos impactos práticos dessa tributação sobre os contratos administrativos, a dinâmica do mercado concorrencial e a prestação adequada dos serviços essenciais à sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Administrativo e Regulatório. Contratos de Parceria. Infraestrutura de Transportes. Bens Imóveis. IPTU. Imunidade Recíproca. Afastamento. Novo Entendimento Jurisprudencial. Risco ao Prosseguimento de Ações. Programas e Políticas Públicas do Setor. Impacto econômico-financeiro. Interpretação as conforme aos arts. 11 e 18, IV, da Lei nº 8.987, de 1995. **Parecer nº 358/2022/Conjur/Minfra/CGU/AGU**. Relator: Thiago Linhares Dias. Brasília, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/conjur/Contratosdeparceria.IPTU.Incidncia.STF.NovaJurisprudncia._Subsdiosparaaesjudiciais..pdf. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 594.015/SP**. Imunidade. Sociedade de economia mista arrendatária de bem da União. IPTU. Relator: Min. Marco Aurélio, 06 de abril de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13440489>. Acesso em: 07 mar.2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 600.867/SP**. Tributário. IPTU. Imunidade Recíproca. Sociedade de Economia Mista. Natureza jurídica de direito privado. Participação acionária dispersa na bolsa de valores [...]. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 21 de agosto de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2684516&numeroProcesso=600867&classeProcesso=RE&numeroTema=508>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 601.720/RJ**. IPTU. Bem público. Cessão. Pessoa jurídica de direito privado. Incide o imposto Predial e Territorial Urbano considerado bem público cedido a pessoa jurídica de direito privado, sendo esta a devedora. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de abril de 2017. Disponível em:



<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13534812>. Acesso em: 07 mar. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 1.479.602/MG**. Direito tributário. Recurso extraordinário. Imunidade recíproca. IPTU. Bens afetados à concessão de serviço público. Repercussão Geral. I. O caso em exame 1. Recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que afirmou a incidência de imposto territorial e predial urbano - IPTU sobre bem público afetado à concessão de serviço de transporte ferroviário. II. A questão jurídica em discussão 2. A questão em discussão consiste em saber se o arrendamento de bem imóvel da União para concessionária de serviço público de transporte ferroviário afasta a imunidade tributária recíproca, com a consequente incidência de IPTU sobre o imóvel afetado à prestação do serviço. III. A decisão e seus fundamentos 3. Constitui questão constitucional relevante definir se a concessão de serviço público afasta a imunidade tributária recíproca para fins de incidência de IPTU sobre bens públicos afetados à prestação do serviço. IV. Dispositivo 4. Repercussão geral reconhecida para a seguinte questão constitucional: saber se a concessão de serviço público afasta a imunidade tributária recíproca para fins de incidência de IPTU sobre bens públicos afetados à prestação do serviço. Relator: Min. Presidente, 8 de abril de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral13668/false>. Acesso em: 19 ago. 2024.

GEBRIM, Juliana Deguirmendjian. **Imunidade tributária recíproca e contratos de parceria**, 2023. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

GICO JR. Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O Que É Análise Econômica Do Direito**: Uma Introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2022. página inicial-página final. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1395/E4624/35298>. Acesso em: 23 set. 2024.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAUSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.



A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA NO COMBATE AO FEMINICÍDIO

Bruna Dias Paredes

Graduada pela Universidade do Grande
Rio Professor José de Souza Herdy
(UNIGRANRIO). Advogada.

Resumo - Este trabalho investiga as medidas protetivas da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e sua efetividade na redução do feminicídio no Brasil. Apesar da tipificação do feminicídio pela Lei nº 13.104/15 e da criação de diversas medidas protetivas, os índices de violência contra a mulher permanecem alarmantes, questionando a eficácia das normas. A pesquisa é estruturada em três capítulos: o primeiro aborda a evolução histórica do enfrentamento à violência de gênero; o segundo detalha os tipos e procedimentos das medidas protetivas; e o terceiro analisa sua eficácia em casos de feminicídio, considerando a aplicação pelo sistema judicial e as lacunas existentes. Por meio de um método bibliográfico, o estudo reúne legislação e jurisprudência relevantes, buscando oferecer uma análise crítica sobre a proteção das mulheres e propor soluções para a implementação efetiva das medidas.

Palavras-chave – Direito Penal. Feminicídio. Lei Maria da Penha. Violência Doméstica. Medidas Protetivas.

Sumário – Introdução. 1. O progresso do conceito de feminicídio e o papel das legislações brasileiras na proteção das mulheres. 2. Medidas protetivas: as ferramentas legais e seus procedimentos. 3. O tratamento do feminicídio no sistema judiciário - desafios na implementação das ferramentas de proteção à mulher. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa as medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), no tocante à efetividade na redução dos índices de feminicídio, considerando o grave contexto social de violência contra a mulher. Assim, será observado como tais mecanismos não só previnem a lesão aos bens jurídicos tutelados pela lei, como também, e principalmente, a prevenção do resultado morte.

O feminicídio, o qual se define por homicídio direcionado especificamente a agentes do sexo feminino, conforme disposição legal, constantemente acontece em situações de relacionamentos marcados por históricos de violência física, psicológica, sexual e outras formas de agressão. Dando luz a este fato social, o feminicídio foi estabelecido como uma circunstância agravante do crime de homicídio e categorizado como um delito hediondo pela Lei nº 13.104/15.

Tal instituição decorre de longa caminhada no reconhecimento da vulnerabilidade da mulher, exposta, no Brasil, através do caso de Maria da Penha Maia Fernandes. Após sofrer



agressões e tentativas de assassinato, perpetradas pelo ex-companheiro, teve seu caso levado à Comissão Interamericana de Mulheres da Organização dos Estados Americanos, culminando na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida também como Convenção de Belém do Pará.

Diante da negligência do Brasil em políticas públicas de prevenção contra a violência doméstica, sua condenação deu luz à diversas medidas que culminaram na criação da Lei nº 11.340/06, a qual traz em seu texto diversas medidas protetivas em favor da mulher em situação de vulnerabilidade doméstica.

Muito embora a qualificadora tenha sido tipificada em Lei, o que se observou não foi uma queda nos índices, mas sim um aumento nos casos de feminicídio, a despeito da vigência das Leis nº 11.340/06 e 13.104/15, desafiando, portanto, sua eficácia e relevância prática e jurídica.

O resultado é o grave impacto social, haja vista que o próprio direito à vida, bem como a própria liberdade da mulher são constantemente ameaçados. Existe assim, nas mais diversas camadas sociais, um exercício parcial da autonomia da mulher, vítima constante da violência de gênero. Dessa forma, o aumento de vítimas do feminicídio configura verdadeiro caso de saúde pública, o qual merece melhor análise e cuidado por toda a sociedade.

Esta conjuntura levanta reflexões acerca da eficácia das medidas protetivas convencionadas pela Lei nº 11.340/06, à luz da Lei nº 13.104/15, no sentido de discutir se o Estado atuou de forma esperada para deter o ciclo de violência, prevenindo que mulheres se tornem vítimas de um crime tão grave como o feminicídio.

No primeiro capítulo, procura proporcionar uma visão crítica e ampla sobre o progresso do conceito de feminicídio e o papel primordial das legislações brasileiras na proteção das mulheres, enfatizando a necessidade contínua de ações efetivas para combater esse grave tema.

No segundo capítulo, são discriminados os tipos e procedimentos das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha. Assim, a análise se concentra na compreensão das ferramentas legais disponíveis para proteger as vítimas de violência doméstica, considerando a necessidade urgente de enfrentar o número crescente de casos de feminicídios no Brasil.

No terceiro capítulo busca-se abordar a eficácia das medidas protetivas nos casos de feminicídio, analisando os posicionamentos dos tribunais. Este último capítulo busca avaliar como as Leis e medidas existentes são interpretadas e aplicadas pelo sistema judicial, identificando lacunas na legislação e desafios na implementação que demandam atenção



imediatamente diante do expressivo número de casos registrados.

Para avaliação do tema, será utilizado um método bibliográfico, exploratório e descritivo, com a pretensão de reunir, por meio de referências doutrinárias e artigos, leis e jurisprudências relevantes, informações contextuais sobre o cenário abordado. Dessa forma, pretende levantar hipóteses acerca do tema proposto, por meio de pesquisa qualitativa baseada no material citado, com a finalidade de sustentar sua tese.

1. O PROGRESSO DO CONCEITO DE FEMINICÍDIO E O PAPEL DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS NA PROTEÇÃO DAS MULHERES

O feminicídio é tipificado como o assassinato de uma mulher em razão de seu gênero, configurando-se como uma manifestação extrema de violência de gênero. Tal classificação visa destacar que este crime não se trata de um homicídio simples, mas de uma violência aos direitos da mulher com base nas desigualdades estruturais e patriarcais. Diferente do homicídio comum, que se trata de qualquer ato que resulte em morte de uma pessoa, independente do gênero ou motivação específica, o feminicídio possui uma natureza particular ligada ao ódio pela mulher.

O conceito de feminicídio começou a obter forma no final do século XX, com debates e aprovação em conferências internacionais sobre direitos humanos e violência contra a mulher. No começo dos anos 2000, países latino-americanos como México e Argentina iniciaram a criminalização do feminicídio de maneira mais precisa em suas legislações. No Brasil esse conceito foi oficialmente incorporado com a implementação da Lei Maria da Penha em 2006 e subsequentemente com a Lei do Feminicídio em 2015.

A Lei nº 13.104/2015 fez integrar no Código Penal Brasileiro a qualificadora do feminicídio, fazendo valer pena mais gravosa para homicídios que se enquadrem neste tipo especial. A referida lei reconhece a violência de gênero como um elemento distintivo capaz de agravar a prática do crime, demonstrando a necessidade de uma resposta legal mais rigorosa para delitos fundados pela desigualdade de gênero.

Entretanto, o panorama de feminicídios no Brasil permanece alarmante. As estatísticas revelam um crescimento na taxa de feminicídios¹, expondo um contexto social no qual aspectos relativos à desigualdade de gênero e cultura patriarcal ainda são dominantes.

¹ BRASIL tem maior número de feminicídios desde que crime foi tipificado. **UOL**, São Paulo, 08 mar. 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/03/08/brasil-tem-maior-numero-de-feminicidios-desde-que-o-crime-foi-tipificado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2024.



Tanto a Lei Maria da Penha, quanto a Lei do Feminicídio são passos importantes, porém a eficácia dessas leis enfrenta embargos significativos, como a escassez de recursos adequados, treinamento insuficiente para autoridades e dificuldade na aplicação de medidas protetivas.

Ferreira² ressalta a importância das medidas protetivas como um instrumento essencial de defesa para mulheres em situação de risco. No entanto, ela aponta diversas falhas no procedimento que comprometem sua aplicação e efetividade em muitos casos. Entre as principais dificuldades estão as fragilidades nos sistemas de monitoramento, a escassez de delegacias especializadas, a falta de viaturas para atendimento imediato e a insuficiência de profissionais, como oficiais de justiça, o que provoca atrasos na execução dessas medidas, muitas vezes com consequências fatais.

Além disso, o preparo inadequado dos profissionais é outro obstáculo significativo, uma vez que muitos alegam falta de competência para lidar com determinados casos, especialmente relacionados à violência psicológica, relegando essas situações, que consideram de menor importância, a um segundo plano.

Para reforçar a proteção das mulheres e diminuir o número de feminicídios, é fundamental refletir sobre mudanças adicionais nas políticas públicas e ações sociais que enfrentam não somente a eficácia das leis existentes, mas também as questões estruturais que prolongam a violência de gênero. Dessa forma este capítulo procura proporcionar uma visão crítica e ampla sobre o progresso do conceito de feminicídio e o papel primordial das legislações brasileiras na proteção das mulheres, enfatizando a necessidade contínua de ações efetivas para combater esse grave tema.

A violência contra as mulheres emerge de uma estrutura patriarcal que coloca as mulheres em uma posição inferior em relação aos homens. Para prevenir essa violência, é fundamental estabelecer uma rede de atendimento que seja realmente eficaz e adequada. Isso inclui investimentos concretos em serviços que disponham de profissionais qualificados, além da inserção do tema da violência na educação básica, movimentando assim a formação sobre as relações de gênero.

Em um contexto de machismo estrutural, a palavra da mulher não tinha historicamente credibilidade quando se trata de violência doméstica. É indispensável reconhecer a condição de vulnerabilidade da vítima, que, devido à estrutura patriarcal, não tinha nenhum instrumento de proteção contra seu agressor. Cabe ressaltar que, antes da Lei Maria da Penha, o registro da vítima de violência

² FERREIRA, Milena Dias. **A Violência Doméstica Contra A Mulher e a Ineficácia das Medidas Protetivas Previstas Na Lei nº 11.340/06**. 2020. 53 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2020, p. 38.



doméstica não gerava qualquer iniciativa protetiva imediata; o procedimento corria em vara de família, com a separação de corpos, e havia uma demora na resposta efetiva do Estado, dificultando que as mulheres denunciassem por falta de mecanismos eficientes.³

O contexto do feminicídio no Brasil revela uma evolução quanto ao seu reconhecimento e a resposta legislativa para a violência de gênero. A definição de feminicídio não era majoritariamente recepcionada e os delitos de violência contra mulheres eram frequentemente abordados como homicídios comuns. Com o início dos anos 2000 ocorreu uma percepção acerca desse tipo de violência, alavancado por movimentos sociais e campanhas envolvendo direitos humanos.

A Lei Maria da Penha aprovada em 2006, foi referência importante na proteção das mulheres, criando medidas protetivas e mecanismos legais para desafiar a violência doméstica. Em 2015, a lei do feminicídio (Lei nº 13.104) foi sancionada, incluindo o feminicídio como qualificadora para o homicídio no código penal, elevando a pena para os casos em que a motivação é o gênero da vítima. Essa lei foi um avanço fundamental para tratar especificamente os crimes motivados por desigualdade de gênero.

Carolina Soares e outros autores ressaltam a importância do surgimento da lei, esclarecendo que:

com a positivação da Lei Maria da Penha, porém, no que diz respeito ao Brasil, concretizou-se uma mudança crucial nessa tendência, uma simbólica virada de chave na situação jurídico-política das mulheres brasileiras. Sua criação e o texto que a constitui contribuíram para o entendimento de que uma mulher é agredida por ser mulher - isto é, como consequência da forma como as relações sociais patriarcais permitem que ela seja tratada - e de que a violência contra a mulher deve sair do obscurantismo do ambiente privado para ser julgada na esfera pública, em vez de se manter assunto (não) discutido na seara doméstica.⁴

A despeito dos avanços legais, o feminicídio permaneceu sendo uma grave questão no Brasil, com elevadas taxas de violência contra a mulher. Sua superação encontra obstáculo na aplicação efetiva das leis, na formação de profissionais capazes de acolher as vítimas de forma apropriada, bem como em uma resposta efetiva das instituições para enfrentar e reduzir casos de feminicídio.

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, é um regulamento

³ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5. ed. rev, ampl e atual. Salvador: Juspodvim, 2018, p. 103.

⁴ CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de *et al.* A Interpretação da Lei Maria da Penha pelo Superior Tribunal de Justiça. Os Primeiros Passos de uma Jurisprudência sobre Violência Doméstica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 41-68, Mai.-Ago. 2022.



indispensável ao combate à violência dentro do âmbito doméstico e familiar contra a mulher. A criação da lei foi impulsionada por um intenso ativismo e envolvimento pessoal. A lei foi nomeada em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, a qual sofreu fortes abusos e agressões domésticas praticadas por seu marido ao longo de 20 anos. Maria sofreu tentativas de homicídio e violência física que a levaram a uma condição de paraplégica. Sua jornada por uma justiça e sistema legal que promovesse uma efetiva proteção às mulheres foi determinante para a criação da lei.

O caso de Maria da Penha em 1983, iniciou com Maria da penha sendo vítima de tentativa de homicídio por seu companheiro, que levou a uma tentativa de assassinato e resultou paraplegia. Depois de episódios de violência e uma luta duradoura no sistema de justiça, Maria da Penha buscou a organismos internacionais de Direitos Humanos para recorrer à justiça.

Em 2001, a comissão interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) reprovou o Brasil pela ausência de proteção a Maria da Penha e sugeriu ao governo brasileiro a implementação de providências para proteger as mulheres vítimas de violência doméstica e para penalizar os agressores. Essa orientação internacional exerceu uma influência relevante sobre o governo brasileiro.

Baseada nas diretrizes da CIDH e no trabalho ativista de Maria da Penha, com o apoio de outras organizações de direitos humanos, a Lei nº 11.340/2006 foi sancionada em 7 de agosto de 2006, apresentando objetivos como a prevenção e combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, a garantia de proteção e assistência às vítimas e a criação de juizados especializados em conjunto com centros de atendimento.

Entre as principais previsões legais, destacam-se as medidas protetivas de urgência, que facultam à vítima solicitar proteção imediata, como o afastamento do agressor do lar; a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e os programas de atendimento e reabilitação, que estabelecem serviços de apoio para as vítimas, estando incluído orientação jurídica e apoio psicológico.

A Lei Maria da Penha foi um evento significativo na legislação brasileira, sendo aprovada internacionalmente por sua evolução na proteção dos direitos das mulheres. No entanto, a instituição da lei enfrenta barreiras, incluindo a necessidade de maior eficiência na aplicação das medidas protetivas, o treinamento ideal de profissionais e a contínua batalha contra o costume de violência de gênero.

A lei trouxe ainda definições das violências praticadas, não se limitando apenas



àquelas praticadas fisicamente. A classificação ampliou o entendimento de violência, sendo qualquer forma de abuso ou agressão dentro do ambiente familiar ou doméstico, ocorrendo entre pessoas ligadas por um relacionamento íntimo, seja num contexto entre casais ou membros de uma família. Assim é possível abranger uma gama de comportamentos impróprios que possuem a finalidade de controlar, dominar ou causar dano à vítima.

As categorias de violência doméstica englobam a violência física, como agressões como bater, empurrar ou chutar, e a violência psicológica que se revela por meio de ameaças, humilhação e isolamento emocional. A violência sexual é outra maneira de abuso, onde a vítima é obrigada a participar de relação sexual sem vontade. A violência econômica abarca o controle ou limitação de recursos financeiros, colocando barreiras ao acesso a vítima a dinheiro ou bens. Ademais, a violência verbal insere insultos e xingamentos que humilham a vítima.

Frequentemente a violência exercida ocorre de forma cíclica, alternando em fases de tensão, regidos pelos variados tipos de violência, e fases de mansidão, quando ocorrem tentativas de reconciliação do agressor, refletindo assim o desejo do agente em controlar e empreender uma postura de posse em relação à vítima e manter uma relação de poder desigual.

Esse desequilíbrio relacional gera graves consequências, afetando a saúde física e psicológica das vítimas. Dessa forma, lesões físicas, problemas de saúde mental, como depressão e ansiedade, são consequências rotineiras da violência de gênero, podendo ainda levar ao isolamento social e problemas financeiros resultantes do controle praticado pelo agressor.

2. MEDIDAS PROTETIVAS: AS FERRAMENTAS LEGAIS E SEUS PROCEDIMENTOS

A Lei Maria da Penha⁵, nos artigos 22 e 23, prevê uma série de medidas para proteger a mulher, chamadas de Medidas Protetivas de Urgência, que instituíram um microsistema preventivo de natureza jurídica cautelar. Como pressupõe sua nomenclatura, os dispositivos objetivam a proteção da mulher em situação de violência, podendo ser deferidas de imediato, a fim de evitar a evolução das agressões sofridas pela vítima.

⁵ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Institui a Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 06 jun.2024.



Conforme esclarecem Farias e Cunha⁶, muito embora se tratem de medidas cautelares, estas não se reduzem apenas a uma ferramenta processual. O objetivo é a proteção da mulher, enquanto pessoa humana, em situação de vulnerabilidade. Portanto, são tratadas como medidas autônomas e independentes de qualquer outro procedimento processual existente ou não, podendo ser requerida tanto pela vítima quanto pelo Ministério Público a qualquer momento.

Tal entendimento foi aplicado na Lei Maria da Penha com a edição da Lei n° 14.550/23, a qual inseriu naquela o art. 19, §5°. Ao ser combinado com o art. 40-A da Lei n° 11.340/06, permite a aplicação extensiva a qualquer situação de violência de gênero contra a mulher, ultrapassando os limites de relação doméstica, familiar ou íntima de afeto.

Fernandes argumenta que:

a Lei n° 14.550/23 trouxe uma mudança estrutural e de grande importância para as medidas protetivas: as medidas protetivas ganharam vida própria e se tornaram mais amplas do que a própria Lei Maria da Penha: podem ser aplicadas por qualquer autoridade judiciária diante de uma situação de risco. Em poucas palavras, o sistema protetivo da Lei Maria da Penha não está mais restrito aos Juizados de Violência Doméstica, nem aos âmbitos afetivo, doméstico e familiar. Na nova redação, o art. 19 da Lei Maria da Penha condiciona o deferimento das medidas unicamente à existência de risco para a integridade física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral da vítima e dependentes. Não há referência direta ou indireta à necessidade de a violência acontecer nos âmbitos afetivo, doméstico ou familiar como ‘pré-requisito’ para as medidas protetivas.⁷

Como medida precauteladora, o art. 12-C, da Lei n° 11.340/06, prevê também adoção de mecanismo de afastamento do agressor do lar, quando constatado risco iminente à vida ou à integridade da mulher, que deverá ser encaminhada à autoridade judiciária para sua manutenção ou revogação. A determinação poderá ser efetivada tanto pela autoridade judiciária, pelo delegado de polícia ou pelo próprio policial, na ausência do delegado no momento da denúncia.

Importante destacar, contudo, que tal providência deve operar concomitante com o recebimento da denúncia, que, de acordo com o art. 12, III, da referida Lei, a autoridade policial deverá encaminhá-la para que se avalie o deferimento das medidas protetivas de urgência propriamente ditas.

As Medidas Protetivas de Urgência se dividem em dois grupos: as que obrigam o

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches. **Manual Prático das Medidas Protetivas**. Salvador: Juspodvim, 2024, p. 167.

⁷ FERNANDES, Valéria Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade**. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2024, p. 328.



agressor e as que são direcionadas à ofendida. Todas as medidas podem ser aplicadas em conjunto, a ser analisadas as necessidades do caso concreto.

As medidas que obrigam o agressor são listadas no art. 22, da Lei Maria da Penha⁸ e tem como objetivo cessar as agressões perpetradas pelo agente. Dentre as possibilidades, é possível determinar o afastamento do lar ou do local de convivência com a vítima, limitar a aproximação com a ofendida, com familiares e testemunhas, limitar a comunicação com a vítima, limitação ao uso de arma de fogo e programas de acompanhamento psicológico e de reeducação.

Já as medidas protetivas destinadas à ofendida visam acolher e proteger a vítima, oferecendo um ambiente seguro para manutenção e reorganização de sua vida. As previsões são listadas no art. 23 da lei em comento, como por exemplo encaminhamento a programa de proteção, recondução da vítima, familiares e dependentes aos seus domicílios após afastamento do agressor, ou mesmo determinar o afastamento da ofendida do lar, preservando direito de propriedade, guarda e alimentos.

Presentes em ambos o afastamento, conforme art. 22, II e III e art. 23, I, da Lei Maria da Penha⁹ resulta na separação de fato, conforme art. 23, IV, do mesmo diploma. Nesse raciocínio, Maria Berenice Dias explica que:

a partir do momento em que ocorre a separação de fato, cessam os deveres tanto do casamento como da união estável. Fidelidade, lealdade, mútua assistência e comunicabilidade patrimonial deixam de existir. Desimporta se a separação ocorreu de forma consensual, se decorreu de separação de corpos ou da concessão da medida protetiva pelo afastamento coacto do agressor doméstico. O casamento e a união estável deixam de existir, ainda que, eventualmente, se faça necessária a chancela judicial.¹⁰

Cumprido esclarecer que eventual limitação de aproximação entre a vítima, familiares e testemunhas e o agressor não configura afronta ao direito fundamental de ir e vir. Trata-se meramente de ponderação dos diferentes bens jurídicos que, no caso da Lei Maria da Penha¹¹, em sua *mens legis*, pretende a proteção última à vida da mulher, o que deve prevalecer sobre a

⁸ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Institui a Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 06 jun.2024.

⁹ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Institui a Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 06 jun.2024.

¹⁰ DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5. ed. rev, ampl e atual. Salvador: Juspodvim, 2018, p 183.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Institui a Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 06 jun.2024.



liberdade de locomoção.

De igual sorte, o afastamento entre pais e filhos deve observar a necessidade e real risco para essa relação específica. Diante da determinação de afastamento em relação à ofendida, se for o caso, poderá ser determinada visitação de forma supervisionada, cabendo parecer de equipe de atendimento multidisciplinar para avaliação da convivência com menores de idade.

Do afastamento, como ocorreria em ação de caráter familiar, poderá ser requerido alimentos para a ofendida e/ou seus filhos, cabendo o pedido, de forma cautelar diretamente à autoridade policial, que encaminhará, na forma do art. 12, III, para o Juizado de Violência Doméstica, ou para Vara Criminal, na sua ausência. Defende Maria Berenice Dias que, embora não haja previsão legal:

[...] a prática de violência doméstica, perderia o agressor o direito a alimentos frente à vítima e aos filhos. A previsão seria salutar, pois em sede de obrigação alimentar vige o princípio da reciprocidade (CC, arts. 1.694 e 1.696). Apesar do silêncio da lei, para desonerar-se do encargo, possível a alegação de procedimento indigno, que faz cessar o direito de alimentos (art. 1.694, §2º, CC)¹².

Com fim de promover a efetividade das medidas cautelares determinadas, é aplicável à Lei Maria da Penha as disposições do Código de Processo Civil, no que concerne aos arts. 497, 536 e 537, §1º, cabendo a aplicação de astreintes, podendo ser alteradas quanto a sua periodicidade ou mesmo majoradas.

Se mesmo com as ferramentas para trazer efetividade na execução das medidas cautelares a ordem protetiva for descumprida, a Lei Maria da Penha¹³ reconhece como crime tal conduta. O art. 24-A prevê pena de detenção de 3 meses a 2 anos, independente da origem da ordem, seja ela oriunda de juízo cível ou criminal.

Assim, percebe-se que a Lei nº 11.340/06 se esforça em garantir proteção integral à mulher durante toda apuração e julgamento de casos de violência de gênero, abarcando as esfera física, psicológica, material, familiar e bem estar da mulher, além de possibilitar iniciativas de ofício e do Ministério Público diante da fragilidade da vítima e da complexidade que os casos exigem.

Contudo, tais ferramentas não se mostram suficientes para a garantia da proteção ao

¹² DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5. ed. rev, ampl e atual. Salvador: Juspodvim, 2018, p 188.

¹³ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Institui a Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 06 jun.2024.



bem jurídico. Velloso, Figueiredo e Crivilin destacam que:

[...] em uma sociedade cada vez mais penalizante e polícialasca, os poderes Legislativo e Executivo têm depositado enorme confiança no Direito Penal como política pública, passando para a sociedade a falsa impressão de enfrentamento do problema. Estudos de criminologia demonstram, porém, que o Direito Penal não é capaz de evitar por si só a prática de ilícitos. Não basta imputar uma pena maior ao agressor para se verificar uma redução automática do ato que se pretende coibir.¹⁴

Assim, percebe-se que apesar dos avanços legislativos, não há indícios de que o aumento da rigidez penal tenha contribuído para uma redução substancial dos casos de violência contra a mulher. O que se observa é o oposto: um alarmante crescimento nas taxas de feminicídio e atos de violência de gênero no país.

No cenário atual em que a repressão penal não está em conjunto com políticas públicas eficientes para diminuir a violência contra mulher, com medidas direcionadas à igualdade, campanhas de conscientização, medidas de prevenção, os progressos legislativos podem se transformar em letra morta.

Esta perspectiva se refere à percepção equivocada de que o crime está sendo contido. Todavia, na realidade acaba gerando uma desconfiança social em relação ao arcabouço jurídico construído no combate à violência de gênero diante da sua eficácia deficiente.

Portanto, é imprescindível debater a redução da violência contra a mulher sem traçar paralelos com políticas públicas que promovam efetivo impacto social, para além do Direito Penal, devendo abordar as áreas da saúde, da psicologia e dos direitos humanos. Combater o fato social também é importante por meio de conscientização e prevenção, uma vez que a punição em si não é capaz de entregar resultados efetivos.

3. O TRATAMENTO DO FEMINICÍDIO NO SISTEMA JUDICIÁRIO - DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DAS FERRAMENTAS DE PROTEÇÃO À MULHER

A presente conjuntura faz surgir a necessidade de uma análise crítica sobre a efetividade das medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/06, à luz das disposições introduzidas pela Lei nº 13.104/15. Este capítulo busca investigar se as ações do judiciário têm sido adequadas para interromper o ciclo de violência e como este vem aplicando a

¹⁴ VELLOSO, Pedro Ivo; FIGUEIREDO, Ticiano; CRIVILIN, Camila. Punição não basta para combater violência contra mulher. **Conjur**, São Paulo, 16 ago.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-16/opiniao-punicao-nao-basta-combater-violencia-mulher/>. Acesso em: 01 set. 2024.



legislação, em ato preventivo e repressivo contra o feminicídio. A reflexão sobre como o poder judiciário tem interpretado a legislação é fundamental para entender os desafios e as lacunas na proteção das mulheres em situação de vulnerabilidade.

Um dos instrumentos previstos na Lei Maria da Penha¹⁵, a medida protetiva de urgência nem sempre é cumprida a tempo de garantir a proteção das vítimas de violência doméstica. O acúmulo de processos em tribunais e a dificuldade em localizar e intimar os agressores são alguns dos desafios para garantir uma redução de casos de agressão e morte de mulheres.

Além disso, após a implementação da medida protetiva percebe-se que não há ferramentas ou meios capazes de verificar seu fiel cumprimento. A medida deferida torna-se não um meio efetivamente preventivo, mas meramente declaratório, uma vez que seu descumprimento somente vem ao conhecimento do judiciário após provocação da própria vítima frente à ameaça ou efetivo descumprimento por parte do agressor.

Percebe-se que a simples concessão de medidas protetivas sem a devida fiscalização por muitas vezes não é suficiente para coibir os atos do agressor. O uso de abrigos para a vítima, programas de proteção, ou mesmo tornozeleiras eletrônicas ainda não são os meios preponderantes, são ferramentas que deveriam ser utilizadas em todos os casos. Dessa forma, seria fundamental que as decisões cautelares fossem acompanhadas de medidas fiscalizatórias ativas, de modo que saíam de decisões meramente declaratórias passando a ter eficácia material quanto à prevenção das violências que pretendem coibir.

Além disso, uma estrutura policial insuficiente se prova ineficaz para garantir medidas que se baseiam no distanciamento do agressor ou impedimento de ingresso na residência ou local do trabalho. O resultado é que se torna possível o retorno do acusado e a ocorrência de novas agressões, muitas vezes mais severas como retaliação à denúncia realizada pela vítima.

Viegas e Soares destacam que:

[...] outro ponto em que o Estado ainda se mostra falho está relacionado à aplicação de uma fiscalização mais contundente, por parte da justiça, em detrimento daquelas vítimas que sofreram agressão e ainda continuam, de alguma forma, sofrendo ameaças. Tal falta de acompanhamento pelo órgão estatal não permite que o Estado saiba, por exemplo, se a distância determinada pelo juiz para que o agressor não se aproxime da vítima e seus familiares está sendo cumprida ou não. [...] Observa-se que, na prática, faltam mecanismos que efetivamente proporcionem uma legítima

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Institui a Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 06 jun.2024.



proteção à mulher. No Brasil, o Estado peca e se omite quanto à fiscalização protetiva, deixando de utilizar o eficaz monitoramento como uma forma de amenizar e inibir as ações dos potenciais agressores, visando, assim, garantir a efetivação das medidas protetivas em favor das mulheres. Enfim, é inegável o legado que a Lei Maria da Penha trouxe para o ordenamento jurídico pátrio, contudo, também é clara a carência, ou mesmo a inércia do governo para implementar medidas que possam efetivar, na prática, a segurança necessária, aquela que a lei concede a todas as vítimas vulneráveis.¹⁶

Além dos problemas enfrentados no controle e fiscalização das medidas protetivas, ocorrem obstáculos até mesmo para sua implementação, resultando em uma morosidade incompatível com a proposta das medidas.

Segundo o relatório Avaliação sobre a Aplicação das Medidas Protetivas, a maioria dos Tribunais Estaduais não são capazes de cumprir o prazo de 48h previsto para cumprimento dos mandados pelos oficiais de justiça¹⁷.

Estes dados revelam verdadeiro congestionamento na apreciação dessa urgente medida, que coloca a vítima em estágio de risco perante as agressões sofridas pelos agentes denunciados, prejudicando o caráter preventivo das ferramentas de proteção.

O desafio não se resume apenas ao encaminhamento pelo Oficial de Justiça, mas também na intimação do agressor, que pode se evadir da intimação, impedindo o cumprimento da notificação.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 346/20¹⁸, com a finalidade de dar celeridade ao cumprimento de mandados de medidas protetivas para vítimas de violência doméstica a serem cumpridos por Oficiais de Justiça, estabeleceu um prazo limite de 48h para cumprimento, uma vez que a legislação não previa prazo para este ato.

É um grande desafio para o Poder Judiciário cumprir os prazos em tempo razoável, visto que são excessivos os procedimentos judiciais e os números de casos relacionados a violência contra a mulher. Antes de ser estabelecido prazo por essa Resolução do CNJ, poderia variar o tempo de intimação conforme interpretação do juiz, o qual poderia

¹⁶ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SOARES, Thiago de Guerreiro. A aplicação da Lei Maria da Penha às novas entidades familiares. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, São Paulo, v. 18, n. 77, p. 139-170, maio 2017.

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Avaliação sobre a Aplicação das Medidas Protetivas**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-avaliacao-medidas-protetivas-lei-maria-da-penha-23082022.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 346, de 8 de outubro de 2020. Dispõe sobre o prazo para cumprimento, por oficiais de justiça, de mandados referentes a medidas protetivas de urgência, bem como sobre a forma de comunicação à vítima dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão (art. 21 da Lei nº 11.340/2006). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original180329202010145f873d717d021.pdf>. Acesso em: 03 set. 2024.



determinar seu cumprimento imediato, em 24h ou deixar em aberto, abrindo brecha para morosidade no cumprimento da cientificação do agressor.

O relatório do CNJ acerca do Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha¹⁹, no ano de 2022, tenta avaliar a atuação eficaz dos Tribunais na administração dos processos que envolvam violência doméstica.²⁰

O relatório aponta que os processos pendentes, aqueles não encerrados até a elaboração do relatório, representam um volume total de mais de um milhão de processos, superando o número de casos novos em 2022, que representa um total de 640.867 novos processos.

Por meio do relatório, é possível observar que o tempo médio de tramitação das ações que julgam os crimes cometidos possuem tempo médio de 2 anos até o primeiro julgamento, tanto nas varas especializadas quanto nas varas comuns, cíveis e criminais.

Segundo a avaliação, pouco mais da metade dos Estados brasileiros são capazes de manter uma administração positiva desse tipo de acervo, segundo critérios estabelecidos pelo Órgão (índice superior a 100% de atendimento). Tal procedimento é possível graças a absorção pelas varas comuns da competência das varas especializadas, estas ainda não estão amplamente implementadas.

Observa-se um alto volume de processos pendentes, evidenciando desafios no andamento e resolução desses crimes, constatando-se um acúmulo de 1.062.457 processos pendentes, demonstrando a sobrecarga do sistema e a dificuldade em garantir celeridade na tramitação desses casos.

Dos processos relatados, 674.111 foram baixados, apontando que chegaram a alguma decisão judicial, seja arquivamento, condenação ou absolvição. Ademais, foram proferidas 399.228 sentenças, demonstrando o empenho do judiciário em dar solução às demandas da sociedade. A taxa de congestionamento média do sistema é de 61,2%, aponta que a maioria dos processos ainda não foi concluída. Esse índice é preocupante, pois expõe a morosidade na resolução dos casos, incluindo os de feminicídio, que exigem respostas rápidas e efetivas. Por outro lado, o índice de atendimento à demanda é de 105,2%, sugerindo que o sistema consegue dar conta a mais processos do que os que ingressam, indicando um cenário positivo

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Institui a Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 06 jun.2024.

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/relatorio-violencia-domestica-2023.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.



na redução do acúmulo de processos a longo prazo.

A interpretação das informações revela um sistema judiciário sobrecarregado, mas que tem buscado resolver os casos de maneira eficaz. No âmbito do feminicídio, a celeridade nos julgamentos é essencial para garantir justiça às vítimas e suas famílias, bem como para reforçar a mensagem de combate à violência de gênero. A redução da taxa de sobrecarga e o aumento da eficiência na tramitação são desafios fundamentais para assegurar que esses crimes não fiquem impunes.

Muito embora tenha se achado uma solução para a falta de varas especializadas, permitindo absorção de competência, às varas de competência cível e criminal já possuem uma demanda expressiva. Assim, inserir processos de competência doméstica nessas varas apenas trará morosidade no já congestionado acervo desses cartórios. Portanto, a ampliação das varas especializadas é medida que deve ser tratada com urgência.

Nesse cenário, por meio do Painel de Monitoramento da Política de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, é possível observar que no país, até a presente data, foram estabelecidas apenas 171 varas especializadas²¹, evidenciando uma carência.

Urgência pela celeridade nos julgamentos desses casos é refletida pela iniciativa pelas iniciativas do Poder Judiciário em traçar metas eficientes no tratamentos dos processos, como é o caso do posicionamento do STJ.

O referido Tribunal, por meio da adesão à Meta 8, definida no Encontro Nacional do Poder Judiciário, para as Metas Nacionais do Poder Judiciário, se comprometeu a priorizar os processos distribuídos até 2022²². Tal necessidade revela que o judiciário ainda está distante de atender de forma célere os casos que envolvam a violência doméstica, com capacidade suficiente de evitar que se chegue ao feminicídio.

CONCLUSÃO

O reconhecimento e a tipificação do feminicídio no Brasil marcam um avanço

²¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília, 2024. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodi mio03&anonymous=true&sheet=shVDResumo. Acesso em: 15 set. 2024.

²² A JURISPRUDÊNCIA e as ações do STJ no combate à violência contra a mulher. STJ, Brasília, 03 mar. 2024. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/03032024-A-jurisprudencia-e-as-aco-es-do-STJ-no-combate-a-violencia-contra-a-mulher.aspx#:~:text=Nessa%20linha%2C%20por%20proposta%20da,viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20distribu%C3%ADdos%20at%C3%A9%202022>. Acesso em 03 set. 2024.



significativo na luta pelos direitos das mulheres, refletindo um comprometimento social e legislativo em face dessa grave problemática. Contudo, para que essas leis sejam verdadeiramente efetivas, é imperativo que haja uma transformação profunda nas estruturas sociais que sustentam a violência de gênero. Essa mudança requer uma atuação conjunta e multidisciplinar que vá além da simples promulgação de normas, englobando ações de formação qualificada, conscientização social e políticas públicas integradas que busquem dismantlar os estigmas e preconceitos que perpetuam a desigualdade.

Embora a Lei Maria da Penha e suas inovações legislativas representem progressos notáveis na proteção das mulheres, a realidade evidencia que apenas medidas legais não são suficientes para garantir um ambiente seguro e digno. É essencial que a resposta à violência de gênero inclua políticas públicas abrangentes que integrem os setores de educação, saúde e direitos humanos, promovendo uma abordagem holística que envolva não apenas a repressão, mas também a prevenção da violência. A educação deve ser um pilar fundamental, pois a conscientização e a formação de valores igualitários desde a infância são cruciais para mudar mentalidades e comportamentos em relação às mulheres.

A combinação de punições rigorosas para os agressores com estratégias de conscientização e prevenção é crucial para efetivamente reduzir a violência contra a mulher. Além disso, é importante envolver a comunidade em campanhas de sensibilização e educação, mobilizando todos os segmentos sociais na luta contra a violência de gênero. O engajamento da sociedade civil, organizações não governamentais e do setor privado pode criar uma rede de apoio e proteção que fortaleça as ações governamentais e amplifique sua eficácia.

Portanto, o enfrentamento da violência de gênero deve transcender o âmbito do Direito Penal, buscando soluções que realmente impactem a estrutura social e cultural que sustenta essa problemática. A implementação prática das medidas protetivas, embora fundamental, revela lacunas significativas, como a falta de fiscalização, a morosidade do sistema judiciário e a insuficiência de recursos. Para que o Judiciário cumpra seu papel de forma eficaz, é fundamental fortalecer as estruturas de fiscalização e ampliar o número de varas especializadas, além de adotar políticas que priorizem a celeridade na tramitação de processos relacionados à violência doméstica.

Além disso, a criação de mecanismos de monitoramento e acompanhamento das medidas protetivas deve ser uma prioridade, garantindo que as vítimas de violência recebam a proteção necessária em tempo hábil. A implementação de tecnologias, como o uso de tornozeleiras eletrônicas e sistemas de alerta, pode auxiliar na supervisão do cumprimento das



medidas e na proteção das mulheres em situações de risco. Somente assim será possível criar um ambiente mais seguro e garantir a proteção efetiva das mulheres em situação de vulnerabilidade, estabelecendo as bases para uma sociedade verdadeiramente igualitária e justa. O desafio que se apresenta é grande, mas a construção de um futuro onde a violência contra a mulher seja erradicada é um objetivo que todos devemos perseguir incansavelmente.

REFERÊNCIAS

A JURISPRUDÊNCIA e as ações do STJ no combate à violência contra a mulher. **STJ**, Brasília, 03 mar. 2024. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/03032024-A-jurisprudencia-e-as-acoes-do-STJ-no-combate-a-violencia-contr-a-mulher.aspx#:~:text=Nessa%20linha%2C%20por%20proposta%20da,viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20distribu%C3%ADdos%20at%C3%A9%202022>. Acesso em 03 set. 2024.

BRASIL tem maior número de feminicídios desde que crime foi tipificado. **UOL**, São Paulo, 08 mar. 2024. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/03/08/brasil-tem-maior-numero-de-feminicidios-desde-que-o-crime-foi-tipificado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Institui a Lei Maria da Penha. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em 06 jun.2024

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Avaliação sobre a Aplicação das Medidas Protetivas**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/relatorio-avaliacao-medidas-protetivas-lei-maria-da-penha-23082022.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 346, de 8 de outubro de 2020**. Dispõe sobre o prazo para cumprimento, por oficiais de justiça, de mandados referentes a medidas protetivas de urgência, bem como sobre a forma de comunicação à vítima dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão (art. 21 da Lei nº 11.340/2006). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original180329202010145f873d717d021.pdf>. Acesso em: 03 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/relatorio-violencia-domestica-2023.pdf>. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília, 2024. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shVDRResumo. Acesso em: 15 set. 2024.



CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de *et al.* A Interpretação da Lei Maria da Penha pelo Superior Tribunal de Justiça. Os Primeiros Passos de uma Jurisprudência sobre Violência Doméstica. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 41-68, Mai.-Ago. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 5. ed. rev, ampl e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches. **Manual Prático das Medidas Protetivas**. Salvador: Juspodvim, 2024, p. 167.

FERNANDES, Valéria Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo no caminho da efetividade**. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2024, p. 328.

FERREIRA, Milena Dias. **A Violência Doméstica Contra A Mulher e a Ineficácia das Medidas Protetivas Previstas Na Lei nº 11.340/06**. 2020. 53 f. Trabalho Monográfico (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, 2020, p. 38.

VELLOSO, Pedro Ivo; FIGUEIREDO, Ticiano; CRIVILIN, Camila. Punição não basta para combater violência contra mulher. **Conjur**, São Paulo, 16 ago.2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-16/opinio-punicao-nao-basta-combater-violencia-mulher/>. Acesso em: 01 set. 2024.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SOARES, Thiago de Guerreiro. A aplicação da Lei Maria da Penha às novas entidades familiares. **Revista de Direito Privado: RDPriv**, São Paulo, v. 18, n. 77, p. 139-170, maio 2017.



A LICITUDE DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA POR PARTE DA ACUSAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Bruna Fernandes Leal Pontes Ferreira

Graduada pela Universidade do Estado
do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

Resumo – a Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime) realizou alterações na Lei nº 9.296/96, o que suscitou controvérsias acerca da licitude da gravação ambiental clandestina por parte da acusação no processo penal. Isso porque, com os acréscimos feitos, a interpretação literal é de que a gravação ambiental apenas poderia ser utilizada como meio de prova quando versasse sobre matéria de defesa. No presente trabalho, busca-se à análise das novidades trazidas com o Pacote Anticrime, com a finalidade de compatibilizá-las com o ordenamento jurídico. Para tanto, defende-se a utilização do mecanismo de interpretação conforme a Constituição, de modo a extrair o verdadeiro sentido da norma, bem como pretende-se refutar argumentos contrários à interpretação teleológica: ausência de violação a garantia de não autoincriminação e inexistência de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Gravação ambiental clandestina. Lei nº 13.964/19. Lei nº 9.296/96. HC nº 812.310/RJ.

Sumário – Introdução. 1. Insuficiência da interpretação literal em relação às normas inseridas pela Lei nº 13.964/19 sobre a gravação ambiental 2. Conflito entre a garantia de não autoincriminação e o uso da gravação ambiental clandestina por parte da acusação. 3. O Poder Judiciário não atua como legislador positivo quando permite o uso do meio de prova pela acusação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a temática envolvendo a utilização da gravação ambiental clandestina no processo penal após recente decisão proferida nos autos do HC nº 812.310/RJ bem como a partir do entendimento sobre tal meio de prova com o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19). Embora a lei determine um caráter mais vantajoso para a defesa acerca da utilização desse tipo de prova, a jurisprudência recentemente se inclinou para visualizá-la como meio probatório, que pode ser empregado pela acusação, a depender das nuances do caso concreto.

Objetiva-se, à luz dos princípios constitucionais, demonstrar que é válida a gravação ainda que utilizada pela acusação, quando os direitos à privacidade do autor da conduta delituosa confrontarem com os direitos da vítima, principalmente aqueles atrelados à dignidade, à vida, à saúde e à segurança.

O primeiro capítulo aponta que a literalidade de um dispositivo que limita a utilização de prova no processo penal deve ser sopesada, considerando o valor do bem jurídico que se pretende defender. A tutela de bens jurídicos de maior valor demanda interpretação sistemática da norma, à luz do ordenamento jurídico – que engloba os princípios constitucionais – como um todo, e não de forma isolada.

O segundo capítulo questiona se o direito de não autoincriminação conflita com o uso da gravação ambiental por parte da acusação, uma vez que a origem dessa prova deriva da premissa que a outra parte – o acusado – não teve o seu direito ao silêncio respeitado. Em tal oportunidade, destaca-se que é possível apreciar a questão tanto do ponto de vista do princípio da presunção de inocência – sob um viés mais protetor dos direitos do acusado –, como também sob a ótica dos direitos da vítima, que tem tido relevância no entendimento dos tribunais superiores.

Por fim, o terceiro capítulo busca comprovar que os tribunais, ao ampliarem a possibilidade do uso de prova por parte da acusação, não atuam como legisladores positivos. Assim, a jurisprudência, ao permitir que a acusação utilize da gravação ambiental em seu favor, não viola o ordenamento jurídico (ausência de lesão à cláusula pétrea da separação de poderes), pelo contrário, apenas efetiva uma visão mais constitucionalizada do processo penal. Portanto, não há usurpação da competência do Poder Legislativo por parte do Judiciário.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que a pesquisadora pretende legitimar a tese de que é possível a utilização da gravação ambiental como prova lícita a ser utilizada pela acusação no processo penal brasileiro sempre que o bem jurídico a ser tutelado tenha maior valor que o direito à privacidade do acusado.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, valendo-se de pesquisas bibliográficas (legislação, doutrina e jurisprudência) para sustentar a dissertação.

1. INSUFICIÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO LITERAL EM RELAÇÃO ÀS NORMAS INSERIDAS PELA LEI Nº 13.964/19 SOBRE A GRAVAÇÃO AMBIENTAL

A gravação ambiental clandestina é aquela realizada por um dos próprios interlocutores (ou por um terceiro, mas com consentimento de um interlocutor), que realiza a captação de um diálogo ou comportamento do outro interlocutor sem o conhecimento dos demais, segundo a doutrina.¹

¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 846-847.



Antes da promulgação do Pacote Anticrime², prevalecia o entendimento de que tal gravação era válida como meio de prova no processo penal, independentemente de prévia autorização judicial, por ambas as partes – defesa e acusação. A exceção apenas encontrava amparo nos casos de sigilo previstos legalmente, como os de sigilo profissional.³

Porém, após o art. 7º da Lei nº 13.964/19⁴ inserir o artigo 8º-A na Lei nº 9.296/96⁵, passou-se a exigir, de forma prévia, a autorização judicial para a captação ambiental. Além disso, o parágrafo 4º de tal dispositivo apenas garantiu a licitude da sua utilização em matéria de defesa, desde que demonstrada a integridade da gravação. Portanto, há dois requisitos legais: autorização judicial e ser a prova utilizada pela defesa.

Com isso, a utilização da gravação ambiental como meio de prova a ser usado pela acusação não possui fundamentação legal, por meio de uma interpretação literal da norma. Não poderia ser utilizada para imputar crimes ao outro interlocutor que não sabe que está sendo gravado, afastando o entendimento jurisprudencial anterior ao Pacote Anticrime⁶. Contudo, deve haver uma interpretação teleológica e sistemática dessa norma, a fim de se entender qual a sua finalidade e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico como um todo.⁷

Há ofensa ao princípio da paridade de armas, da lealdade, da boa-fé objetiva bem como ao da cooperação caso se entenda que apenas a defesa poderia utilizar tal prova. Isso porque a questão envolvendo a validade das provas perpassa por uma análise que busca resguardar as vítimas, e não apenas os agentes da conduta delituosa⁸. Afinal, não apenas deve-se analisar se a acusação é injusta, mas também a legítima defesa probatória das vítimas de condutas criminosas.⁹

² BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13964.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f18ee45840e18329939acf1095cdc5a9>. Acesso em: 16 jun. 2024.

⁴ BRASIL, ref. 2.

⁵ BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

⁶ BRASIL, ref. 2.

⁷ CAVALCANTE, *op. cit.*

⁸ Superior Tribunal de Justiça. **Gravação ambiental clandestina é válida se direito protegido tem valor superior à privacidade do autor do crime**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/08022024-Gravacao-ambiental-clandestina-e-valida-se-direito-protetido-tem-valor-superior-a-privacidade-do-autor-do-crime.aspx>. Acesso em: 16 jun. 2024.

⁹ PINHEIRO, Ricardo Henrique Araujo. A gravação clandestina e a validade da prova. **Migalhas**, São Paulo, 21 fev. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/402084/a-gravacao-clandestina-e-a-validade-da-prova>. Acesso em: 16 jun. 2024.

Segundo Charles Martins e Thiago Pierobom de Ávila¹⁰, por uma interpretação conforme a Constituição, deve-se entender a expressão “matéria de defesa” como defesa aos direitos fundamentais. É essencial que os bens jurídicos em conflito sejam sopesados, de modo que prevaleça aquele de maior relevância social. Ressalta-se que nenhum direito fundamental é absoluto, podendo sofrer limitações quando em confronto com outros direitos constitucionalmente protegidos.

Diante do confronto entre os direitos à integridade e à dignidade da vítima e os direitos à imagem e à privacidade do ofensor, evidente que socialmente é mais razoável e proporcional raciocinar que os direitos da vítima devem preponderar, nos termos do que restou decidido no HC 812.310/RJ¹¹. Na colisão de interesses, o uso de gravações ambientais pela acusação se justifica.

Fernando Capez traz a ideia de proporcionalidade *pro societate* para explicar a prevalência dos direitos da vítima sobre os do acusado, quando evidente o crime cometido. Nesse sentido, menciona o seguinte entendimento do STJ: “A gravação de conversações através do telefone da vítima, com o seu conhecimento, nas quais restam evidentes extorsões cometidas pelos réus, exclui suposta ilicitude dessa prova (precedentes do Excelso Pretório)”.¹²

No HC 812.310/RJ¹³, a Quinta Turma entendeu pela licitude da gravação ambiental clandestina pelos argumentos acima expostos como também por entender que houve respeito ao princípio da proporcionalidade e seu caráter trifásico¹⁴: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

No caso, a acusação utilizou gravação ambiental clandestina – captura de imagens e sons – para embasar ação penal por estupro de vulnerável; a defesa, por sua vez, requereu o trancamento da ação por meio do remédio constitucional do *habeas corpus*, alegando que a gravação foi feita sem o conhecimento da vítima e do ofensor e sem prévia autorização judicial,

¹⁰ MARTINS, Charles; ÁVILA, Thiago Pierobom de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após Lei n. 13.964/2019. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Volume 8 - n. 2 - maio/ago. 2022, p. 995-996. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/19/24>. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 812.310/RJ. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CAPTAÇÃO AMBIENTAL. [...]**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 21 de novembro de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301050453&dt_publicacao=28/11/2023. Acesso em: 14 jun. 2024.

¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2024. *E-book*.

¹³ BRASIL, ref. 11.

¹⁴ MARQUES, Andréa Nevez Gonzaga. **Princípio da proporcionalidade e seus fundamentos**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 15 jul. 2024.



violando a Lei nº 9.296/96¹⁵. Porém, em razão dos argumentos a seguir narrados, a defesa não teve êxito.

O meio foi necessário porque não seria possível alcançar o resultado útil sem que fosse produzida a prova, já que sem a captação ambiental o comportamento do criminoso nunca viria à tona – pois o agente praticava a conduta delituosa em pacientes anestesiadas e dentro de um hospital, o que dificultava o conhecimento de terceiros – e o agente, claramente, pretendia esconder tal prática.

O meio foi adequado porque promoveu o fim pretendido, ou seja, em razão da gravação ambiental clandestina, uma pessoa que põe risco aos valores caros da sociedade (integridade física, dignidade humana e sexual) foi investigada e está sendo processada.

Por fim, o meio foi proporcional em sentido estrito, porque houve a consideração dos interesses em conflito, mas entendeu-se que a vítima da violência teve seu direito à dignidade sexual tido como mais relevante do que a intimidade do agente ou à sua própria – já que a própria imagem da vítima também apareceu na gravação.

Além disso, diferencia-se a gravação da conversa com a sua divulgação. A divulgação viola o direito à intimidade da parte, nos termos do artigo 156 do Código Penal¹⁶, mas o mesmo não pode ser dito em relação à simples gravação.¹⁷

Ressalta-se que o artigo 10-A da Lei nº 9.296/96¹⁸ criminaliza a conduta da captação ambiental (gênero) quando é realizada sem autorização judicial. Porém, o parágrafo 1º resguarda a ausência de crime quando a captação é realizada por um dos interlocutores, ou seja, quando há gravação ambiental (espécie). Esse dispositivo não apresenta antinomia em relação ao art. 8º-A, pois reflete apenas uma opção legislativa de não criminalizar a obtenção ilícita por um dos interlocutores, o que é diferente do condicionamento da obtenção da prova ao crivo judicial¹⁹.

No caso do HC – nº 812.310/RJ²⁰ – ora em debate, não houve enquadramento no art. 10-A porque, embora a gravação não tenha sido feita por uma das partes – o que afastaria a tipicidade da conduta, segundo o parágrafo 1º -, fato é que a vítima estava desacordada, o que

¹⁵ BRASIL, ref. 5.

¹⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

¹⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 842-843.

¹⁸ BRASIL, ref. 5.

¹⁹ WEDY, Miguel Tedesco; SCHEINDER, Maurá Duro. Gravação ambiental clandestina: passado e futuro. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-02/gravacao-ambiental-clandestina-passado-e-futuro/>. Acesso em: 19 jul. 2024.

²⁰ BRASIL, ref. 11.

atrai a possibilidade de que um terceiro, em legítima defesa de terceiros, busque repelir agressão injusta, atual e iminente e produza a prova. O agente praticou crime às escondidas, em ambiente hospitalar, aproveitando-se da situação de extrema vulnerabilidade que o próprio agente, na condição de médico anestesista, causou – o uso de excessiva sedação impede que haja qualquer tipo de reação por parte das vítimas. O julgado, portanto, concluiu pela excludente de ilicitude no caso.

Acresce que, analisando a finalidade por trás do parágrafo 1º do art. 10-A, também poderia se cogitar na ideia de que embora não fosse uma das partes realizando a gravação, o terceiro estaria representando a vítima, agindo em prol de seus interesses – e não de interesse próprio. Logo, extensivamente seria possível afastar o crime da gravação ambiental clandestina, sem autorização judicial, quando realizada com essas características, ou seja, uma equiparação da captação realizada por um dos interlocutores à atuação de terceiro, quando o agente reduzir totalmente a possibilidade de agir da vítima.²¹

Assim, é possível notar que a tendência do Superior Tribunal de Justiça é validar a gravação ambiental clandestina quando presentes a voluntariedade de um dos interlocutores em realizar a gravação - e, não sendo possível tal voluntariedade, a legítima defesa feita por um terceiro ou a representação desse interlocutor - e o intuito de utilizar como matéria de defesa/acusação ou de legítima defesa probatória. Portanto, interpretando os artigos 8º-A e 10-A da Lei nº 9.296/96²² à luz da CRFB/88²³, é possível notar que a gravação ambiental pode ser usada tanto pela acusação quanto pela defesa.

2. CONFLITO ENTRE A GARANTIA DE NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E O USO DA GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA POR PARTE DA ACUSAÇÃO

O artigo 5º, inciso LXIII, da CRFB/88²⁴, trata do direito fundamental ao silêncio, garantido a todas as pessoas que estão em solo brasileiro. Quando não respeitado, gera nulidade relativa do processo, cuja declaração depende da comprovação do prejuízo. Tal direito tem

²¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **STJ considerou lícita a gravação feita, pela equipe de enfermagem, do anestesista que abusava das pacientes grávidas durante o trabalho de parto**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9bed9658634281e6128aa6f2979a7944>. Acesso em: 16 jul. 2024.

²² BRASIL, ref. 5.

²³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2024.

²⁴ BRASIL, ref. 23.



pontos em comum com o princípio da inexigibilidade de autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) e com o princípio da presunção de inocência.²⁵

Ao realizar a gravação ambiental sem o conhecimento da outra parte, não apenas os direitos à intimidade e à privacidade do acusado entram em pauta, como também o possível desrespeito à sua garantia de não autoincriminação.

Basta imaginar que ao realizar a gravação ambiental, sem o conhecimento da outra parte, há captura de uma fala ou comportamento, ainda que sem qualquer provocação do interlocutor que realiza a gravação, e, com isso, o outro interlocutor produz provas contra si, sem ter conhecimento de tal conduta.

A questão deve ser analisada sob o prisma da proporcionalidade. Deve-se perquirir se o sacrifício ao direito ao silêncio se justifica diante da finalidade da gravação. Caso haja coação para obrigar a pessoa a confessar certo fato considerado criminoso ou a cometer um ato criminoso, torna-se patente a ilegalidade da prova, ante a ausência de voluntariedade do agente acusado. A conduta do agente não pode estar eivada de vícios, pois tornaria a prova inválida. Porém, se as informações compartilhadas com a pessoa responsável pelo registro da comunicação ocorrem de forma espontânea, voluntária, sem qualquer tipo de vício, trata-se de meio de prova proporcional, até porque se é possível alguém testemunhar sobre uma conversa da qual fez parte, não haveria motivo para ser obstada a gravação de tal diálogo.²⁶

No mesmo sentido, se por acaso o registro da gravação for orientado e incentivado por membro do Ministério Público ou da Polícia, poderia se cogitar em nulidade da prova, já que a pessoa que realizasse a gravação estaria agindo como *longa manus* do Estado na atividade persecutória penal, o que não é aceito e seria desproporcional.²⁷

Nessas circunstâncias, só poderia haver a produção da prova se houver prévia autorização judicial. Em tese, o que seria uma gravação sem intervenção de terceiros, se torna uma espécie de interceptação, porque há a figura de um terceiro observador, que embora não se intrometa propriamente na conversa, a monitora com o fim de consumir a persecução penal²⁸.

²⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 17 ed. rev. atual. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 101.

²⁶ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NETO, Franciso Sannini. **Captação ambiental clandestina e sua legalidade com meio de obtenção de prova**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/01/10/captacao-ambiental-clandestina-e-sua-legalidade-como-meio-de-obtencao-de-prova/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

Sobre o tema, verifica-se que o STF, nos autos da Reclamação nº 33.711/SP²⁹, já decidiu que há violação ao direito ao silêncio e a não autoincriminação nas situações de interrogatórios forçados, mascarados de entrevista, em que o agente público provoca o indivíduo para que produza provas contra si mesmo, sem que este tenha conhecimento disso.

Nesse sentido, se um dos interlocutores, que está realizando a gravação, busca provocar o outro a dizer algo aparentemente apto a comprovar a autoria de um crime, refletiria em uma situação em que a parte estaria sendo injustamente provocada a produzir prova contra si mesma. Trata-se, na verdade, de uma coação ilegítima que vicia a fidedignidade do conteúdo da prova.

Destaca-se recente julgado, RE nº 1.040.515/SE³⁰, proferido no âmbito dos processos eleitorais, no qual se decidiu que a gravação ambiental clandestina em ambiente privado não pode ser usada como prova em processo eleitoral. Isso porque, segundo Dias Toffoli, a gravação em ambiente privado pode decorrer de uma emboscada, ou seja, de uma instigação de um flagrante preparado ou até coação, estratégia possível de ocorrer na seara das acirradas disputas político-eleitorais. Diferente seria se fosse realizada a gravação em ambiente público, oportunidade em que haveria a retirada da expectativa de privacidade dos envolvidos.

Pela legislação – Lei nº 9.296/96³¹ –, em relação à matéria ser utilizada pela defesa no processo penal, o tema é pacífico, pois não há do que se falar em qualquer violação ao direito ao silêncio. Porém, novamente há controvérsias no que tange à sua utilização pela acusação.

Por um viés do princípio da presunção de inocência e da proteção dos direitos do acusado, bem como da literalidade dos artigos trazidos pelo Pacote Anticrime³², a ilicitude da prova seria medida que se impõe. Porém, a interpretação literal dos dispositivos acarreta um viés mais protetor dos direitos do acusado que não merece prosperar, ante os entendimentos mais recentes dos tribunais superiores já analisados no Capítulo anterior.

Fato é que os tribunais têm apreciado a questão sopesando os direitos em conflito. Havendo suposta violação ao direito ao silêncio, quando da produção da gravação, em confronto com o direito à integridade física da vítima – que é quem produz a gravação ou é representada por aquele que grava –, este último deve prevalecer.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação 33.711/SP**. Reclamação. 2. Alegação de violação ao entendimento firmado nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 395 e 444 [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de junho de 2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750602880>. Acesso em: 17 jul. 2024.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 1.040.515/SE**. 3 Recurso extraordinário. Repercussão geral. Mérito. Tema nº 979. Ilicitude da prova. Gravação ambiental clandestina. Processo eleitoral [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 29 de abril de 2024. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15368048920&ext=.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2024

³¹ BRASIL, ref. 5.

³² BRASIL, ref. 2.



A limitação legislativa contraria o interesse público, já que não é possível analisar a licitude de uma prova apenas pelo viés de a qual parte ela beneficiará. A Constituição³³ garante, no art. 5º, *caput*, o princípio da igualdade, de modo que as partes devem ter as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e serem tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades. Assim, ambas as partes devem ter a mesma possibilidade de usar meios de prova idênticos, respeitando-se apenas a integridade do material.

Seria desproporcional e romperia a lógica da igualdade inviabilizar o uso de uma prova produzida adequadamente, sem qualquer vício de consentimento, pela acusação. Se a prova servisse apenas à defesa, muitos agentes sairiam ilesos de suas condutas, sob o amparo de que a gravação seria ilícita. Em diversos casos, a gravação é a prova principal que a vítima possui – quando não a única –, e desconsiderá-la acarretaria prejuízo imenso não apenas ao ofendido, mas a sociedade como um todo.

Pela lógica do sistema processual penal constitucionalizado, não é viável admitir que uma vítima de crime, ao gravar seu agressor sem o conhecimento deste, não possa utilizar o meio de prova em eventual acusação criminal.

Além disso, representaria um retrocesso no combate ao crime³⁴, já que muitos agentes de condutas contrárias a lei teriam seu direito à privacidade preservado, em detrimento dos direitos violados da vítima (integridade física, dignidade da pessoa humana, entre outros). Funcionaria a ilicitude dessa prova como prêmio ao acusado, que praticaria crimes, sem qualquer receio de que a vítima pudesse gravá-lo, sob a proteção da garantia à não autoincriminação. Por consequência, fomentaria a impunidade.

Diante de todo esse cenário, a jurisprudência mais atual tende a se posicionar pela licitude da prova quando: (i) ela serve para comprovar a inocência de uma pessoa acusada; (ii) é a vítima em legítima defesa própria que a utiliza para comprovar a ocorrência do crime; (iii) é produzida por terceiros em legítima defesa da vítima. Assim, permite-se que tanto a defesa quanto a acusação utilizem tal meio de prova.³⁵

³³ BRASIL, ref. 23.

³⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Franciso. **Captação ambiental clandestina e sua legalidade com meio de obtenção de prova**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/01/10/captacao-ambiental-clandestina-e-sua-legalidade-como-meio-de-obtencao-de-prova/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

³⁵ *Ibid.*

3. O PODER JUDICIÁRIO NÃO ATUA COMO LEGISLADOR POSITIVO QUANDO PERMITE O USO DO MEIO DE PROVA PELA ACUSAÇÃO

O magistrado, no exercício de sua função, deve atender à diversos princípios. Dentre eles, o de garantir a observância da paridade de armas no processo – que está intrinsecamente relacionado aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Se as partes não estão recebendo tratamento isonômico, haverá vício no processo.

Ao restringir a possibilidade do uso da gravação ambiental apenas pela defesa, conforme a literalidade do estabelecido no art. 8º-A, parágrafo 4º, da Lei nº 9.296/96³⁶, o legislador teria adotado postura incompatível com os ditames da Constituição³⁷, que prevê que todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput) bem como que a todos é assegurado o direito de se defender (art. 5º, inciso LV), com os meios e recursos que possuir para tanto. Assim, totalmente desproporcional a interpretação de que a acusação não pode utilizar tal meio de prova.

De acordo com Paulo Machado Cordeiro³⁸, deve-se evitar a vinculação “total do juiz à lei, sem qualquer preocupação com a ideia de que a lei faz parte de um sistema que tem a Constituição como fundamento de legitimidade das decisões proferidas”, impondo-se que o juiz tenha “poderes para completar o ordenamento jurídico ou interpretá-lo de modo a viabilizar os direitos fundamentais”.

Portanto, os tribunais, ao ampliarem a possibilidade do uso de prova por parte da acusação, não atuam como legisladores positivos, ou seja, não substituem o Poder Legislativo – não há usurpação de competência. Pelo contrário, efetivam uma visão mais constitucionalizada do processo penal, por meio do mecanismo de interpretação conforme a Constituição.

Tal mecanismo visa interpretar as normas infraconstitucionais que comportem diversas interpretações à luz dos ditames constitucionais. Sendo o sentido da norma unívoco, não há do que se cogitar na utilização do mecanismo.³⁹

Segundo o Supremo Tribunal Federal⁴⁰, se há apenas uma única interpretação possível e esta não se coaduna com a Constituição, não seria viável a aplicação da interpretação

³⁶ BRASIL, ref. 5.

³⁷ BRASIL, ref. 23.

³⁸ CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 41.

³⁹ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. amp. e atual.. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 62.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Representação 1.417/DF**. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 3 DO ARTIGO 65 DA LEI ORGÂNICA DA



conforme a Constituição, pois implicaria a criação de norma nova, que é tarefa privativa do Poder Legislativo.

No caso, a expressão “matéria de defesa” contida na Lei nº 9.296/96, segundo Charles Martin e Thiago Pierobom de Ávila⁴¹, admite a interpretação teleológica da expressão “matéria de defesa” como “defesa dos direitos fundamentais”, e não apenas o sentido literal de “matéria a ser utilizada por parte da defesa no processo”. Logo, trata-se de norma polissêmica.

A existência de plurissignificância da norma é essencial porque não pode o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, extrapolando o seu limite de atuação ou violando a finalidade pretendida pelo legislador quando da elaboração da norma e, por conseguinte, criar norma nova a partir de sua interpretação.⁴²

É atribuição do órgão julgador declarar em qual sentido a norma é constitucional, excluindo as demais possibilidades de interpretação. Portanto, não há do que se cogitar em violação à separação de poderes (que constitui cláusula pétrea, nos termos do art. 60, parágrafo 4º, III, CRFB/88⁴³).

Dessa forma, o manejo de tal postulado visa conservar a validade e vigência da norma no ordenamento jurídico, sem declará-la inconstitucional. Esse postulado prestigia a presunção relativa de constitucionalidade das leis, de modo a conservá-la vigente quando seja possível concedê-la um sentido compatível com a Constituição.⁴⁴

Trata-se de uma atuação que visa suprir eventual omissão legislativa para efetivar direitos fundamentais. Segundo Luís Roberto Barroso, o Judiciário possui, inclusive, o papel de suprir eventual déficit dos demais Poderes, mas preservando sua atuação para que ela não seja abusiva.⁴⁵

Ademais, em relação à separação de poderes, destaca-se que é um princípio organizatório que determina o preceito de que as funções estatais devem ser repartidas e distribuídas a diferentes órgãos, pulverizando a antiga ideia de poder concentrado. A repartição

MAGISTRATURA NACIONAL [...]. Relator: Min. Moreira Alves, 09 de dezembro de 1987. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34375/false>. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁴¹ MARTINS, Charles; ÁVILA, Thiago Pierobom de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua litude após Lei n. 13.964/2019. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Volume 8 - n. 2 - maio/ago. 2022, p. 995-996. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/19/24>. Acesso em: 15 jul. 2024.

⁴² MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. amp. e atual.. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 62.

⁴³ BRASIL, ref. 23.

⁴⁴ BRASIL, ref. 23.

⁴⁵ DINIZ, Jordan Augusto Lima. **O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. Revista FT. Local da publicação. Disponível em: <https://revistaft.com.br/o-supremo-tribunal-federal-como-legislador-positivo/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

de funções impede que um Poder avance sobre as atribuições dos outros, ou seja, implica o controle recíproco entre os diferentes Poderes, mas não é uma divisão engessada.⁴⁶

É plenamente possível que os Poderes desenvolvam funções que lhe sejam atípicas – ao passo que seriam típicas para os demais – e, ainda assim, não haveria qualquer violação à cláusula pétrea. O foco deve ser o respeito ao núcleo essencial do princípio da separação de poderes, por meio do sistema de freios e contrapesos, afastando a noção de divisão estanque e intransponível das tarefas a serem desenvolvidas por cada esfera de Poder.⁴⁷

No caso, ao adotar a interpretação que melhor se adequa à finalidade que a Lei nº 9.296/96⁴⁸ pretende tutelar, o Poder Judiciário não invadiu o âmbito de atuação do Poder Legislativo. Não se trata de criação de nova norma – que seria atividade típica legislativa –, mas de interpretação da norma frente à realidade social – que é atividade típica do Judiciário.

As leis são escritas por homens, que, na condição de seres humanos – falhos e imperfeitos – podem cometer omissões ou erros em suas previsões. Por vezes, a intenção da lei é proteger um lado considerado historicamente mais fragilizado – que, no caso, costuma ser a parte acusada – e, com isso, pode ocorrer certo descuido em relação às necessidades da outra parte processual – que seria a acusação.

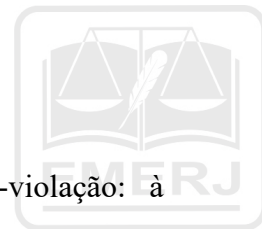
Além disso, nem sempre a legislação acompanha a dinamicidade que a sociedade contemporânea impõe e fato é que cada alteração legislativa demanda tempo para ser realizada, não podendo a norma aguardar a correção de sua literalidade para ser válida quando, evidentemente, por meio da interpretação conforme a Constituição, seja possível extrair um sentido compatível com o ordenamento jurídico.

Diante de tal cenário, o Poder Judiciário assume protagonismo, sem que isso acarrete extrapolção dos limites que lhe são inerentes. A tarefa de interpretar a norma, quando polissêmica, incumbe aos órgãos julgadores. Da mesma forma, caso a norma seja unívoca, mas comporte apenas sentido incompatível com a Constituição, deverá submeter-se a controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, ou seja, também passará pelo crivo do Poder Judiciário.

⁴⁶ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. amp. e atual.. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 132.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ BRASIL, ref. 5.



Verifica-se que, pela literalidade, na Lei nº 9.296/96⁴⁹ há dupla-violação: à Constituição⁵⁰ e às leis – tanto ao Código de Processo Civil⁵¹ quanto ao Código de Processo Penal⁵². Em relação à Constituição⁵³, porque no art. 5º há o direito à igualdade, que é violado com a limitação do uso do meio de prova apenas por uma das partes processuais. Já quanto aos diplomas infraconstitucionais, há violação ao princípio da paridade de armas, pois aplica-se analogicamente o artigo 7º do Código de Processo Civil ao processo penal, por força do artigo 3º do Código de Processo Penal, de modo que deve ser assegurada a igualdade de direitos e deveres, ônus, sanções, garantias e possibilidade de defesa de seus argumentos.⁵⁴

Por consequência, evidente que o Poder Judiciário não tem atuado como legislador positivo ao permitir a ampliação do uso da gravação ambiental por parte da acusação, como ocorreu no julgamento do HC nº 812.310/RJ⁵⁵. Na verdade, apenas tem adotado uma visão constitucionalizada do processo penal por meio da interpretação conforme a Constituição dos dispositivos da Lei nº 9.296/96.⁵⁶

CONCLUSÃO

Ante o exposto, o presente trabalho apresentado objetivou demonstrar os efeitos da análise literal dos artigos acrescentados pelo Pacote Anticrime à Lei nº 9.296/96 e a necessária releitura dos dispositivos à luz do ordenamento jurídico de forma sistêmica, ou seja, por meio do mecanismo da interpretação teleológica das normas bem como do postulado da interpretação conforme a Constituição.

Verificou-se que a literalidade é insuficiente para atender aos direitos fundamentais, uma vez que a limitação do uso do meio de prova da gravação ambiental apenas por parte da defesa viola o direito à igualdade e, por vezes, inclusive o direito à integridade e dignidade da

⁴⁹ BRASIL, ref. 5.

⁵⁰ BRASIL, ref. 23

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁵² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁵³ BRASIL, ref. 23

⁵⁴ SILVA, Naiara Lisboa da. **O princípio da paridade de armas como uma ficção jurídica no processo penal brasileiro – Uma análise sobre a violação do princípio e suas consequências**. 2018. 16 f. Artigo científico (Pós-graduação em Direito) - Escola de Magistratura, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/NaiaraLisboadaSilva.pdf. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁵⁵ BRASIL, ref. 11.

⁵⁶ BRASIL, ref. 5.

pessoa humana, ao considerar que a vítima (parte acusatória) poderia não conseguir comprovar a conduta delituosa se apenas tivesse tal meio de prova, caso a considerassem ilícita diante da interpretação literal da previsão legal.

Além disso, refutou-se as argumentações que poderiam vir a ser utilizadas pela defesa nos processos judiciais quando pretendessem a ilicitude da prova, que não pela literalidade das normas, quais sejam: direito à não autoincriminação e atuação do Poder Judiciário como legislador positivo.

Isso porque em condutas criminosas, ainda que existam garantias ao acusado, deve-se sopesá-las com os direitos da vítima, de modo a avaliar qual deles deve preponderar. Caso contrário, seria o direito à não autoincriminação um super trunfo para a defesa, que impediria o uso da gravação ambiental por parte da acusação em qualquer circunstância, o que é claramente incompatível com a Constituição e os bens jurídicos em cena. Acresce que a mera interpretação de norma polissêmica não acarreta a usurpação de competência do Poder Legislativo por parte do Poder Judiciário, sendo plenamente viável e legítima.

Evidencia-se a importância desta pesquisa ao se considerar que a interpretação das normas da Lei nº 9.296/96 envolve o sopesamento de direitos fundamentais – que possuem ampla proteção constitucional e ausência de hierarquia entre si – e o destino de diversas vidas, que têm suas questões submetidas ao processo penal.

De outro lado, pontuou-se o conflito existente no histórico pensamento de vulnerabilidade da defesa e os prejuízos que advêm dessa ideia à acusação. Apesar de ser o acusado quem corre o risco de ter seu direito de locomoção, dentre outros, restringidos, fato é que a vítima também deve ter seus direitos preservados e sua história validada, desde que haja integridade de seu relato e do acervo probatório.

A interpretação favorável ao acusado, sem análise da repercussão que pode causar à acusação, poderia ter por consequência a sensação de impunidade e, indo mais além, o incentivo à prática de condutas criminosas. Por essa razão, o órgão julgador deve, casuisticamente, avaliar as nuances da situação para poder obter o julgamento mais adequado possível. Para tanto, é necessário que haja respeito ao princípio da paridade de armas, proporcionando aos envolvidos no processo a possibilidade de comprovarem a existência do crime e de sua autoria (acusação), bem como de afastar tais elementos (defesa).

Assim, relevante foi a análise do HC nº 812.630/RJ, que trouxe à baila o argumento da defesa de ilicitude da prova da gravação ambiental por parte da acusação, baseando-se na literalidade da norma prevista na Lei nº 9.296/96. No julgamento, restou validada a tese de que



a acusação poderia utilizar o meio de prova, considerando a preponderância dos direitos da vítima no caso concreto, e tal conclusão foi essencial para o deslinde da presente pesquisa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 15 ago. 2024

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 812.310/RJ**. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CAPTAÇÃO AMBIENTAL. [...]. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 21 de novembro de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202301050453&dt_publicacao=28/11/2023. Acesso em: 14 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação 33.711/SP**. Reclamação. 2. Alegação de violação ao entendimento firmado nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 395 e 444. [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750602880>. Acesso em: 17 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário 1.040.515/SE**. 3. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Mérito. Tema nº 979. Ilicitude da prova. Gravação ambiental clandestina. Processo eleitoral [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 29 de abril de 2024. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15368048920&ext=.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Representação 1.417/DF. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 3 DO ARTIGO 65 DA LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL [...]**. Relator: Min. Moreira Alves, 09 de dezembro de 1987. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34375/false>. Acesso em 15 ago. 2024.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NETO, Franciso Sannini. **Captação ambiental clandestina e sua legalidade com meio de obtenção de prova**. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2023/01/10/captacao-ambiental-clandestina-e-sua-legalidade-como-meio-de-obtencao-de-prova/>. Acesso em: 16 jul. 2024.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2024. *E-book*.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É lícita a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f18ee45840e18329939acf1095cdc5a9>. Acesso em: 16 jun. 2024.

CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2007.

DINIZ, Jordan Augusto Lima. **O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo**. Revista FT. Local da publicação. Disponível em: <https://revistaft.com.br/o-supremo-tribunal-federal-como-legislador-positivo/>. Acesso em: 17 jul. 2024.

MARQUES, Andréa Nevez Gonzaga. **Princípio da proporcionalidade e seus fundamentos**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2010/principio-da-proporcionalidade-e-seus-fundamentos-andrea-neves-gonzaga-marques>. Acesso em: 15 jul. 2024.

MARTINS, Charles; ÁVILA, ThiagoPierobom de. A gravação ambiental feita pela vítima de crime: análise da continuidade de sua licitude após Lei n. 13.964/2019. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Volume 8 - n. 2 - maio/ago. 2022, p. 995-996. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/issue/view/19/24>. Acesso em: 15 jul. 2024.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. rev. amp. e atual.. Salvador: Juspodivm, 2016.

PINHEIRO, Ricardo Henrique Araujo. A gravação clandestina e a validade da prova. **Migalhas**, São Paulo, 21 fev. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/402084/a-gravacao-clandestina-e-a-validade-da-prova>. Acesso em: 16 jun. 2024.

SILVA, Naiara Lisboa da. **O princípio da paridade de armas como uma ficção jurídica no processo penal brasileiro – Uma análise sobre a violação do princípio e suas**



consequências. 2018. 16 f. Artigo científico (Pós-graduação em Direito) - Escola de Magistratura, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/NaiaraLisboadaSilva.pdf. Acesso em: 15 ago. 2024.

Superior Tribunal de Justiça. **Gravação ambiental clandestina é válida se direito protegido tem valor superior à privacidade do autor do crime.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/08022024-Gravacao-ambiental-clandestina-e-valida-se-direito-protegido-tem-valor-superior-a-privacidade-do-autor-do-crime.aspx>. Acesso em: 16 jun. 2024.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal.** 17 ed. rev. atual. São Paulo: Juspodivm, 2022.

WEDY, Miguel Tedesco; SCHEINDER, Maurá Duro. Gravação ambiental clandestina: passado e futuro. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-02/gravacao-ambiental-clandestina-passado-e-futuro/>. Acesso em: 19 jul. 2024.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL PELA PUBLICIDADE SOB A ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Bruna Pires Guasti

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a progressiva digitalização da vida cotidiana trouxe significativas mudanças na forma como se desenvolvem as relações de consumo. Nesse cenário, surgiram os influenciadores digitais, indivíduos que através das redes sociais exercem grande persuasão sobre seus seguidores e desempenham um relevante papel na aproximação entre marcas e consumidores. O presente trabalho visa a análise da responsabilidade civil desse profissional, sob a ótica de preceitos já consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, defende que tais indivíduos, enquanto integrantes de uma cadeia de consumo, devem responder pela publicidade que realizam.

Palavras-chave - Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Influenciador Digital.

Sumário - Introdução. 1. A digitalização e o novo paradigma do mercado de consumo: redes sociais e vulnerabilidade do consumidor no ambiente digital. 2. Análise das relações de consumo mediadas pelo influenciador digital. 3. A responsabilidade civil do influenciador digital pela publicidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico busca analisar em profundidade a natureza da participação do influenciador digital nas relações de consumo, investigando em que medida e sob quais condições ele pode ser responsabilizado pela publicidade que realiza.

No contexto da era digital, a experiência da vida humana se desdobrou nas telas, elevando a importância das interações jurídicas travadas no ambiente virtual. A integração da tecnologia na vida cotidiana trouxe novos desafios para a sociedade, uma vez que essa crescente digitalização levanta questões não regulamentadas que necessitam de soluções justas e modernas.

A ascensão do cenário digital tem fomentado também o surgimento de novas personalidades, notavelmente os influenciadores digitais, que atuam diretamente com o mercado de consumo. Estes indivíduos, por intermédio das redes sociais, estabelecem com as publicidades que realizam uma conexão mais próxima entre as marcas e os consumidores, influenciando ativamente suas decisões de compra, moldando suas percepções em torno dos produtos e serviços ofertados *online*.



Sob a perspectiva do Direito do Consumidor, as indagações relativas às suas obrigações legais e éticas ganham relevância devido à ausência de regulamentação profissional no Brasil. A contemporaneidade do tema é também evidenciada pela escassez de decisões que o abordam, sublinhando a necessidade de um debate acerca da responsabilização desses sujeitos.

Nessa esteira, o primeiro capítulo do artigo será destinado a elucidar a interligação entre a digitalização, as redes sociais e o mercado de consumo, discorrendo sobretudo acerca da vulnerabilidade do consumidor no ambiente digital.

No segundo capítulo, será delineado o conceito de influenciador digital e, particularmente, seu papel nas relações de consumo. Neste momento, serão propostas considerações gerais sobre a novel profissão, discutindo-se o seu enquadramento na cadeia de consumo.

No último capítulo, ante a ausência de norma reguladora da profissão no âmbito nacional, será realizada uma análise acerca da responsabilidade civil do influenciador digital e implicações legais decorrentes da publicidade que realiza sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor.

No presente artigo, será adotado o método qualitativo de pesquisa para analisar a relação entre o influenciador digital e o mercado, com o objetivo de delimitar a sua responsabilidade no âmbito das relações de consumo. A pesquisa é desenvolvida de forma parcialmente exploratória, através da revisão criteriosa de artigos, doutrinas, jurisprudências e legislações pertinentes ao tema, buscando compreender os diversos aspectos dessa temática, bem como estabelecer diretrizes que assegurem relações de consumo transparentes e equitativas.

1. A DIGITALIZAÇÃO E O NOVO PARADIGMA DO MERCADO DE CONSUMO: REDES SOCIAIS E VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO AMBIENTE DIGITAL

A digitalização, conforme o próprio nome indica, refere-se ao processo de conversão para o digital. Com o passar do tempo, no entanto, sua definição evoluiu para abranger as significativas mudanças causadas nas condições de vida desencadeada pela sua utilização em escala global.

Essa digitalização alterou a maneira como as pessoas vivenciam seu cotidiano de diversas formas. Houve a implementação de “casas inteligentes”, com utilização de assistentes



virtuais, de que é exemplo a “Alexa” da *Amazon*¹. Além disso, foram criados novos serviços de comunicação, de mensagens instantâneas, como o *Whastapp* e o *Telegram*, amplamente difundido o uso das redes sociais, como *Instagram* e *Facebook*, ocasionando também o surgimento de novos modelos de negócios, através de um processo de desmaterialização dos meios e bens antes utilizados no mercado.

Segundo Wolfgang², esse processo de mudança e adaptação ao digital afetou fundamentalmente todas as partes da sociedade:

A digitalização permite uma multiplicidade e variedade de novos modelos de negócio, bem como a sua utilização para criar valor. Isso muda as oportunidades de relações de influência e poder. Referimo-nos à transformação digital que está transformando a economia, a sociedade, a cultura e muito mais. Afetam indivíduos que atuam proativamente, mas também estão envolvidos passivamente nessas mudanças (indivíduos, cientistas, funcionários), empresas econômicas, associações e outras comunidades, bem como autoridades estatais ou interestaduais.

O mercado de bens e serviços, portanto, não restou imune a essas mudanças. A forma como as empresas realizam marketing e se comunicam com os seus clientes também está em constante evolução. As publicidades digitais ganham cada vez mais destaque e as empresas percebem a necessidade de fortalecer sua presença no ambiente *online*.

Em pesquisa recente³, dados apontam que 94% das empresas do país escolhem o marketing digital como estratégia de crescimento. Outra conclusão da pesquisa é que pouco mais da metade das empresas, cerca de 50,9%, destina de 1% a 2% do seu faturamento a ações de marketing digital e 17,5% destinam uma porcentagem ainda maior, considerando ser de 3% a 4% do seu faturamento.

Indiscutivelmente, a expansão e a disseminação do acesso à internet popularizaram novas formas de entretenimento, resultando em novas necessidades, atividades e profissões que demandam regulamentação e a atenção do Judiciário. Isso porque no ambiente digital, a “descentralização” de canais de comunicação ocasionadas pelas redes sociais, redefiniu o modo

¹“Alexa é a inteligência artificial controlada por voz da Amazon. Alexa vive na nuvem e fica feliz em ajudar em qualquer lugar onde haja acesso à Internet e um dispositivo que possa se conectar a Alexa. Tornar Alexa parte do seu dia é tão simples quanto fazer uma pergunta. Alexa pode tocar sua música favorita, ler as últimas notícias, diminuir o brilho das lâmpadas da sala e muito mais. Basicamente, Alexa quer tornar sua vida mais fácil, mais significativa e mais divertida, ajudando você a controlar seu mundo por voz, em casa e em qualquer lugar.” AMAZON. **Conheça Alexa**. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/b?ie=UTF8&node=19949683011>. Acesso em: 27 nov. 2024.

²WOLFGANG, Hoffmann-Riem. **Teoria Geral do Direito Digital**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 27. *E-book*.

³TERRA. **Marketing digital**: 94% das empresas usam para o crescimento. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/marketing-digital-94-das-empresas-usam-para-o-crescimento,4b4d24262762ba39628340a3d6cd9276zlmvg8ku.html?utm_source=clipboardInd. Acesso em: 16 ago. 2024.



pelo qual as pessoas interagem entre si e se conectam com os diversos fornecedores de produtos e serviços no mercado. Nesse novo cenário, autor e receptor da comunicação passam a, muitas vezes, se confundir.⁴

Plataformas digitais, sobretudo as mais popularizadas, como o *Instagram* e o *Facebook*, em que o foco não é o estabelecimento de transações comerciais em si, como os chamados *marketplaces*⁵, mas sim o compartilhamento de estilos de vida, troca de ideias e experiências, passaram a ser utilizadas também para o comércio digital. Tal fenômeno decorre da mudança do perfil dos consumidores, que estão cada vez mais procurando e adotando posturas horizontais. Isto é, confiam mais em informações sobre bens de consumo quando fornecidas pelo seu círculo social do que por peças publicitárias, muitas vezes estreladas por grandes celebridades nas mídias clássicas, ordinariamente desenvolvidas com certo afastamento entre o consumidor e o fornecedor.⁶

Ao discorrer sobre o que chama de Marketing 4.0, Philip Kotler⁷ define as características do marketing na era digital, explicando justamente que ao tomar decisões de compra, os consumidores em geral têm sido impelidos pela preferência individual e por um desejo de conformidade social, importando-se cada vez mais com as opiniões dos outros.

O processo de compra está se tornando mais social do que nunca. As pessoas prestam mais atenção às informações passadas em seu círculo social, formado por amigos, família, fãs ou até mesmo de seguidores, e é de quem buscam conselhos e avaliações. Tanto é que figuras como os influenciadores digitais ganham especial relevância nas práticas de varejo *online*, notavelmente na promoção de produtos e serviços.

Eles desempenham um papel crucial ao conectar as marcas com seus públicos-alvo de uma maneira mais autêntica e direcionada, influenciando as decisões de compra através de suas recomendações pessoais e conteúdos que geram alto engajamento.⁸

⁴MARTINS, Guilherme Magalhães; MUCELIN, Guilherme. Responsabilidade dos influenciadores digitais: influência *online* como comunicação mercadológica disciplina pelo CDC. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (org.). **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 116.

⁵EXAME. **Marketplace: O que é? Como funciona? Vantagens**. Disponível em: <https://exame.com/invest/guia/marketplace-red04/>. Acesso em: 17 ago. 2024.

⁶MARTINS, Guilherme Magalhães; MUCELIN, Guilherme. **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 117.

⁷KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan; Ivo Korytowski. **Marketing 4.0**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017. *E-book*.

⁸GLOBO. **"Social commerce": influenciadores faturam alto e abrem nova era de varejo on-line**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/05/social-commerce-influenciadores-faturam-alto-e-abrem-nova-era-no-varejo-on-line.ghml>. Acesso em: 18 ago. 2024

Portanto, no ambiente digital onde a troca de informações é constante, garantir a segurança dos consumidores é um desafio crucial. Sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, a vulnerabilidade do consumidor sempre foi protegida. Essa proteção também se insere na realidade digital, em que os dogmas e instrumentos jurídicos ordinariamente consagrados passaram por um processo de relativização, passando a conviver com diversas fontes que aumentam o desafio à interpretação e aplicação do Direito.

Como se sabe, o direito do consumidor se fundou em torno da vulnerabilidade. A ordem jurídica protege o consumidor porque identifica uma situação de desigualdade nas cadeias de consumo. Essa proteção visa, portanto, promover o necessário equilíbrio das partes na relação de consumo, mitigando essa subordinação estrutural que ocorre entre fornecedores e consumidores.

Miragem⁹ discorre que no ambiente digital, no entanto, a vulnerabilidade do consumidor não se resume à falta ou pouca qualidade da informação prestada, mas também à ausência de habilidade ou familiaridade com o próprio ambiente, o que repercute tanto na interpretação das manifestações nele emitidas ou recebidas, quanto na própria capacidade de resposta adequada a seus interesses nas relações jurídicas que resultem daí.

Segundo o autor, a internet revela-se ambiente propício a uma nova estratégia de comunicação, tendo em conta que as escolhas do consumidor não serão totalmente racionais, mas influenciadas por cores, formatos, design, discurso e outros elementos da apresentação de produtos, serviços ou do próprio contrato, que formam incentivos sensoriais ou emocionais direcionados à tomada de decisão. Cita, para isso, o termo em inglês *bounded rationality*¹⁰, que nada mais é do que esse processo decisório que ocorre diante de uma racionalidade limitada, em que o indivíduo nem sempre possui todas as informações para a sua tomada de decisão.

A doutrina especializada¹¹, discute até mesmo a noção de “hipervulnerabilidade” do consumidor digital, reconhecendo que a desigualdade entre fornecedor e consumidor se intensificou na internet. Ao se utilizar das plataformas digitais para adquirir produtos e serviços, o consumidor se vê constantemente bombardeado com peças e anúncios publicitários, o que o

⁹MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de.; **Direito do Consumidor: 30 anos do CDC**. São Paulo: Forense, 2020. p. 239-240.

¹⁰THE DECISION LAB. *Why are we satisfied by “good enough”? Bounded Rationality, explained*. Disponível em: <https://thedecisionlab.com/biases/bounded-rationality>. Acesso em: 15 set. 2024.

¹¹AZEVEDO, Fernando Costa de; SANTOS, Karinne Emanuela Goettems dos; MOREIRA, Tássia Rodrigues. Vulnerabilidade dos consumidores na sociedade da informação e a necessidade de proteção jurídica de seus dados nas relações estabelecidas em ambiente digital. In: **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 141, p. 201-218, maio/jun. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/166274>. Acesso em: 15 set. 2024.



tornaria duplamente vulnerável e, assim, mais suscetível às práticas ilegais e abusivas dos fornecedores:

Logo, é possível dizer que, no caso de contratação no comércio eletrônico, pode haver acúmulo dos vários tipos de vulnerabilidade, tal como a vulnerabilidade técnica – entendida como falta de conhecimento do consumidor para lidar com determinados instrumentos –, a vulnerabilidade neuropsicológica – em decorrência de obediência a determinados padrões que são impostos nas redes –, e, ainda, a vulnerabilidade cibernética – que decorre tanto da falta de acesso à internet quanto da ignorância no uso da tecnologia. Existe, por conseguinte, uma hipervulnerabilidade do consumidor na rede.

Decerto, a realidade que se impõe é a de que a sociedade está enfrentando hoje um novo paradigma no mercado de consumo, que exige do aplicador de Direito uma postura vigilante e em constante atualização.

2. ANÁLISE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO MEDIADAS PELO INFLUENCIADOR DIGITAL

A palavra “influência” deriva do verbo “influenciar” pelo qual entende-se a preponderância, a insinuação, a penetração, ou toda e qualquer interferência ou atuação que se possa ter em relação a outras coisas, a outros fatos ou a outras pessoas.

Em sua obra, o mestre De Plácido e Silva¹², faz referência ao termo em latim *influentia*, de *influere* – insinuar-se, penetrar – lecionando que:

A *influência*, ação de influir, é, assim, examinada, a fim de estabelecer as relações entre ela e a execução daquilo que se efetivou ou se realizou sob sua denominação ou cooperação. Em certos aspectos, porém, influência pode ser tomada na acepção de domínio, mando ou jurisdição. E pode revelar o sentido de dependência. Estar sob influência entender-se-ia estar sob mando, sob dependência ou sob jurisdição de alguém. Extensivamente, no entanto, influência ainda pode ser compreendida como o prestígio, a autoridade, o poder de alguém, derivados, propriamente, de preponderância, que é expressão originária do vocábulo.

Com essa lição, é possível delinear o conceito de influenciador como sendo um indivíduo que exerce um impacto acima da média em determinado grupo ou segmento. Transportando tal conceito para o mundo virtual, pode-se compreender o influenciador digital como aquele agente que através das redes sociais cria conteúdo, atraindo seguidores interessados em seu perfil.

¹²SILVA, Oscar Joseph de Plácido e; SLAIBI FILHO, Nagib; GOMES, Priscila Pereira Vasques. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Nesse ambiente digitalizado, a influência que sempre existiu entre os mais próximos tomou corpo e forma diferencial quando pessoas comuns com acesso à internet e alta capacidade comunicativa passaram a compartilhar suas experiências, gerando identificação e desejo na audiência, os chamados seguidores.¹³

Atualmente, o mercado de influenciadores digitais está em constante expansão, consolidando esses indivíduos como verdadeiros profissionais e ativos valiosos no mundo do marketing e da publicidade. Eles conquistaram um espaço significativo, não apenas promovendo produtos e serviços, mas também influenciando comportamentos de consumo, opiniões e tendências.

Sem dúvidas, aliados a uma grande capacidade de engajamento, esses influenciadores se tornaram verdadeiras celebridades *online*, introduzindo uma nova forma de comunicação. Esse mercado se desenvolveu tão fortemente que os dados apontam que o número de influenciadores já ultrapassa o de médicos e advogados registrados no Brasil, elevando o país a segunda colocação no ranking de países com mais profissionais no segmento, ficando atrás apenas dos Estados Unidos.¹⁴

Acompanhando essas mudanças, o CONAR¹⁵ lançou um guia com orientações para a aplicação das regras do Código Brasileiro de Autoregulação Publicitária ao conteúdo comercial em redes sociais, em especial ao conteúdo gerado pelos *digital influencers*. O guia estabelece três elementos como necessários para os caracterizar como publicidade:

- I A divulgação de produto, serviço, causa ou outro sinal a eles associado;
- II A compensação ou relação comercial, ainda que não financeira, com Anunciante e/ou Agência; e
- III A ingerência por parte do Anunciante e/ou Agência sobre o conteúdo da mensagem (controle editorial na postagem do Influenciador).

Referido guia recomenda a todos os responsáveis pela divulgação da publicidade, o respeito às regras estabelecidas na legislação e no Código de Autorregulação, tendo como ponto de partida a ênfase na identificação publicitária. Aqui, busca-se, dentre outras coisas, assegurar o reconhecimento da natureza comercial das publicações ao público, sobretudo pelas

¹³HOFFMAN, Karoline. Evolução da influência digital e a necessidade do acompanhamento jurídico. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (org.). **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 22.

¹⁴EXTRA. **Extra 25 anos**: Brasil já tem mais influenciadores digitais do que advogados e médicos. Disponível em: <https://extra.globo.com/economia/noticia/2023/04/extra-25-anos-brasil-ja-tem-mais-influenciadores-digitais-do-que-advogados-e-medicos.ghtml>. Acesso em: 18 ago. 2024.

¹⁵CONAR. **Guia de publicidade por influenciadores digitais**. Disponível em: http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf. Acesso em: 18 ago. 2024.



crianças e adolescentes, bem como fazer o recorte entre os *plubiposts* e os demais conteúdos gerados pelos influenciadores.

Nesse sentido, quando confirmada a presença dos três requisitos que configuram a publicidade pelo influenciador, o CONAR recomenda que se identifique de maneira ostensiva a publicação, utilizando uma das *hashtags* recomendadas pelo Guia, são elas: #publicidade; #anúncio; #patrocinado; #conteúdo pago e #parceira paga.

No entanto, a natureza do guia é meramente orientativa e sua aplicação não é juridicamente vinculante, não cria quaisquer obrigações contratuais. Assim, levando em consideração que as empresas optam cada vez mais pelo investimento em marketing digital, recorrendo – e muito – a estratégias de influência digital e que sequer existe no âmbito nacional um regulamento para essa profissão, surgem indagações acerca do enquadramento desses profissionais enquanto integrantes da cadeia de consumo, até mesmo para eventual responsabilização em casos de publicidades abusivas ou enganosas.

No ordenamento jurídico brasileiro, a relação de consumo é caracterizada pelo liame subjetivo entre consumidor, fornecedor e o produto ou serviço por este fornecido. Deste modo, quando de um lado está um consumidor e de outro, um fornecedor, residindo entre eles um bem ou prestação de serviço, estar-se-á diante de uma relação de consumo, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90.¹⁶

De acordo com o artigo 2º do referido diploma legal¹⁷, considera-se consumidora toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final. Em seu parágrafo único, o mesmo artigo define que será equiparado ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que hajam intervindo nas relações de consumo.

Neste ponto, vale dizer, mesmo aqueles sujeitos que não são efetivos consumidores dos bens e serviços anunciados, mas que podem vir a sê-lo, já que integram o público alvo da mensagem publicitária, como é o caso dos seguidores, estão protegidos contra a publicidade enganosa e abusiva.¹⁸

¹⁶BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

¹⁷*Ibid.*

¹⁸MARTINS, Guilherme Magalhães; MUCELIN, Guilherme. Responsabilidade dos influenciadores digitais: influência *online* como comunicação mercadológica disciplina pelo CDC. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (org.). **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 121.

Já a definição de fornecedor está expressa no artigo 3º¹⁹, que o reconhece como aquele que põe à disposição do consumidor bens ou serviços com habitualidade e profissionalismo. A definição é bem ampla, englobando todos os envolvidos na cadeia de produção e comercialização.

Segundo mencionado artigo, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, independente de sua natureza ou nacionalidade, que produz, monta, cria, constrói, transforma, importa, exporta, distribui ou comercializa produtos ou serviços.

A responsabilidade desse fornecedor, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, consta nos artigos 12 a 14 do texto²⁰ e se dá de forma objetiva, ou seja, este deve responder por prejuízos causados a terceiros independentemente da existência de culpa. Assim, em caso de reparação de dano, cabe ao consumidor demonstrar o defeito do produto ou serviço, o prejuízo sofrido e o nexo de causalidade entre eles.

Ao estabelecer a responsabilidade objetiva do fornecedor, o CDC também prevê que todos os integrantes da cadeia de consumo são solidariamente responsáveis por prejuízos advindos da falha na prestação do serviço, nos termos do seu art. 7º, parágrafo único e art. 25, §1º e §2º, que consagram a Teoria do Risco-Proveito da Atividade Negocial:

Art. 7º [...] Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

[...]

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 2º Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.

Segundo Tartuce e Neves²¹, o CDC adotou expressamente a ideia da “teoria do risco-proveito”, segundo a qual aquele que, em razão da sua atividade, expõe pessoas a determinados riscos, tirando disso algum benefício ou proveito, deve arcar com as consequências da situação de agravamento. Uma dessas decorrências, é justamente a responsabilidade objetiva e solidária dos agentes envolvidos com a prestação ou fornecimento.

¹⁹BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

²⁰ *Ibid.*

²¹TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de Direito do Consumidor**. 13. ed. 2024. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. p.141.



Retornando aos polos de uma relação de consumo, é igualmente preciso ter a noção do que se convencionou a chamar de fornecedor equiparado ou fornecedor “por equiparação”. Antes denominado terceiro, o fornecedor equiparado figura como intermediário da relação de consumo, com posição de auxílio ao lado do fornecedor de produtos ou prestador de serviços. Ele não é o fornecedor do contrato principal, mas como intermediário é “dono” da relação conexa e possui uma posição de poder na relação com o consumidor.²²

A teoria do fornecedor equiparado foi reconhecida pela legislação brasileira e pela jurisprudência dos tribunais, inclusive superiores. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.580.432-SP²³, ao discutir a exegese do art. 3º do CDC, apresentou diferentes tipologias acerca dos fornecedores, distinguindo conceitos como “fornecedor presumido”, “aparente”, “real” e “equiparado ou por equiparação”.

Na decisão, foi apontado que vive-se em uma nova realidade devido à economia globalizada, o que traz também um novo cenário jurídico. Nesse sentido, é essencial que a interpretação das leis acompanhe essa nova realidade, sendo necessário visualizar a rede de fornecimento para além da corrente de contratos ou operações formais, impondo-se a solidariedade entre os participantes. Assim, é possível o fornecedor equiparado vir a responder em solidariedade passiva por ato ilícito.

A bem da verdade, embora não enquadrado expressamente no art. 3º do CDC, o influenciador digital, enquanto intermediário nas relações de consumo modernas, pode ser equiparado à figura do fornecedor nos moldes acima descritos. Isso porque, ao promover determinado produto ou serviço, este indivíduo atua efetivamente engajando seu público, os seguidores, ao consumo, de modo que se torna viável a discussão e aplicação dos preceitos consumeristas à sua atividade.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO INFLUENCIADOR DIGITAL PELA PUBLICIDADE

A publicidade cumpre a tarefa de informar o mercado sobre determinado produto e serviço. No entanto, o que realmente se sobressai nas campanhas publicitárias é a ênfase na

²²MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio H. V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 83.

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1.580.432-SP**. Ação de Indenização. Relação de Consumo [...] Relator: Min. Marco Buzzi, 06 de dezembro de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1779278&num_registro=201201770280&data=20190204&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 17 set. 2024.

persuasão do consumidor. Como discorrido, dada a relevância das redes sociais, as estratégias e métodos de convencimento se diversificaram, incluindo desde anúncios na internet até parcerias com influenciadores digitais.

Conforme assentado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴, o sistema de tutela da publicidade trazido pelo Código de Defesa do Consumidor encontra-se fundado em uma série de princípios norteadores que se propõem a direcionar e limitar o uso das técnicas de publicidade, evitando, assim, a exposição do público consumidor a eventos potencialmente lesivos. Dentre estes princípios, se destacam os da identificação obrigatória, da publicidade veraz e transparente e o da correção do desvio publicitário, que devem ser respeitados por todos que compõem a cadeia de consumo, inclusive pelos influenciadores digitais.

Em se tratando, portanto, da influência digital, é preciso ressaltar que existem diversas métricas para avaliação do quanto vale a influência de uma pessoa, como a sua fama e engajamento nas redes sociais. Por outro lado, segundo Hoffman²⁵, para o campo do Direito, a opinião que exerce influência adquire relevância jurídica, exigindo um tratamento jurídico específico, especialmente quando assume um caráter publicitário. Em outras palavras, quando a opinião pode não ser, de fato, uma opinião genuína, mas sim uma estratégia de convencimento.

Martins e Mucelin²⁶ ao discorrerem sobre a temática, apontam que o influenciador digital será enquadrado como fornecedor em duas hipóteses para fins de sua responsabilização. A primeira delas, *stricto sensu*, quando este divulgar produtos e serviços que ele mesmo produzir ou que então leve uma marca sua ao consumidor e a segunda, como fornecedor equiparado, quando este divulgar e recomendar produtos e serviços de outros fornecedores, momento em que passaria a integrar a cadeia de consumo, auxiliando o fornecedor direto a colocar o produto ou serviço no mercado.

Ressaltam os autores que, na última hipótese, nem mesmo o argumento de que não perceba remuneração do fornecedor direto é capaz de afastar a qualificação deste influenciador como fornecedor “por equiparação”, haja vista que os ganhos podem ser indiretos, pelos *clicks*

²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.546.170-SP**. Ação Civil Pública. Propaganda Enganosa [...] Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 18 de dezembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500679500&dt_publicacao=05/03/2020. Acesso em: 17 set. 2024.

²⁵HOFFMAN, Karoline. Evolução da influência digital e a necessidade do acompanhamento jurídico. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (org.). **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 21.

²⁶MARTINS, Guilherme Magalhães; MUCELIN, Guilherme. Responsabilidade dos influenciadores digitais: influência *online* como comunicação mercadológica disciplina pelo CDC. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (org.). **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 125.



e pela quantidade de visualizações que a divulgação, mesmo que não intencional, nem paga, gera.

Nesse cenário, é fundamental destacar que a norma consumerista estabelece que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique. O art. 37 e parágrafos do CDC²⁷ definem duas categorias de publicidade consideradas ilícitas, a publicidade enganosa e a publicidade abusiva.

A consequência em comum dessas espécies de publicidade ilícita, além da proibição de sua veiculação e resultar ao causador do dano um ilícito civil no dever de indenizar, é ensejar a configuração de um ilícito penal, resultando ao causador do dano a responsabilidade penal²⁸ pelo ato ora praticado.

A saber, por enganosa se entende a publicidade que viola o dever de veracidade e clareza estabelecidos no referido Código, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito dos atributos, qualidades ou quaisquer dados sobre os produtos e serviços.

Segundo Tartuce e Neves²⁹, existe a publicidade enganosa *por ação*, em que há um dolo positivo, uma atuação comissiva do agente. Citam como exemplo uma campanha publicitária que afirma que determinado veículo tem um acessório, o que não é verdade. Já na publicidade enganosa *por omissão* há um dolo negativo, com atuação omissiva, quando deixa de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Com relação a esses tipos de publicidade, Martins e Mucelin³⁰ aduzem que, em um cenário hipotético, caso um influenciador digital promova um produto de beleza afirmando que ele possui propriedades milagrosas para a pele e garante resultados imediatos, mas várias pessoas que o adquirem, ao utilizá-lo não obtêm os resultados prometidos, vindo algumas delas até apresentarem reações adversas, este influenciador poderá ser responsabilizado por fazer declarações falsas ou enganosas sobre as propriedades do produto.

Isso acontecerá porque ele induziu os consumidores a adquirir esse produto com base em informações equivocadas, violando a boa-fé. A título de exemplo, no julgamento do REsp

²⁷BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

²⁸*Ibid.* Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

²⁹TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de Direito do Consumidor**. 13. ed. 2024. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*. p.438.

³⁰MARTINS, Guilherme Magalhães; MUCELIN, Guilherme. Responsabilidade dos influenciadores digitais: influência *online* como comunicação mercadológica disciplina pelo CDC. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (org.). **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 127.

1.329.556-SP³¹, o STJ entendeu flagrante a publicidade enganosa em caso envolvendo o oferecimento de produto milagroso, que traria a cura do câncer, “o cogumelo do sol”. Nos termos da ementa:

[...] Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. [...] Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Recurso especial provido.

O caráter abusivo da publicidade, por sua vez, como o próprio nome diz, é percebido em publicidades que veiculam um teor abusivo, seja ele de violência, discriminatório ou que, de alguma forma, incita o medo no consumidor. Além disso, caso a peça publicitária viole princípios ambientais ou aproveite-se da falta de experiência de uma criança, por exemplo, ela também será considerada publicidade abusiva.

Segundo Miragem³², a própria definição do que se considera como publicidade abusiva constitui espécie de conceito jurídico indeterminado. Deste modo, sua constatação se dará no momento da aplicação da norma ao caso concreto, em que será valorada a intensidade da ofensa que aquela determinada publicidade pode causar diretamente ao público, ou mesmo aos valores éticos da sociedade e demais normas assegurados na Constituição e no restante do ordenamento.

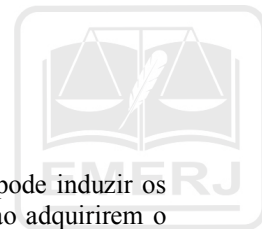
Sobre a publicidade abusiva promovida por influenciadores digitais, exemplificam Martins e Mucelin³³:

Seria o caso de um influenciador digital fitness, que esteja promovendo um suplemento alimentar que substitui todas as refeições, alegando que o produto é capaz de proporcionar uma perda de peso rápida e fácil, sem a necessidade de exercícios físicos ou de uma alimentação equilibrada, utilizando imagens retocadas e depoimentos falsos para reforçar as alegações com tom de gordofobia. Nessa situação, a publicidade se enquadra como abusiva por explorar o medo e a insegurança das pessoas em relação ao seu peso e aparência física, podendo mesmo promover distúrbios alimentares - e, logo, discriminatória. Assim, ao incitar a busca por uma

³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1.329.556-SP**. Ação Indenizatória. Propaganda Enganosa. [...] Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 25 de novembro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201240476. Acesso em: 29 nov. 2024.

³²MIRAGEM Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 274. *E-book*.

³³MARTINS, Guilherme Magalhães; MUCELIN, Guilherme. Responsabilidade dos influenciadores digitais: influência *online* como comunicação mercadológica disciplina pelo CDC. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (org.). **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 128.



solução rápida e sem esforço para a perda de peso, a publicidade pode induzir os consumidores a se comportarem de forma prejudicial à sua saúde ao adquirirem o suplemento com a falsa promessa de resultados instantâneos e sem esforço.

Considerando o exposto, é possível concluir que as recomendações do CONAR quanto a necessidade do uso de elementos identificadores são imperativas. Isso por que uma publicidade que aparenta ser um testemunho ou depoimento despretensioso do *digital influencer*, sem vínculos comerciais evidentes, tende a ser mais bem aceita pelos consumidores e, por isso, dificulta a avaliação crítica a respeito do que está sendo ofertado.

O uso de elementos como as *hashtags* e expressões mencionadas no segundo capítulo é essencial para que o conteúdo publicitário seja claramente identificado, garantindo uma comunicação transparente nas redes.

Nesse mesmo sentido, Bessa³⁴ defende que o primeiro cuidado com relação às publicidades veiculadas pelos influenciadores digitais diz respeito justamente à atenção ao princípio da identificação obrigatória. O autor assevera que aquele que exerce a publicidade não deve dissimular o real teor da publicação, isto é, que se trata de verdadeira ação publicitária, seja por meio de vídeos no *YouTube*, postagens no *Instagram* ou onde quer que seja. Além disso, em respeito a exegese do art. 36, caput, do CDC³⁵, não pode omitir que existe um interesse econômico direto ou indireto na promoção do produto, serviço ou marca.

Em uma visão geral, é importante ratificar que a relação existente entre seguidores e influenciadores digitais são relações de confiança. Nesta medida, conforme argumentado por Martins e Mucelin³⁶, isso significa que informações falsas ou enganosas por esses transmitidas exercem um impacto bem significativo, não apenas devido à persuasão exercida, mas também pela posição de autoridade que os *influencers* detêm em relação àquilo que divulgam.

No mais, vale pontuar que a jurisprudência sobre o tema é ainda incipiente para se firmar uma posição do Judiciário a respeito de qual regime de responsabilização deve ser aplicado ao influenciador digital. Existem diversos exemplos fáticos que tornam a análise da temática complexa, como é o caso da divulgação de casas de apostas e jogos de sorte online.

³⁴BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de defesa do consumidor comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 273-274. *E-book*.

³⁵BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

³⁶MARTINS, Guilherme Magalhães; MUCELIN, Guilherme. Responsabilidade dos influenciadores digitais: influência *online* como comunicação mercadológica disciplina pelo CDC. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (org.). **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 132.



Sob a ótica do Código Defesa do Consumidor, no entanto, existem já normas consagradas que dão conta de tratar da matéria. Por todo o exposto no trabalho, resta claro que o influenciador digital pode ser enquadrado na figura do fornecedor equiparado, pois enquanto integrante da cadeia de consumo, mediando relações e aproximando marcas de consumidores, estes devem responder solidariamente por eventuais danos causados, consagrando-se com isso os princípios da boa-fé, da transparência e confiança, imperativos a todas as relações jurídicas travadas em nossa sociedade.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado objetivou demonstrar como as novas tecnologias tem impactado o mercado de consumo, proporcionando o surgimento de novas práticas de varejo, publicidades e ocupações.

Como também demonstrado, com esse novo paradigma no mercado de consumo, novas figuras passam a exercer especial papel nas relações de consumo, como é o caso dos influenciadores digitais, indivíduos que se juntam às grandes marcas e fornecedoras para engajar o público ao consumo de bens e serviços.

Nesse sentido, a presente pesquisa possibilitou a conclusão de que as novas técnicas publicitárias, sobretudo as parcerias com influenciadores digitais na divulgação desses produtos ou serviços, precisam observar o princípio da identificação publicitária. Esses profissionais devem adotar todos os cuidados inerentes à veracidade do que se divulga, por meio de uma identificação ostensiva, que não pode ser apenas uma pequena legenda no canto da tela, conforme preceitos debatidos pelo CONAR em seu guia para influenciadores digitais.

Especial atenção também deve ser dada ao enquadramento desses profissionais com relação aos danos que venham a causar aos consumidores. Estes devem responder pela publicidade que realizam, seja aquela considerada enganosa ou abusiva, eis que, como delineado, podem vir a responder tanto como fornecedores *stricto sensu*, mas também na sua forma equiparada.

Analisar a temática da responsabilidade civil dos influenciadores digitais sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor permite ao aplicador de Direito garantir a efetividade do sistema de proteção ao consumidor, permitindo com que esses profissionais, ainda que não vislumbrados quando da criação do art. 3º do Código, sejam reconhecidos como se fornecedores fossem.



Não existem dúvidas de que os *digital influencers* exercem grande influência em sua comunidade, nos “seguidores”, engajando e moldando as percepções desse público com relação ao conteúdo que divulgam. A horizontalidade com que se enxergam as relações de consumo atualmente permite a compreensão de que estes indivíduos se tornaram grandes facilitadores do fornecedor direto na promoção de suas marcas devendo, portanto, ser atribuída a responsabilidade destes enquanto integrantes de uma cadeia de consumo, sobretudo se considerado o interesse econômico, direto ou indireto, por trás das parcerias publicitárias.

Por fim, vale dizer que é certo que o estudo do tema vai além e que sua compreensão está em constante evolução dada a ainda embrionária jurisprudência sobre a temática e ausência de regulamentação formal da profissão.

REFERÊNCIAS

AMAZON. **Conheça Alexa.** Disponível em: <https://www.amazon.com.br/b?ie=UTF8&node=19949683011>. Acesso em: 27 nov. 2024.

AZEVEDO, Fernando Costa de; SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos; MOREIRA, Tássia Rodrigues. Vulnerabilidade dos consumidores na sociedade da informação e a necessidade de proteção jurídica de seus dados nas relações estabelecidas em ambiente digital. *In: Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 141, p. 201-218, maio/jun. 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/166274>. Acesso em: 15 set. 2024.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Código de defesa do consumidor comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *E-book*.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **REsp 1.329.556-SP**. Ação Indenizatória. Propaganda Enganosa. [...] Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 25 de novembro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201240476. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 1.546.170-SP**. Ação Civil Pública. Propaganda Enganosa [...] Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 18 de dezembro de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500679500&dt_publicacao=05/03/2020. Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 1.580.432-SP**. Ação de Indenização. Relação de Consumo [...] Relator: Min. Marco Buzzi, 06 de dezembro de 2018.



Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1779278&num_registro=201201770280&data=20190204&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 17 set. 2024.

CONAR. **Guia de publicidade por influenciadores digitais**. Disponível em:
http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf.
Acesso em: 18 ago. 2024.

EXAME. **Marketplace**: O que é? Como funciona? Vantagens. Disponível em:
<https://exame.com/invest/guia/marketplace-red04/>. Acesso em: 17 ago. 2024.

EXTRA. **Extra 25 anos**: Brasil já tem mais influenciadores digitais do que advogados e médicos. Disponível em: <https://extra.globo.com/economia/noticia/2023/04/extra-25-anos-brasil-ja-tem-mais-influenciadores-digitais-do-que-advogados-e-medicos.ghtml>. Acesso em 18 ago. 2024.

GLOBO. **"Social commerce"**: influenciadores faturam alto e abrem nova era de varejo online. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2023/05/social-commerce-influenciadores-faturam-alto-e-abrem-nova-era-no-varejo-on-line.ghtml>. Acesso em: 18 ago. 2024

HOFFMAN, Karoline. Evolução da influência digital e a necessidade do acompanhamento jurídico. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (org.). **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan; Ivo Korytowski. **Marketing 4.0**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017. *E-book*.

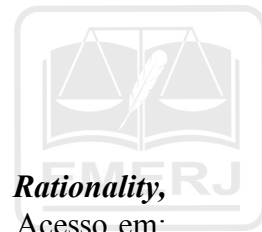
MARTINS, Guilherme Magalhães; MUCELIN, Guilherme. Responsabilidade dos influenciadores digitais: influência *online* como comunicação mercadológica disciplina pelo CDC. In: HACKEROTT, Nadia Andreotti Tüchumantel (org.). **Influenciadores digitais: e seus desafios jurídicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio H. V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de.; **Direito do Consumidor: 30 anos do CDC**. São Paulo: Forense, 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim A. **Manual de Direito do Consumidor**. 13. ed. 2024. 13th ed. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*.

TERRA. **Marketing digital**: 94% das empresas usam para o crescimento. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/marketing-digital-94-das-empresas-usam-para-o-crescimento,4b4d24262762ba39628340a3d6cd9276zlmyg8ku.html?utm_source=clipboardIn. Acesso em: 16 ago. 2024.



THE DECISION LAB. *Why are we satisfied by “good enough”? Bounded Rationality, explained.* Disponível em: <https://thedecisionlab.com/biases/bounded-rationality>. Acesso em: 15 set. 2024.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e; SLAIBI FILHO, Nagib; GOMES, Priscila Pereira Vasques. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WOLFGANG, Hoffmann-Riem. **Teoria Geral do Direito Digital**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, *E-book*.

O PODER DE POLÍCIA E O REFLEXO NA ATUAÇÃO POLICIAL

Camila Gonçalves Cruz Carneiro.

Graduada pela Universidade da Amazônia - UNAMA. Advogado.

Resumo – a administração pública possui poderes inerentes à sua atividade, dentre eles o poder de polícia. O poder de polícia é uma prerrogativa do Estado que permite regular, controlar e fiscalizar as atividades individuais e coletivas, com o objetivo de garantir a ordem pública e o bem-estar social. Ocorre que não raras vezes é possível perceber uma extrapolação desse poder na atuação estatal. Nesse trabalho, há uma análise sobre a atuação policial no Brasil e os diversos institutos jurídicos que frequentemente são infringidos por meio de sua atuação. Assim, busca-se uma análise legal sobre a atuação estatal, e os limites a serem respeitados.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Direitos Humanos. Direito Constitucional. Poder de Polícia. Limites. Princípios fundamentais.

Sumário – Introdução. 1. Origem, finalidade e a base legal do poder de polícia sob a égide da atuação policial. 2. O necessário respeito aos direitos fundamentais e a aplicabilidade à atuação estatal policial. 3. A atuação policial e o desrespeito às normas constitucionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute os limites do Poder de Polícia ante à sociedade. Procura-se demonstrar que muitos agentes públicos, se valem da premissa que atuam em benefício da sociedade e extrapolam o poder de polícia lhes é conferido.

Ao policial civil ou militar, como agente da Administração Pública e responsável pela polícia preventiva e repressiva, cabe garantir a ordem e a tranquilidade públicas, bem como a segurança física dos cidadãos. No exercício dessa função, são-lhe concedidas certas prerrogativas, como o uso de armas de fogo, algemas e outros equipamentos essenciais para o cumprimento eficaz de seu dever e o combate à criminalidade.

No entanto, o policial não possui um salvo-conduto que lhe permita agir de qualquer maneira, sem respeitar os limites legais. O exercício legítimo de suas funções não deve envolver abuso, excesso ou desvio do poder que lhe foi conferido.

Para tal análise, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o Princípio da Supremacia do Interesse Público ocupa uma posição hierarquicamente superior aos tantos outros que podem ser aplicados à situação.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado é a essência do direito administrativo. Segundo esse princípio os interesses da sociedade devem prevalecer sobre as necessidades específicas do indivíduo. Nesse cenário, a Administração Pública ocupa uma



posição de privilégio ante o interesse particular dado que prevalecerá ante qualquer conflito envolvendo interesse particular.

Infelizmente, atualmente, a relação entre o interesse público, caracterizado como as necessidades da coletividade, e o privado, caracterizado como o interesse do indivíduo como singular, assumiu uma nova dimensão, diferente da anteriormente idealizada. A sociedade testemunha diversos abusos cometidos por agentes estatais que, lamentavelmente, permanecem impunes sob a justificativa de que suas ações visam a preservação da paz pública.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a origem, a finalidade e a base legal do Poder de Polícia.

Segue-se, no segundo capítulo, que o poder de polícia é bem jurídico tutelado pela ordem jurídica brasileira, com o objetivo de prevenir ou reprimir ilícitos (penais ou administrativos) praticados pelos cidadãos, com o objetivo de satisfazer interesse da coletividade. Nesse ponto, há uma correlação entre poder de polícia e os direitos fundamentais.

O terceiro capítulo analisa de que maneira o poder de polícia pode ser efetivado sem extrapolar a competência e os limites estabelecidos pela lei. Haverá uma análise dos princípios constitucionais e direito humanos aplicados à situação. Para tanto, foi necessário refletir se a atuação dos agentes públicos, na exteriorização do poder de polícia e dotada de toda a sua autoexecutoriedade e corolário do princípio da supremacia do interesse público não extrapola, por vezes, os limites legais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que pretende fazer uma investigação científica que envolve a formulação de hipóteses e a dedução de consequências a partir dessas hipóteses.

Assim, essa pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, dado que será baseada na bibliografia pertinente à temática em foco, estudada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. ORIGEM, FINALIDADE E A BASE LEGAL DO PODER DE POLÍCIA SOB A ÉGIDE DA ATUAÇÃO POLICIAL

A função administrativa requer que o Estado atue em prol do interesse coletivo, o que demanda certas prerrogativas e poderes para viabilizar essa atuação. Nesse sentido, a finalidade precípua do Estado é atuar a serviço da coletividade e essa atuação é formalizada por meio de

seus agentes. Para Celso Antônio Bandeira de Mello¹, “existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades no interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las” sob pena de omissão ilícita.

Assim, no decorrer do exercício de suas funções, é essencial que o Poder Público disponha de certas facilidades para desempenhar suas atividades. Conforme leciona Matheus Carvalho²:

os poderes administrativos são chamados de Poderes-deveres (ou deveres-poderes, no entender do autor supracitado) e estes poderes são instrumentais, ou seja, não são poderes em si mesmos, mas sim mecanismos ou instrumentos de trabalho por meio dos quais os órgãos e entidades administrativas executam suas tarefas e cumprem suas funções.

Os poderes administrativos são irrenunciáveis, desse modo, o administrador não tem a discricionariedade de utilizar ou não. Esses poderes são utilizados enquanto instrumentos que visam precipuamente a busca pelo interesse público por parte do Estado.

Caso o exercício dos poderes ultrapasse a instrumentalidade, ou seja, caso seja exercido fora dos limites legais, estar-se-á diante de abuso do poder. Abuso de poder, conforme a doutrina clássica, seriam situações em que a autoridade pratica certos atos extrapolando a competência legal ou almejando finalidade diferente da prevista pela legislação.

O abuso de poder pode acontecer em decorrência de atitudes omissivas ou comissivas, em ambos os casos configura ilicitude, afetando o ato resultante.

Em contrapartida, tem-se como excesso de poder situações nas quais a autoridade pública atue fora dos limites de sua competência, ou seja, extrapola a competência que lhe foi legalmente atribuída e pratica atos não estipulados previamente pela legislação.

Em outro sentido, o desvio de poder acontece quando o agente estatal, embora trabalhe dentro dos limites de sua competência, porém, visando finalidade diversa da prevista em lei.

A doutrina administrativista entende que são 4 espécies de poderes administrativos, quais sejam, o Poder Normativo, o Poder Disciplinar, o Poder Hierárquico e o Poder de Polícia, objeto central desse artigo.

O Poder Normativo, também chamado de Poder Regulamentar, é aquele conferido à Administração Pública para expedir normas gerais, ou seja, atos gerais e abstratos com efeitos *erga omnes*.

O Poder Disciplinar é a atribuição estatal de aplicação de sanções àqueles que se sujeitam à disciplina do ente estatal. Com efeito, trata-se do poder de aplicar sanções e

¹ BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 21. ed. 2009

² CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: JusPodvim. 11. ed. 2023. p. 131



penalidades, investigando infrações cometidas por servidores ou outros indivíduos sujeitos à disciplina da Administração, ou seja, todos aqueles que possuem um vínculo especial com o Estado.

O Poder Hierárquico, por outro lado, é entendido como imputação concedida ao administrador para organizar, distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, sendo um poder que a administração tem de se estruturar internamente determinando uma relação de hierarquia e subordinação entre seus órgãos e agentes.

Dentre os poderes administrativos, temos o Poder de Polícia. Inicialmente, é de extrema importância salientar que qualquer atuação do Estado deve se basear no Princípio da Supremacia do interesse Público e na busca em satisfazer o interesse coletivo, podendo estipular restrições e limitações ao exercício de liberdades individuais e até mesmo interferir na esfera patrimonial, caso necessário.

Assim, nasce o Poder de Polícia, derivado da supremacia geral da Administração Pública, aplicando-se a todos os particulares sem a necessidade de demonstrar qualquer vínculo especial³.

O Poder de Polícia sempre esteve presente na atuação do Estado. O auge do Poder de Polícia ocorreu na primeira fase da Idade Moderna, durante o Estado Absolutista. Nesse período, a polícia englobava toda a atividade pública interna, com a função de regular tudo o que estava sob o domínio estatal.

O Estado de Direito surge na segunda fase da Idade Moderna, nesse período, o poder de polícia passa a ser limitado. Na Idade Moderna, o poder de polícia é entendido como uma função do Estado que visa restringir os direitos individuais em prol do interesse público, promovendo a igualdade social.⁴

Assim, o regime democrático emerge, marcado pela participação popular nas decisões e no controle da Administração Pública, em nível constitucional, alinhando a lei aos ideais de justiça social. Dessa forma, no Estado Democrático, o poder de polícia se expande para diversas áreas onde anteriormente não era necessário.

³ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: JusPodvim. 11. ed. 2023. p. 145

⁴ SENADO NOTÍCIAS. **Polícias militares têm origem no século 19**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/25/policias-militares-tem-origem-no-seculo-19>. Acesso em: 15 set. 2024

Fundamento básico do poder de polícia é o vínculo geral, existente entre a administração pública e os administrados, que permite condicionar o gozo, uso e disposição da propriedade e do exercício da liberdade em benefício do interesse público.⁵

O exercício da prerrogativa de polícia conferida à Administração não deve ser utilizado para suprimir direitos constitucionalmente garantidos, mas apenas para condicioná-los conforme o interesse social. Toda a sua atuação deve ser baseada na legalidade. Se desviar desse parâmetro, a conduta do agente público será arbitrária e sem fundamento, contrariando os princípios do Estado democrático de direito.

Conforme dispõe Carlos Pegoretti⁶ :

O termo polícia remete à ideia de uma instituição específica, a pólis, a qual remete a governo, bem como a mantendo a unidade dentro da pólis. Para estabelecer esta unidade foi criado um conjunto de leis, bem como cargos ocupados por agentes específicos para garantir o cumprimento das normas. Nesse período, observou-se a distinção entre autoridades administrativas que editam as leis, governantes e legisladores, e as que fiscalizam o cumprimento.

Na Idade Moderna, especialmente a partir do século XIX, a polícia passou a ter um significado mais restrito, focando suas atividades na proteção da comunidade contra perigos internos. Esses perigos incluem a desordem pública, que se refere a manifestações contrárias ao status quo político-econômico, e a insegurança pública, que abrange ações que ameaçam a integridade física e a propriedade, seja por eventos naturais ou por inimigos sociais.

Nesse mesmo período, a polícia passou a ter um significado mais restrito, focando na proteção da comunidade contra perigos internos. Esses perigos incluem a desordem pública, que abrange manifestações contrárias ao *status quo político-econômico*, e a insegurança pública, que envolve ações que ameaçam a integridade física e a propriedade, seja por eventos naturais ou por inimigos sociais.

No Brasil, o modelo policial adotou o sistema medieval português, onde as funções de polícia e judicatura eram complementares. Esta nova concepção de polícia definiu as funções básicas relacionadas à ordem pública e à segurança pública. Conforme as definições mencionadas, a polícia moderna é uma instituição com uma estrutura burocrática racional-legal,

⁵ ÂMBITO JURÍDICO. **Poder de polícia: uma abordagem do interesse de agir do estado em busca da supremacia do direito coletivo em detrimento do individual.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/poder-de-policia-uma-abordagem-do-interesse-de-agir-do-estado-em-busca-da-supremacia-do-direito-coletivo-em-detrimento-do-individual/>. Acesso em: 29 nov. 2024.

⁶ PEGORETTI, Carlos. Origem do Poder de Polícia – Liberdades x Interesse Público – aspectos filosóficos. *Revista Científica Semana Acadêmica*. Fortaleza, ano MMXIII, Nº. 000034, 10/07/2013.



cujas especificidades são o uso da força física para garantir a ordem e a segurança pública na sociedade.

Ocorre que, a atividade da polícia, seja ela administrativa ou judicial deve ser pautada no Princípio da Legalidade, que dita os limites de atuação. Assim, será legítimo o papel desempenhado pela polícia e a sociedade respeitara sua atuação, não sendo necessária a utilização de qualquer tipo de violência, como forma de controle. Não é necessário que a polícia assuma o papel central de controladora social; essa responsabilidade é precipuamente do Estado. A polícia deve atuar como subsidiária do Estado, focando na preservação da ordem e da paz pública.

O princípio da legalidade é fundamental para a democracia, proporcionando segurança a todos diante do vasto poder estatal e atuando como um verdadeiro escudo de proteção para o cidadão.

Segundo Luiz Eduardo Filizzola D'Urso⁷:

A ideia que deu origem ao princípio da legalidade já havia sido apontada no Direito Romano, embora somente tenha fixado raízes entre os séculos XVII e XVIII, no período do Iluminismo. À medida que a sociedade se desenvolveu e, junto dela, o próprio Direito, o princípio da legalidade foi ganhando um significado cada vez maior, e logo apareceu em inúmeros documentos disseminados pelo mundo, tais como o Bill of Rights (Inglaterra, 1689) e a Declaração de Direitos da Virgínia (EUA, 1776)

No Brasil, o princípio da legalidade apareceu pela primeira vez na Constituição Imperial de 1824. Posteriormente, foi incorporado ao Código Penal do Império de 1830 e, após várias décadas, consolidou-se no Código Penal de 1940, sendo reafirmado na Constituição Federal de 1988.

O princípio da legalidade representa uma significativa conquista social diante daqueles que detêm poder. No contexto das pessoas privadas, esse princípio visa valorizar os atos privatistas, focando na pessoa humana.

No que se refere à legalidade administrativa, esse princípio limita a atuação do Estado, dado que esses só poderá atuar conforme os contornos da lei, só podendo fazer aquilo que a lei expressamente autoriza e, em caso de silêncio da lei, está proibido de agir.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁸:

⁷ D'URSO, Luiz Eduardo Filizzola. **Princípio da legalidade, o escudo do cidadão**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302660/principio-da-legalidade--o-escudo-do-cidadao>. Acesso em: 13 set.2024.

⁸ BAGINSKI, Cibele Bumbel; NETO, João Manganeli. **Linhas gerais sobre o princípio da legalidade administrativa**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/linhas-gerais-sobre-o-principio-da-legalidade-administrativa/190976080>. Acesso em: 13 set. 2024. *apud* MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A legalidade, como princípio de administração (art. 37, caput, CRFB), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

O princípio da Legalidade encontra-se expressamente disposto em nossa Constituição Federal nos seguintes artigos:

Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
[...]
Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]

No artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, o princípio da legalidade é abordado sob a perspectiva individual, determinando que o Poder Público deve elaborar leis para definir o que é permitido ou proibido, garantindo assim maior segurança jurídica. Já no artigo 37 da nossa Carta Magna, o mesmo princípio é visto sob a ótica da Administração Pública, estabelecendo que o administrador público só pode agir conforme o que é previsto e autorizado por lei.

Assim, o princípio da legalidade concebe grandes garantias para os gestores em relação ao Poder Público. Ele representa a completa subordinação do Poder Público à previsão legal, pois os agentes da Administração Pública devem sempre atuar conforme a lei. Dessa forma, o administrador público não pode, por meio de um mero ato administrativo, conceder direitos, estabelecer obrigações ou impor proibições aos cidadãos. A criação de penalidades, por exemplo, dependerá de uma lei.

2. O NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICABILIDADE À ATUAÇÃO ESTATAL POLICIAL.

A Constituição da República Federativa do Brasil⁹, de 1988, traz em seu Título II os Direitos e Garantias Fundamentais, tendo em seu mais conhecido artigo – o artigo 5º – uma

⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set.2024.



definição sucinta dos direitos e garantias: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”

Dessa forma, observa-se que temos cinco direitos basilares fundamentais, sendo classificados em: Direitos Individuais e Coletivos (baseados na vida e liberdade), Direitos Sociais (direitos que toda a sociedade usufrui, como educação, saúde, segurança), Direitos da Nacionalidade (direitos e deveres dos brasileiros natos e naturalizados), Direitos Políticos (permite ao indivíduo exercer a cidadania nos negócios políticos do Estado) e Direitos ligados à existência (referente à toda célula política que a sociedade queira exercer).

Segundo Thiago Fachini¹⁰:

os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos oriundos do contrato entre o cidadão e o Estado e sua aplicação deve ser assegurada por essa instituição. São direitos protetivos, pois visam assegurar que o indivíduo possa viver dignamente com o mínimo necessário para sua existência dentro da administração estatal, garantindo sua autonomia e proteção.

Portanto, conclui-se que esses direitos são fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, que se aprimorou ao longo do tempo. Diversos marcos históricos influenciaram esse processo, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948.

Os direitos fundamentais foram sendo moldados conforme as necessidades de cada época. Com o passar dos momentos históricos, novas dimensões surgiram, refletindo as demandas específicas que a sociedade apresentava em cada período.

No que tange à análise desse artigo, importante observar os direitos de 1ª geração. Assim, os direitos de primeira geração estão associados ao final do século XVIII, marcados pela Independência dos Estados Unidos e a criação de sua Constituição em 1787, bem como pela Revolução Francesa de 1789¹¹.

A primeira geração é marcada, pois, pelo desejo de ausência do Estado: exige-se total abstenção estatal, visto que o seu jeito de agir anteriormente invadia de maneira exacerbada a intimidade dos indivíduos.

Esses direitos estão ligados à busca pela liberdade em relação ao poder do Estado, sendo frequentemente chamados de direitos negativos devido à sua natureza de oposição ao Estado.

¹⁰ FACHINI, Thiago. **Direitos e garantias fundamentais: conceito e características**. Disponível em: https://www.projuris.com.br/o-que-sao-direitos-fundamentais/#Os_principais_direitos_fundamentais. Acesso em: 11 ago. 2024.

¹¹ JUSBRASIL. **Quais são as gerações de direitos?** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quais-sao-as-geracoes-de-direitos/195518426>. Acesso em: 25 nov. 2024

Exemplos desses direitos incluem os direitos civis e políticos, que visam proteger a esfera de liberdade individual contra intervenções estatais ¹².

Assim, a liberdade é um direito fundamental conquistado e, hoje, garantido à vida em sociedade. Isso inclui a liberdade de expressão, de locomoção, de permanecer onde se deseja, entre outras liberdades inerentes à condição humana.

Ocorre que no exercício do poder de polícia, ao agente público é dada a possibilidade de restringir a liberdade dos que vivem em sociedade. De outra maneira, uma pessoa pode, voluntariamente ou não, criar obstáculos excessivos ao exercício legítimo da autoridade ou infringir a liberdade de outras pessoas através de uma conduta abusiva. Isso evidencia a necessidade de estabelecer limites tanto para o exercício da autoridade pelo Estado quanto para o usufruto da liberdade individual.

O fundamento para que o Estado limite a liberdade das pessoas é o atendimento ao interesse público na concretização das aspirações e necessidades sociais, assim como as liberdades fundamentais como o direito à vida, à propriedade, à expressão do pensamento, à locomoção, entre outros.

Assim, o Estado não deve fundamentar-se na violência para combater a falta de segurança ou para tentar adequar o comportamento da vida em sociedade. Quanto mais violenta for a política pública, menos influência terá sobre a sociedade. Todos os direitos, especialmente os fundamentais, devem ser respeitados. Trata-se de um pacto do qual o Estado não pode se afastar.

Ante as inúmeras situações que podem prejudicar a vida em sociedade, as leis, em alguns aspectos, são discricionárias e permitem com que o agente escolha, no caso concreto, qual a atitude mais adequada a ser tomada.

É nesse momento, na discricionariedade, que surge o conflito entre dois aspectos inerentes ao poder de polícia: o interesse público e o privado. Isso ocorre porque, às vezes, é necessário impor restrições às liberdades individuais com base no poder de polícia. Esse conflito afeta a prática do ato de polícia, que é utilizado para coibir com base na supremacia dos interesses públicos sobre os particulares. Essa limitação é legítima desde que não viole os direitos fundamentais consagrados, incluindo a dignidade da pessoa humana.

Assim, o Estado tem um grande dever: interferir na esfera privada, mas de maneira respeitosa, sem desrespeitar qualquer direito fundamental.

¹² MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvim. 11. ed. 2023. p. 142



O ser humano tem como garantia fundamental estabelecida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III o Princípio da Dignidade Humana, que pode ser entendido como garantia das necessidades vitais de cada indivíduo. Ingo Wolfgang Sarlet¹³ estabelece todo o rol de proteção estabelecido por esse princípio:

A dignidade da pessoa humana corresponde à qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos

Assim, é responsabilidade dos órgãos do Estado garantir o respeito à vida da sociedade, servindo de exemplo e seguindo o que a Constituição Federal estabelece. A dignidade humana é sagrada e inviolável; qualquer desrespeito ou tortura retira do cidadão essa garantia constitucional.

Quando um agente trata um possível suspeito com discriminação racial ou tortura física, está violando diretamente princípios constitucionais. Além das violações à integridade física, não é incomum que os agentes também agredam a integridade psicológica por meio de injúria racial. Outra forma de violência é a prática do crime de racismo, previsto na Lei 7.716/1989 e no inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A ação de abordagem policial é empregada como uma medida preventiva pela polícia, visando a interação com indivíduos suspeitos para assegurar a ordem pública. Conforme estabelecido pelo artigo 244 do Código de Processo Penal, é um procedimento legalmente mandatório para aqueles que são abordados. Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial a ação será realizada quando “houver fundada suspeita”. É realizada na pessoa e em veículos que estejam em sua posse.

3. A ATUAÇÃO POLICIAL E O DESRESPEITO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS.

A Polícia Militar é um dos órgãos de segurança pública no Brasil, conforme previsto no inciso V do artigo 144 da Constituição Federal de 1988. A padronização da PM ocorreu

¹³ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 27.



na Constituição de 1946, quando todos os estados brasileiros passaram a adotar o termo “Polícia Militar”.

A polícia brasileira possui a atribuição do poder de polícia para desempenhar suas funções. No entanto, observa-se que, na maioria das vezes, há um abuso no exercício de suas atividades, tanto nas internas, como os treinamentos, quanto nas externas, nas ruas com os cidadãos.

Essa conduta é resultado de ações passadas que têm reflexos ao longo do tempo, tanto as que ocorreram dentro do nosso país quanto as internacionais. Historicamente, no Brasil, um dos marcos mais importantes é o período da Ditadura Militar (1964 - 1985), no qual os militares ficaram conhecidos por vários exageros.

Nesse período, as práticas abusivas se tornaram tão frequentes que foi necessário estabelecer um conjunto de normas para regular as atividades dos agentes, incluindo não apenas os policiais, mas todos os membros do órgão público. Assim, foi criada a Lei de Abuso de Autoridade, Lei nº 13.869/19.

A legislação brasileira estabelece procedimentos legais para abordagens que os agentes devem seguir, evitando a caracterização de Abuso de Autoridade. Conforme a Lei 13.869/19, o abuso de autoridade é um crime de caráter privilegiado, ou seja, para que ocorra, é necessário que haja uma característica profissional e o uso excessivo do poder atribuído ao agente no exercício de suas funções ou sob pretexto de exercê-las.

Esse tipo de abuso ocorre quando o policial utiliza seu poder de policiamento de maneira que restringe a liberdade de locomoção, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, a integridade física do indivíduo, entre outros atentados previstos nos artigos 3º e 4º da Lei nº 13.869/19¹⁴.

A transição para a democracia no Brasil, assim como na maioria da América Latina pós-ditadura militar, buscou desmilitarizar a polícia, direcionando os militares a se concentrarem em sua atividade profissional principal qual seja, a defesa das fronteiras do Estado.

Somente com a promulgação da Constituição de 1988 foi estabelecido um novo modelo de Segurança Pública, retirando o controle das PMs pelo Exército e passando a gestão administrativa para o governo federal. No entanto, as PMs ainda são forças auxiliares e reservas

¹⁴ BRASIL. Lei 13.869/19, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em: 29 nov. 2024



do Exército Brasileiro, o que significa que, quando necessário, o Exército pode requisitar a atuação da PM.

O parágrafo 5º do artigo 144 da Constituição Federal de 1988 elenca as principais atribuições do órgão, que são: o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. Os agentes têm a missão de fiscalizar, realizar rondas e coibir atividades ilícitas de forma imediata, prevenindo o aumento da criminalidade e, conseqüentemente, garantindo a segurança da sociedade.

No entanto, ao contrário do que se espera dos agentes militares, a realidade é bem diferente. A missão de garantir a segurança da população e manter a confiança da sociedade na polícia muitas vezes se torna inviável devido ao comportamento agressivo dos agentes públicos. Essa violência evidencia a persistência de padrões e condutas autoritárias ilegais dentro das instituições policiais. Isso demonstra que as práticas arbitrárias e ilegais do regime autoritário, instaurado pela ditadura militar em 1964, ainda prevalecem, desrespeitando as garantias constitucionais e os direitos individuais.

Os casos de abusos policiais contra os cidadãos são variados e ocorrem frequentemente em todo o território brasileiro, violando diversas normas essenciais para a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Quando um agente da Administração Pública não segue os princípios constitucionais e abusa do poder de polícia que lhe foi concedido, ele prejudica os cidadãos aos quais deveria proteger.

A violência policial ocorre quando os agentes de segurança pública, que são representantes do Estado responsáveis por manter a ordem pública, agem em desacordo com a lei, utilizando força física de forma ilegal. Exemplo disso inclui a prática de tortura contra suspeitos. A maioria das vítimas são jovens, de baixa escolaridade, classe média, negros e residentes de periferias¹⁵.

Ocorre que, na polícia brasileira, há grandes resquícios da Ditadura Militar¹⁶, dentre eles encontram-se o autoritarismo, a violência externa e a arbitrariedade. É importante destacar que, quando um agente se excede, ele não enfrenta apenas responsabilidades administrativas,

¹⁵ SILVA, João. **A violência na atuação da polícia militar: o abuso de autoridade e a violação ao princípio da dignidade humana.** Conteúdo Jurídico, 2024. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58867/a-violencia-na-atuacao-da-policia-militar-o-abuso-de-autoridade-e-a-violacao-ao-principio-da-dignidade-humana>. Acesso em: 10 set. 2024

¹⁶ SILVA, João. **Assédio moral e abuso de poder na polícia: o abuso de autoridade da polícia para com os cidadãos e dentro do próprio regimento.** Conteúdo Jurídico, 2024. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/100257/assedio-moral-e-abuso-de-poder-na-policia-o-abuso-de-autoridade-da-policia-para-com-os-cidadaos-e-dentro-do-proprio-regimento>. Acesso em: 10 set. 2024

decorrentes do poder disciplinar concedido à Administração Pública, mas também deve responder nas esferas cível e penal.

Na hipótese em que a autoridade pública se coloca acima da lei, acarreta ilegalidade, comprometendo a estrutura do Estado Democrático. Como consequência dessa atuação, cria-se o sentimento de medo e insatisfação na população.

A estrutura hierárquica presente em quase todos os setores militares profissionais pode levar ao abuso de poder por parte daqueles que ocupam posições superiores. A hierarquia, fundamento esfera militar, não assegura a harmonia da classe, mas sim a exploração dos superiores sobre os subordinados, com a presença marcante de assédio moral. Esses comportamentos impactam significativamente o desempenho dos agentes, tanto no âmbito profissional quanto pessoal.

Em muitas corporações, os militares se submetem á treinamentos que visam ensinar a atacar em detrimento de zelar pela segurança e bem-estar da sociedade. Imersos a esse ambiente de reiterados abusos psicológicos, não raro alguns policiais cometem suicídios.

Nota-se que o comportamento da polícia em relação à sociedade pode ser resultado das diversas situações vexatórias e humilhantes que enfrenta diariamente no ambiente de trabalho, além dos treinamentos degradantes que recebe, os quais em nada contribuem para uma formação adequada à proteção do cidadão.

Assim, nos últimos anos, ficou evidente que a segurança pública é um problema fundamental e um dos principais desafios para o estado de direito no Brasil. O tema ganhou maior visibilidade devido ao aumento da violência policial, que, por sua vez, acarreta uma alta sensação de insegurança, além de diversas outras falhas no sistema brasileiro.

Alex Agra¹⁷, preceitua que:

Para estudar os problemas do modelo das polícias no Brasil, é preciso entender que as contradições que o modelo de segurança pública apresenta vão além de obstáculos individuais, ou seja, questões de caráter ou formação de um policial (ou um grupo de policial) específico(s). Trata-se de um empecilho sistemático muito bem colocado por um sistema criado para não funcionar. Visto isso, o objetivo dessa reflexão não será condenar ou isentar o policial enquanto individuo, mas entender que há em volta dele um contexto histórico, social e estrutural para que as limitações atuais existam.

Um caso que obteve grande repercussão foi o de George Floyd, de 46 anos, ocorrido em maio de 2020 nos EUA. Floyd morreu asfixiado após uma abordagem policial em que os

¹⁷ AGRA, Alex. **Estrutura e Individuo: Uma Análise Dialética da Segurança Pública no Brasil**. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/uma-analise-dialetica-da-seguranca-publica-no-brasil-por-alex-agra.2016>. Acesso em: 11 nov. 2021.



agentes imobilizaram e pressionaram seu pescoço por 8 minutos e 46 segundos. O caso gerou manifestações de repúdio em vários países contra o ato cometido pelos policiais¹⁸.

No Brasil, assim como em outras partes do mundo, os órgãos policiais desenvolveram uma cultura de agressividade institucional. Muitos agentes, antes mesmo de ingressarem nas forças policiais, acreditam que a única maneira de garantir a ordem social e combater a criminalidade é através da violência e da ignorância, especialmente quando os suspeitos são pobres e marginalizados. Tal pensamento, infelizmente, é refletido na maneira como escolhem atuar no exercício de suas funções.

CONCLUSÃO

Com base no exposto, é possível perceber que cabe aos agentes de segurança pública assegurar o direito à segurança da sociedade, respeitando sempre a dignidade humana e sem qualquer forma de discriminação ou violação.

Devido aos frequentes excessos nas intervenções policiais, é comum que a população enfrente dois tipos de medo: o medo da criminalidade, que é bastante persistente, e, infelizmente, o medo dos policiais, que deveriam proporcionar a essas pessoas a confiança de estarem sendo protegidas.

Algumas mudanças no pensamento da sociedade podem melhorar o sistema. Segundo doutrinadores, o fato de a maioria das vítimas serem jovens negros é um problema estrutural, refletindo o preconceito presente na sociedade. Independentemente de serem moradores de periferias, os policiais, ao ingressarem na carreira, já carregam esse preconceito generalizado, que acaba se refletindo em sua prática profissional.

Outro aspecto importante é o treinamento pelo qual esses policiais passam. A de se ter mais atenção ao tipo de treinamento que os policiais são submetidos ao ingressarem na corporação são submetidos. A extrema humilhação muitas vezes gera um sentimento de vingança que é descontado na população.

Assim, conclui-se, portanto, que um olhar mais humano para o treinamento policial é uma alternativa pela qual o Estado pode tentar reduzir os casos de violência. E, caso os resultados das mudanças sejam positivos, ainda há muito a ser feito para que a sociedade não

¹⁸ SUDRÉ, Lu. **Morte de homem negro asfixiado por policiais nos EUA gera indignação internacional**. Brasil de Fato, 2020. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/05/28/morte-de-homem-negro-asfixiado-por-policiais-nos-eua-gera-indignacao-internacional>>. Acesso em: 29 nov. 2024.

sinta seus direitos violados pelos agentes e recupere a total confiança na segurança proporcionada por eles.

REFERÊNCIAS

AGRA, Alex. **Estrutura e Indivíduo: Uma Análise Dialética da Segurança Pública no Brasil**. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/uma-analise-dialetica-da-seguranca-publica-no-brasil-por-alex-agra.2016>. Acesso em: 11 nov. 2021.

ÂMBITO JURÍDICO. **Poder de polícia: uma abordagem do interesse de agir do estado em busca da supremacia do direito coletivo em detrimento do individual**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/poder-de-policia-uma-abordagem-do-interesse-de-agir-do-estado-em-busca-da-supremacia-do-direito-coletivo-em-detrimento-do-individual/>. Acesso em: 29 nov. 2024.

BAGINSKI, Cibele Bumbel; NETO, João Manganeli. **Linhas gerais sobre o princípio da legalidade administrativa**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/linhas-gerais-sobre-o-principio-da-legalidade-administrativa/190976080>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei 13.869/19**, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 21. ed. 2009.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: JusPodvim. 11. ed. 2023.

D'URSO, Luiz Eduardo Filizzola. **Princípio da legalidade, o escudo do cidadão**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302660/principio-da-legalidade--o-escudo-do-cidadao>. Acesso em: 13 set. 2024.

FACHINI, Thiago. **Direitos e garantias fundamentais: conceito e características**. Projuris, 2021. Disponível em: https://www.projuris.com.br/o-que-sao-direitos-fundamentais/#Os_principais_direitos_fundamentais. Acesso em: 11 ago. 2024.

JABOUR, Lucas Reis de Souza. **Os direitos fundamentais de primeira geração no Brasil**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento, ano 07, ed. 12, v. 06, p. 179-189, dez. 2022. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/primeira-geracao>. DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/primeira-geracao. Acesso em: 11 ago. 2024.



JUSBRASIL. **Quais são as gerações de direitos?** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quais-sao-as-geracoes-de-direitos/195518426>. Acesso em: 11 ago. 2024.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodvim. 11. ed. 2023. p. 142 .

PEGORETTI, Carlos. **Origem do poder de polícia – liberdades x interesse público – aspectos filosóficos**. Revista Científica Semana Acadêmica, Fortaleza, ano MMXIII, n. 000034, 10 jul. 2013. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/origem-do-poder-de-policia-liberdades-x-interesse-publico-aspectos-filosoficos>. Acesso em: 10 ago. 2024.

SARLET, I, W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Disponível em: https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Ingo_W._Sarlet_Dignidade_da_Pessoa_Humana_e_Direitos_Fundamentais.pdf. Acesso em: 20 out. 2024.

SENADO NOTÍCIAS. **Polícias militares têm origem no século 19**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/25/policias-militares-tem-origem-no-seculo-19>. Acesso em: 15 set. 2024.

SILVA, João. **Assédio moral e abuso de poder na polícia: o abuso de autoridade da polícia para com os cidadãos e dentro do próprio regimento**. Conteúdo Jurídico, 2024. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/100257/assedio-moral-e-abuso-de-poder-na-policia-o-abuso-de-autoridade-da-policia-para-com-os-cidadaos-e-dentro-do-proprio-regimento>. Acesso em: 10 set. 2024.

SILVA, João. **A violência na atuação da polícia militar: o abuso de autoridade e a violação ao princípio da dignidade humana**. Conteúdo Jurídico, 2024. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58867/a-violencia-na-atuao-da-polcia-militar-o-abuso-de-autoridade-e-a-violao-ao-principio-da-dignidade-humana>. Acesso em: 10 set. 2024.

SUDRÉ, Lu. **Morte de homem negro asfixiado por policiais nos EUA gera indignação internacional**. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2020/05/28/morte-de-homem-negro-asfixiado-por-policiais-nos-eua-gera-indignacao-internacional>>. Acesso em: 29 nov. 2024.

A APLICAÇÃO PRÁTICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO PENAL: DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA A EFICÁCIA DO SISTEMA JURÍDICO

Camila Paiva Veiga

Graduada pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro (Unilasalle). Advogada.

Resumo – o presente artigo examina a aplicação da inteligência artificial no processo penal, destacando os desafios e as oportunidades para a eficácia do sistema jurídico. A pesquisa qualitativa, de base bibliográfica, explora como a IA pode otimizar a administração da justiça, mas também levanta preocupações sobre a perpetuação de vieses e discriminações. Conclui-se que, embora a IA seja uma ferramenta útil, sua utilização deve ser regulada e supervisionada para garantir que não comprometa a equidade e os direitos fundamentais, servindo como suporte à atuação humana no sistema judicial.

Palavras-chave – Discriminação. Inteligência Artificial. Processo Penal. Regulamentação. Violação de Direitos Fundamentais.

Sumário – Sumário – Introdução. 1. Transformações no sistema de justiça criminal: a inteligência artificial como ferramenta de inovação. 2. O impacto da inteligência artificial no processo penal: desafios éticos e jurídicos na era digital. 3. Inovação e justiça: como a inteligência artificial pode contribuir para um sistema penal eficiente sem prejudicar a equidade e os direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica explora a presença e a influência da inteligência artificial no Processo Penal, em um contexto jurídico em constante evolução tecnológica. O objetivo é analisar os impactos dessa tecnologia no sistema de justiça criminal, considerando seus aspectos positivos e desafios éticos e jurídicos.

Dessa forma, torna-se essencial examinar de forma crítica e abrangente as implicações da inteligência artificial no Processo Penal, bem como explorar maneiras de mitigar seus impactos negativos e maximizar seus benefícios para a administração da justiça.

Os avanços e impactos desta inovação tecnológica têm o potencial de aprimorar significativamente a eficiência e a precisão das atividades desenvolvidas no mundo jurídico.

Contudo, é imperativo reconhecer que também podem perpetuar e intensificar disparidades sociais e preconceitos. Nesse contexto, a introdução da inteligência artificial no processo penal levanta questões cruciais: até que ponto essa tecnologia pode contribuir para



aprimorar a eficiência do sistema judiciário? E quais são os possíveis impactos na garantia dos direitos individuais dos cidadãos?

Os debates recentes sobre a interseção entre o direito e a Inteligência Artificial têm suscitado uma diversidade de opiniões, que vão desde apoio incondicional até resistência total, abrangendo também incertezas, desconfianças e dificuldades de compreensão.

Diante desse cenário, é essencial um debate aprofundado e uma regulamentação adequada para garantir que a utilização da inteligência artificial no processo penal seja feita de forma justa, transparente e responsável.

O primeiro capítulo deste trabalho examina a introdução da inteligência artificial no sistema de justiça criminal, contextualizando-a dentro dos debates existentes e das possibilidades já desenvolvidas para a área. Será analisado o processo de implementação dessa tecnologia e suas implicações no cenário jurídico.

Em seguida, o segundo capítulo se dedica a analisar os desafios encontrados no uso da inteligência artificial no processo penal. Segue-se discutido como esse mecanismo pode perpetuar discriminações e aprofundar desigualdades sociais, ampliando a discussão sobre ética e justiça no âmbito da tecnologia jurídica.

Por fim, o terceiro capítulo busca defender o avanço tecnológico em consonância com os valores fundamentais da sociedade. Sustenta-se que a eficiência proporcionada pela inteligência artificial não deve comprometer a equidade e a justiça, propondo medidas para conciliar os avanços tecnológicos com os princípios éticos e morais que regem o sistema jurídico.

A pesquisa é desenvolvida pelo método qualitativo bibliográfico, visando investigar as complexas interações entre a inteligência artificial e o processo penal. A escolha da metodologia qualitativa se justifica pela sua capacidade de compreender fenômenos sociais complexos, possibilitando uma análise aprofundada por meio de obras acadêmicas, jurisprudência, livros e artigos que abordem a utilização da inteligência artificial no contexto do processo penal.

1. TRANSFORMAÇÕES NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO FERRAMENTA DE INOVAÇÃO

O século XXI tem sido marcado por uma revolução tecnológica sem precedentes, com inovações que estão transformando profundamente diversas áreas do conhecimento humano. Entre essas inovações, a inteligência artificial (IA) se destaca como uma das mais poderosas e



promissoras, influenciando desde as ciências exatas até as ciências sociais aplicadas. No campo jurídico, particularmente no direito penal, a introdução da tecnologia representa uma mudança paradigmática, oferecendo novas ferramentas para a administração da justiça e prometendo uma reformulação dos processos judiciais.

A inteligência artificial, em sua essência, refere-se a sistemas e algoritmos capazes de realizar tarefas que normalmente exigiriam inteligência humana, como aprender, raciocinar, tomar decisões e resolver problemas, conforme afirma Salomão¹. No direito, a aplicação dessa tecnologia tem gerado um debate intenso, uma vez que sua incorporação promete otimizar o funcionamento do sistema de justiça, mas também levanta uma série de desafios éticos, operacionais e jurídicos.

O seu uso baseia-se na crescente capacidade dos sistemas computacionais de processar grandes volumes de dados e aprender com eles para realizar previsões e tomar decisões. Portanto, ao conceituar a inteligência artificial, Barroso² afirma “definida de uma maneira bem singela, pode ser identificada como programas que transferem computadores capacidades humanas. É isso o que se pode ter como uma definição bem singela de inteligência artificial.”

A incorporação da inteligência artificial (IA) no sistema de justiça criminal é uma das mais significativas transformações tecnológicas que o direito penal contemporâneo enfrenta. Essa evolução, que alinha a tecnologia com a prática jurídica, promete melhorar a eficiência dos processos, no entanto, essas promessas vêm acompanhadas de desafios éticos e operacionais significativos que precisam ser cuidadosamente considerados.

O futuro do direito penal no contexto da inteligência artificial não deve ser visto apenas como uma resposta técnica a problemas processuais, mas como um terreno fértil para debates sobre a ética, a justiça social e a proteção dos direitos humanos.

Miranda³ sustenta que a transformação para uma sociedade digital ocasionou alterações profundas, afetando não só o ambiente em que os crimes acontecem, mas também o modo como as investigações são realizadas, as provas são coletadas e as decisões são proferidas em todo o processo penal.

É inegável a urgência em compreender os impactos da inteligência artificial no direito processual penal, assim como explorar suas potenciais aplicações para melhorar a eficiência

¹ SALOMÃO, Luis Felipe; TAUKE, Caroline Somesom. Inteligência artificial no judiciário brasileiro: estudo empírico sobre algoritmos e discriminação. **Revista Diké (Uesc)**, v. 22, n. 23, p. 02-32, jan./jun. 2023.

² BARROSO, Luiz Roberto. **Inteligência Artificial: Riscos Éticos, Econômicos e Eleitorais**. 12. edição do Fórum Jurídico de Lisboa, Portugal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/06/discursos-do-ministro-luis-roberto-barroso-forum-de-lisboa.pdf>. Acesso em: 18set.2024.

³ MIRANDA, Anabela Rodrigues. **Inteligência Artificial no Direito Penal - a justiça preditiva entre a americanização e a europeização**. Coimbra: Grupo Almedina, 2020.



dos processos. Guimaraes⁴ expõe que as possibilidades de uso dessa tecnologia são amplas e já conhecidas, abrangendo desde a pesquisa jurisprudencial até a produção e avaliação de provas, além da elaboração de petições e a admissão de recursos extraordinários.

No contexto do processo penal, essas capacidades são utilizadas para prever o comportamento de indivíduos, como a probabilidade de reincidência, e para otimizar a distribuição de recursos judiciais. Um exemplo é o uso de algoritmos preditivos em decisões de fiança e liberdade condicional, que já ocorre em países como os Estados Unidos.

Além disso, o uso da ferramenta pode acelerar processos e reduzir a subjetividade nas decisões, promovendo uma justiça mais objetiva e uniforme. As autoridades judiciais e policiais, que tradicionalmente dependiam de métodos manuais e analógicos para investigar crimes e processar criminosos, agora têm à disposição ferramentas tecnológicas avançadas que permitem uma análise mais precisa e rápida de dados. Essas ferramentas podem processar grandes volumes de informações em tempo real, identificar padrões de comportamento e prever eventos futuros com base em dados históricos.

No entanto, há alertas sobre o perigo de que esses sistemas reflitam e ampliem preconceitos existentes, uma vez que os dados nos quais os algoritmos se baseiam podem estar contaminados por vieses históricos. Este ponto é essencial, pois a justiça penal lida diretamente com a liberdade individual, o que torna qualquer falha ou parcialidade do sistema particularmente prejudicial.

Dessa forma, é essencial investigar como a incorporação de algoritmos na justiça criminal pode perpetuar preconceitos antigos, disfarçados sob a aparência de inovação, além de expor a lógica neoliberal que se camufla nos discursos de avanço tecnológico dentro do processo penal, conforme explica Dora⁵.

Além disso, a implementação desse novo método tecnológico no sistema de justiça criminal não se dá de forma homogênea. Diferentes países e jurisdições estão em diferentes estágios de adoção dessas tecnologias, resultando em um panorama desigual. No Brasil, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem incentivado o uso da tecnologia para otimizar a gestão de processos judiciais, conforme destaca Maranhão⁶ e outros autores.

⁴ GUIMARAES, Rodrigo Régner Chemim. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1555-1588, set.-dez. 2019.

⁵ DORA, Daniela Eilberg; SANTOS, Jádria Larissa Timm dos. In: "Derecho público y privado ante las nuevas tecnologías - **Velhos preconceitos mascarados de verdades científicas**: como a inteligência artificial no processo penal pode ser tendenciosa. Madrid: Dykinson, 2020- Casalini id: 4685145". p. 263-271.

⁶ MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial. **Suprema**: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 154-180, jan-jun.

Apesar dessas dificuldades, a nova ferramenta oferece possibilidades concretas para o aperfeiçoamento do sistema de justiça. A automatização de tarefas repetitivas, como a triagem de processos, permite que os profissionais do direito se concentrem em questões mais complexas, que realmente demandam a análise humana. Além disso, o uso de big data em investigações criminais já está transformando a forma como evidências são coletadas e analisadas, proporcionando novas ferramentas para a resolução de crimes.

Seu sistema tecnológico inclui a vigilância e observação indireta de indivíduos, a coleta de um grande volume de informações que podem ser convertidas em algoritmos, com o objetivo de gerar classificações numéricas e categorizações voltadas para a concepção de ações de prevenção e repressão criminal, segundo Guimarães⁷.

O advento da inteligência artificial exige uma revisão crítica das normas e práticas já vigentes. Novas legislações podem ser necessárias para regulamentar a presença em tribunais, considerando a possibilidade de revisões ou apelações a decisões automatizadas.

Além disso, a discussão sobre a relação entre automação e julgamento humano precisa ser explorada de forma mais profunda. Por exemplo, qual o papel do juiz que deve considerar a decisão tomada por um algoritmo? Essa interseção entre decisão automatizada e intervenção humana deve ser cuidadosamente considerada.

Portanto, a introdução de soluções baseadas em inteligência artificial no sistema de justiça criminal representa uma evolução com potencial para transformar profundamente o funcionamento do direito penal. No entanto, é essencial, considerando as particularidades do sistema de justiça penal, analisar as vantagens, os riscos e as limitações que a aplicação de soluções tecnológicas e de inteligência artificial no processo de tomada de decisões traz, assim como as questões jurídicas, epistemológicas e éticas que emergem dessa aplicação.

2. O IMPACTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO PENAL: DESAFIOS ÉTICOS E JURÍDICOS NA ERA DIGITAL

A inteligência artificial surge como uma ferramenta poderosa para abordar alguns dos desafios enfrentados pelo sistema de justiça contemporânea. Ao permitir a análise e correlação de dados em grande escala, esses sistemas não só reduzem o volume de informações a ser

⁷ GUIMARAES, Rodrigo Régner Chemim. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1555-1588, set.-dez. 2019.



examinado pelos especialistas, mas também revelam conexões que poderiam ser negligenciadas devido à enorme quantidade de dados. Além disso, o seu uso tende a minimizar a ocorrência de erros durante todo o processo, desde a aquisição até a interpretação dos dados.

A inteligência artificial, em seu sentido mais amplo, refere-se a sistemas computacionais capazes de realizar tarefas que normalmente requereriam inteligência humana, como aprendizado, raciocínio e tomada de decisão. No âmbito do processo penal, a aplicação da tecnologia tem se materializado de diversas formas, abrangendo desde a análise de provas digitais até a projeção de comportamentos futuros, como a estimativa da probabilidade de reincidência por parte de um acusado.

Um dos usos mais comuns da inteligência artificial no processo penal reside na análise preditiva, na qual algoritmos são empregados para antever desfechos com base em dados históricos. Por exemplo, sistemas podem analisar dados sobre crimes passados para prever a probabilidade de um indivíduo em liberdade condicional cometer novos delitos. Essas previsões, baseadas em modelos matemáticos, são utilizadas por magistrados e promotores para fundamentar decisões, como a concessão de fiança e a determinação de medidas cautelares.

Ademais, pode ser utilizada na triagem de processos judiciais e na pesquisa de jurisprudência. Dotada da capacidade de processar milhões de documentos em uma fração de segundos, a inteligência artificial pode identificar precedentes jurídicos pertinentes e organizar vastos volumes de informação de modo a otimizar o trabalho de advogados e juízes. Essa eficiência não apenas economiza tempo, mas também aprimora a precisão e a coerência nas decisões judiciais, contribuindo para um sistema de justiça mais equânime e rigoroso.

No entanto, a aplicação dessa tecnologia no processo penal não é isenta de controvérsias. Embora o direito processual penal preveja certas limitações à privacidade em prol da investigação, as capacidades oferecidas pelas novas tecnologias ultrapassam em muito o que as normas atuais contemplam, resultando em potenciais violações desse direito fundamental.

No contexto do Direito Penal, isso pode resultar em decisões que não só falham em garantir os direitos individuais, mas também ampliam as disparidades já existentes no sistema judiciário. A aplicação de algoritmos sem uma supervisão adequada pode levar a decisões que são opressivas e injustas, uma vez que os dados usados podem constituir um reflexo de práticas discriminatórias.

Segundo Fidalgo:

[...] embora amplie as capacidades investigativas e a eficácia na perseguição de criminosos, o uso da inteligência artificial no contexto da prova digital levanta sérias

preocupações em relação aos direitos dos indivíduos, especialmente no que diz respeito à privacidade [...].⁸

No processo penal, conforme consigna Fenoll⁹, isto pode ser ainda mais delicado, pois nesse âmbito a automação se torna mais complexa e arriscada. Diferentemente de um conflito civil, um delito envolve questões mais graves, representando uma ameaça significativa as condições pessoais tanto do infrator quanto da vítima, as quais exigem uma consideração cuidadosa.

Nesse sentido, um dos principais desafios éticos é a questão da transparência. Os algoritmos usados para prever comportamentos, como a reincidência, operam de forma automatizada, isso significa que as partes envolvidas – juízes, advogados e os próprios acusados – podem não entender como ou por que uma determinada decisão foi tomada. Essa falta de transparência pode minar a confiança no sistema de justiça, pois dificulta a contestação de decisões que podem parecer arbitrárias ou injustas.

Ademais, a utilização de inteligência artificial, fundamentada em dados históricos, suscita preocupações relevantes no tocante ao potencial de viés e discriminação. Quando os dados utilizados para o treinamento dos algoritmos contêm preconceitos intrínsecos — tais como inclinações raciais ou de classe social —, há um risco substancial de que tais preconceitos sejam não apenas reproduzidos, mas também exacerbados pelas decisões automatizadas.

Por exemplo, se um algoritmo é treinado com dados que mostram maior reincidência em um grupo racial, ele pode injustamente prever essa tendência para todos os membros do grupo, ignorando fatores individuais. Isso pode resultar em discriminação sistêmica e em uma justiça enviesada.

Miranda argumenta nesse sentido, “[...] a submissão do juiz à máquina e a devolução da decisão sobre a punição ao algoritmo, tendo em conta a tendência humana para confiar nos resultados de um procedimento computacional, são riscos que não devem ser ignorados [...]”.

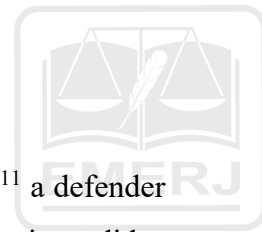
10

Além disso, como a inteligência artificial é alimentada por dados objetivos e instruções fornecidas por seres humanos, sempre existe o risco de se perpetuar os preconceitos e as

⁸ FIDALGO, Sonia. **A utilização de inteligência artificial na obtenção de prova digital em processo penal**. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2022.

⁹ FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligência artificial e o processo judicial**. Salvador: Jusprovidim, 2023.

¹⁰ MIRANDA, Anabela Miranda Rodrigues. **Inteligência Artificial no Direito Penal - a justiça preditiva entre a americanização e a europeização**. Coimbra: Grupo Almedina, Pons, 2018.



discriminações presentes na sociedade de uma maneira geral, o que leva Barroso¹¹ a defender a necessidade imperativa de uma regulação adequada do novo sistema. A falta de tais medidas cria um cenário em que a opacidade dos algoritmos pode afastar os princípios de justiça e igualdade perante a lei.

Além desses desafios éticos, há também questões jurídicas complexas relacionadas à responsabilidade. Se um erro judicial ocorre devido a uma decisão baseada em inteligência artificial, a quem deve ser atribuída a responsabilidade? Essa indagação é complexa, pois desafia a tradicional noção de responsabilidade legal que recai sobre os operadores jurídicos. Em casos em que a máquina falha ou toma decisões injustas, a dificuldade em identificar um responsável pode resultar em uma erosão da confiança no sistema judiciário.

Nesse sentido, enquanto a inteligência artificial oferece promessas de maior eficiência e precisão no processo penal, sua aplicação não está isenta de desafios significativos. É crucial que esses desafios sejam abordados de maneira proativa, assim, para que essas transformações sejam positivas, é necessário que a implementação da tecnologia seja acompanhada de um rigoroso controle ético e de uma regulamentação que assegure a transparência e a justiça em suas aplicações.

Além disso, para que a inteligência artificial contribua para um sistema penal mais justo, impõe-se a necessidade de um esforço articulado entre juristas, tecnólogos e legisladores, com vistas à elaboração de um arcabouço normativo que oriente e regule a aplicação da nova tecnologia no âmbito do processo penal. Somente por meio de uma regulamentação criteriosa e bem fundamentada será possível maximizar os benefícios que a inteligência artificial pode oferecer ao processo penal, ao mesmo tempo em que se mitigam os riscos inerentes e se enfrentam os complexos dilemas éticos e jurídicos suscitados por essa nova era digital.

3. INOVAÇÃO E JUSTIÇA: COMO A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PODE CONTRIBUIR PARA UM SISTEMA PENAL EFICIENTE SEM PREJUDICAR A EQUIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O progresso tecnológico, especialmente no contexto jurídico, deve ser visto não apenas como uma forma de aprimorar a eficiência do sistema, mas também como um meio de preservar e respeitar os valores fundamentais da sociedade. A incorporação da inteligência artificial no

¹¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Inteligência Artificial: Riscos Éticos, Econômicos e Eleitorais**. 12 edição do Fórum Jurídico de Lisboa, Portugal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/06/discurso-do-ministro-luis-roberto-barroso-forum-de-lisboa.pdf>. Acesso em: 18 set. 2024.

mundo jurídico, embora promissora, deve ser guiada por princípios éticos e morais que assegurem a equidade, a justiça e a proteção dos direitos humanos.

O uso da tecnologia gera debates que vão além de sua simples aplicação, já amplamente reconhecida e consolidada. As discussões se voltam principalmente para os limites éticos que a cercam e o impacto que exerce sobre a sociedade, seja restringindo ou ampliando direitos.

A inteligência artificial oferece inúmeras vantagens práticas no campo da persecução penal. Um exemplo é a capacidade de processar grandes volumes de dados em tempo real, o que pode auxiliar as autoridades na identificação de padrões criminais, monitoramento de atividades suspeitas e prevenção de crimes.

É nesse ponto que as máquinas podem desempenhar um papel importante, acelerando essa fase ao comparar jurisprudências de diferentes Tribunais, súmulas, legislações e processos paradigmáticos em andamento, fornecendo ao juiz informações relevantes para embasar sua decisão, conforme explica Rosa e Cani¹².

No entanto, mesmo em sociedades tecnologicamente avançadas, responsáveis pela criação ou aperfeiçoamento das mais modernas técnicas computacionais, a tomada de decisões baseada em mecanismos que imitam o comportamento humano pode intensificar políticas públicas e privadas de caráter discriminatório.

Assim, ao mesmo tempo em que se amplia a capacidade preventiva e punitiva do Estado, surge o risco de violação dos direitos dos cidadãos no que tange ao tratamento de seus dados pessoais, armazenados em bases estatais de segurança pública, com ou sem o seu consentimento. Outra das várias possibilidades de lesão a direitos está na criação de perfis criminosos que concluam pelo potencial de periculosidade de um indivíduo com base em suas características físicas, emocionais e sociais, intensificando a intervenção estatal sobre grupos já estigmatizados ou discriminados dentro de determinada sociedade.

Conforme relata o ministro Paciornik¹³ o uso de inteligência artificial para a elaboração de sentenças e definição de dosimetria da pena já causou diversas distorções. Em diferentes estados norte-americanos, estudos têm mostrado que a aplicação da inteligência artificial na

¹² ROSA, Alexandre Morais da; CANI, Luiz Eduardo. **O uso de inteligência artificial no processo penal é compatível com a oralidade?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/limite-penal-uso-inteligencia-artificial-processo-penal>. Acesso em: 17 set.2024.

¹³ PARCIONIK, Joel Ilan. **IA deve ser usada com parcimônia no que se refere ao processo penal, diz Paciornik.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-17/ia-usada-parcimoniam-processo-penal-pacionik/>. Acesso em 17 set.2024.



elaboração de sentenças e na definição das penas ocasionou distorções consideráveis, divergindo substancialmente das circunstâncias reais dos casos.

Martín¹⁴ destaca que os riscos associados ao uso de sistemas automatizados são diversos, abrangendo desde a padronização excessiva das decisões até o incentivo à aplicação acrítica de modelos estabelecidos. Além disso, tais sistemas podem resultar no distanciamento da realidade social, na perpetuação de correntes majoritárias e na marginalização de magistrados que adotem uma abordagem diferenciada. Esses fatores contribuem para o desequilíbrio na análise de casos específicos e para a desumanização do Direito.

Apesar das críticas ao uso da nova tecnologia, é inegável que a digitalização da Justiça é uma realidade inevitável. O emprego da inteligência artificial, quando aplicado de forma adequada e em conformidade com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, configura uma ferramenta poderosa para aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário.

Esse movimento traz consigo a promessa de resolver problemas como a morosidade processual, o excesso de discricionariedade, a insegurança jurídica e a busca por maior consistência, previsibilidade e redução de custos.

Conforme observa Sousa¹⁵, esses sistemas ultrapassam o papel de simples ferramentas estatísticas, demonstrando-se como autênticos instrumentos de previsão, baseados na análise e interpretação dos dados fornecidos. Dessa forma, uma das características da inteligência artificial que mais provoca desafios ao sistema de justiça penal, tanto em sua aplicação prática quanto na preservação de seus princípios fundamentais, é a capacidade de realizar juízos preditivos sobre o futuro.

A capacidade preditiva da inteligência artificial oferece benefícios significativos no que tange à otimização da gestão de processos, permitindo ao sistema judiciário uma melhor alocação de recursos e uma antecipação de situações que poderiam resultar em atrasos ou impasses.

Assim, a partir da análise de precedentes e de dados históricos, os algoritmos podem oferecer previsões sobre o desfecho de determinados processos, o que contribui para a uniformidade e a coerência nas decisões judiciais, evitando disparidades e favorecendo a equidade no tratamento das partes.

¹⁴MARTÍN, Nuria Belloso. Algoritmos predictivos al servicio de la justicia: ¿una nueva forma de minizar el riesgo y la incertidumbre?. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro (orgs). **Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2022, p. 541-543.

¹⁵SOUZA, Suzana Aires de. Um direito penal desafiado pelo desenvolvimento tecnológico: alguns exemplos a partir das neurociências e da inteligência artificial. **Revista Defensoria Pública da União**, Brasília, DF n.14, p. 1-310, Jul/Dez. 2020.

No contexto do processo penal, a inteligência artificial oferece uma série de vantagens que podem contribuir significativamente para a melhoria da eficiência e da qualidade das decisões judiciais. Uma das principais vantagens é a sua capacidade de processar grandes volumes de dados de maneira rápida e precisa, auxiliando na análise de provas, na comparação de jurisprudências e na identificação de padrões relevantes para os casos em questão. Isso pode agilizar o trabalho dos magistrados, promotores e defensores, permitindo uma análise mais abrangente e fundamentada, sem comprometer a celeridade processual.

O ministro Barroso¹⁶, prevendo possíveis críticas, destacou que o tema demanda uma abordagem isenta de preconceitos, direcionada para as inovações tecnológicas e seus efeitos no sistema jurídico: “O juiz continua responsável pelo julgamento adequado da causa. Mas vai simplificar imensamente a vida se pudermos ter uma forma de produção de minutas com uso da inteligência artificial”.

Nesse sentido, para garantir que o uso da inteligência artificial no processo penal seja eficaz e não viole direitos fundamentais, é necessário adotar medidas como a transparência dos algoritmos, a supervisão humana contínua nas decisões, a proteção de dados pessoais e a prevenção de vieses discriminatórios. Além disso, a criação de comitês éticos, a capacitação dos operadores do direito e a implementação gradual da IA com testes-piloto são fundamentais. Essas ações asseguram que a tecnologia seja utilizada como uma ferramenta de apoio, sem comprometer a justiça e a equidade no sistema penal.

Nas palavras de Bocayuva e Paiva¹⁷:

Para tanto, deve haver o respeito aos códigos de ética e estruturas de governança, segundo os princípios da equidade, imparcialidade, pluralidade e confidencialidade, deve haver transparência quanto ao modus operandi dos sistemas, segurança quanto à proteção de dados pessoais e sensíveis e, sobretudo, supervisão humana, em virtude da necessidade de mecanismos de responsabilização e controle (accountability).

No entanto, é importante destacar que, embora a tecnologia possa trazer maior eficiência e precisão, ela carece de consciência e criatividade. Por isso, é fundamental que seu uso permaneça como uma ferramenta de apoio, e não como um substituto das capacidades humanas. Dessa maneira, a inteligência artificial atua como um método de apoio à tomada de

¹⁶BARROSO, Luiz Roberto. **VI Encontro Nacional sobre Precedentes Qualificados**: Construção Cooperativa do Sistema de Precedentes. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-09/precedente-nao-e-escolha-filosofica-ou-ideologica-e-a-unica-alternativa-diz-barroso/>. Acesso em: 22out.2024.

¹⁷BACAYUVA, Marcela; PAIVA, Rebecca de Souza. **Uso da IA no sistema de Justiça é um dos grandes desafios do século**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-05/uso-da-ia-no-sistema-de-justica-e-um-dos-grandes-desafios-do-seculo/>. Acesso em: 18set.2024.



decisões, mas jamais pode substituir a responsabilidade humana. Tais decisões automatizadas devem sempre ser supervisionadas por seres humanos, que são responsáveis por definir os critérios, validar os algoritmos e garantir que as escolhas feitas pelas máquinas estejam em conformidade com a razão humana e os princípios jurídicos.

Essa transformação tecnológica no âmbito do sistema jurídico, em sua totalidade, implica tanto em vantagens quanto em desafios relevantes. Por um lado, esses modelos podem melhorar significativamente a eficiência e a celeridade das decisões judiciais, proporcionando uma resolução mais rápida dos processos. No entanto, a falta de transparência desses sistemas, aliada aos riscos de perpetuação de preconceitos e falhas técnicas, levanta preocupações sobre a legitimidade e a justiça das decisões automatizadas.

Portanto, a implementação da inteligência artificial no Judiciário deve ser feita com cautela e responsabilidade, garantindo que o processo decisório preserve sua essência humana e continue estimulando a criatividade. A ferramenta deve ser entendida como uma aliada que potencializa essas habilidades, e não como uma ameaça que substitui o papel do ser humano ao delegar para as máquinas responsabilidades inerentes à sua função.

CONCLUSÃO

A incorporação da inteligência artificial no processo penal, como abordado ao longo deste estudo, representa uma inovação disruptiva e irreversível no sistema de justiça. A ferramenta, ao automatizar a análise de dados e processos, possibilita uma significativa otimização das atividades judiciais, contribuindo para uma maior celeridade e eficiência.

Entretanto, como toda tecnologia emergente, sua implementação deve ser acompanhada por um rigoroso controle ético e jurídico, de modo a garantir que os princípios fundamentais do Direito não sejam comprometidos. A eficácia da justiça penal não pode ser buscada à custa da equidade e da proteção dos direitos individuais.

Ao abordar os benefícios e desafios inerentes à adoção da inteligência artificial, ressaltou-se a importância de que tal ferramenta seja utilizada como um meio auxiliar ao exercício da função judicante, jamais como um substituto da atuação humana. Portanto, os resultados apresentados pelas máquinas devem passar pelo crivo humano, especialmente no que tange à tomada de decisões judiciais que afetam diretamente direitos fundamentais, como a liberdade e a dignidade da pessoa.

Ainda assim, o uso de inteligência artificial no processo penal deve ser pensado de forma cuidadosa para evitar que o sistema jurídico se torne excessivamente dependente da

automação, o que poderia resultar na desumanização das decisões judiciais. É preciso lembrar que o direito penal lida com questões sensíveis relacionadas à liberdade individual, à dignidade humana e à garantia dos direitos fundamentais.

O magistrado, enquanto guardião desses valores, possui a capacidade de interpretar o caso concreto com sensibilidade e de aplicar a lei com a devida subjetividade, algo que a inteligência artificial, por mais avançada que seja, não é capaz de reproduzir integralmente.

Assim, a inteligência artificial deve ser vista como uma ferramenta que complementa, e não substitui, o julgamento crítico e humano, uma vez que fatores subjetivos e emocionais também desempenham um papel essencial na interpretação dos fatos e na aplicação da lei.

A aplicação indiscriminada de algoritmos, sem uma rigorosa supervisão humana, pode incorrer no risco de perpetuar vieses discriminatórios historicamente enraizados nos dados utilizados para o treinamento dessas ferramentas. As decisões judiciais envolvem uma ampla gama de fatores que ultrapassam a simples aplicação de normas jurídicas; elementos contextuais, históricos e sociais precisam ser considerados. A tecnologia, ao limitar-se a padrões de dados e precedentes, corre o risco de desumanizar o processo judicial, convertendo a justiça em um processo puramente técnico.

Para evitar que o progresso tecnológico reforce desigualdades e injustiças, é fundamental implementar mecanismos robustos de controle e regulação, que garantam a transparência dos algoritmos, a proteção de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a ferramenta deve estar amparada por um marco legal adequado, que a oriente pelos princípios fundamentais do sistema jurídico, assegurando uma gestão jurisdicional eficiente, célere e de qualidade.

Outrossim, é indispensável que a incorporação da inteligência artificial no sistema de justiça penal seja acompanhada de uma formação contínua dos operadores do Direito, capacitando-os a compreender e manejar adequadamente as novas tecnologias, sempre com vistas à preservação da justiça, da equidade e dos direitos humanos.

Somente por meio de uma regulação criteriosa e da supervisão responsável será possível garantir que os avanços proporcionados pela inteligência artificial sejam efetivamente integrados ao processo penal, sem comprometimento das garantias constitucionais que regem o devido processo legal.

Por fim, a construção de um marco regulatório sólido para o uso da IA no processo penal não só permitirá o seu uso ético e eficaz, mas também contribuirá para fortalecer a confiança pública no sistema de justiça. A transparência e a responsabilidade, asseguradas por essa regulação, permitirão que o avanço tecnológico ocorra de forma a equilibrar inovação e



proteção dos direitos fundamentais. Somente dessa forma será possível garantir que a inteligência artificial se torne uma verdadeira aliada na busca por um sistema de justiça penal mais justo, eficiente e equitativo, sempre respeitando os princípios do Estado Democrático de Direito.

Em conclusão, a inteligência artificial, quando utilizada como ferramenta auxiliar à função jurisdicional, possui o potencial de aprimorar a eficiência e a eficácia do sistema de justiça penal. Contudo, a sua implementação deve ser pautada por parâmetros éticos e regulatórios que resguarde os direitos fundamentais e assegurem que a justiça, como valor primordial, continue a ser aplicada de forma equitativa e transparente. A tecnologia deve servir ao Direito, e não o contrário, garantindo que o progresso seja sempre orientado pela observância dos direitos humanos e pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BACAYUVA, Marcela; PAIVA, Rebecca de Souza. **Uso da IA no sistema de Justiça é um dos grandes desafios do século**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-05/uso-da-ia-no-sistema-de-justica-e-um-dos-grandes-desafios-do-seculo/>. Acesso em: 18set.2024.

BARROSO, Luiz Roberto. **Inteligência Artificial: Riscos Éticos, Econômicos e Eleitorais**. 12a edição do Fórum Jurídico de Lisboa, em Portugal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/06/discurso-do-ministro-luis-roberto-barroso-forum-de-lisboa.pdf>. Acesso em: 18set.2024.

BARROSO, Luiz Roberto. **VI Encontro Nacional sobre Precedentes Qualificados: Construção Cooperativa do Sistema de Precedentes**. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-set-09/precedente-nao-e-escolha-filosofica-ou-ideologica-e-a-unica-alternativa-diz-barroso/>. Acesso em: 22out.2024.

DORA, Daniela Eilberg; SANTOS, Jádía Larissa Timm dos. *In*: "Derecho público y privado ante las nuevas tecnologías - **Velhos preconceitos mascarados de verdades científicas**: como a inteligência artificial no processo penal pode ser tendenciosa. Madrid: Dykinson, 2020-Casalini.

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligência artificial e o processo judicial**. Salvador: Juspovidim, 2023.

FIDALGO, Sonia. **A utilização de inteligência artificial na obtenção de prova digital em processo penal**. Instituto Jurídico. Faculdade de Direito. Coimbra: Universidade de Coimbra. Dec-2022.

GUIMARAES, Rodrigo Régner Chemim. A Inteligência Artificial e a disputa por diferentes caminhos em sua utilização preditiva no processo penal. **Rev. Bras. de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 5, n. 3, p. 1555-1588, set.-dez. 2019.

MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial.

Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 154-180, jan-jun.

MARTÍN, Nuria Belloso. Algoritmos predictivos al servicio de la justicia: ¿una nueva forma de minizar el riesgo y la incertitumbre. *In:* NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erick Navarro (orgs). **Inteligência artificial e Direito Processual: os impactos da virada tecnológica no Direito Processual.** Salvador: Juspodivm, 2022.

MIRANDA, Anabela Miranda Rodrigues. **Inteligência Artificial no Direito Penal - a justifica preditiva entre a americanização e a europeização.** Coimbra: Grupo Almedina, Pons, 2018.

PARCIONIK, Joel Ilan. **IA deve ser usada com parcimônia no que se refere ao processo penal, diz Paciornik.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-17/ia-usada-parcimoniam-processo-penal-paciornik/>. Acesso em: 17 set.2024.

ROSA, Alexandre Moraes da; CANI, Luiz Eduardo. **O uso de inteligência artificial no processo penal é compatível com a oralidade?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-18/limite-penal-uso-inteligencia-artificial-processo-penal>. Acesso em: 17 set.2024.

SALOMÃO, Luis Felipe; TAUKE, Caroline Somesom. Inteligência artificial no judiciário brasileiro: estudo empírico sobre algoritmos e discriminação. **Revista Diké** (Uesc), v. 22, n 23, p. 02-32, jan./jun. 2023.

SOUZA, Suzana Aires de. Um direito penal desafiado pelo desenvolvimento tecnológico: alguns exemplos a partir das neurociências e da inteligência artificial. **Revista Defensoria Pública da União**, Brasília, DF n.14, p. 1-310, Jul/Dez. 2020.



A (IN)EFETIVIDADE DA LEI N.º 7.716/89 NO COMBATE AO RACISMO

Carla Soares Coutinho

Graduada pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada.

Resumo – persiste no Brasil, mesmo após mais de um século da abolição da escravatura, reflexos estruturais do sistema escravista. Dessa forma, o combate ao racismo deve ser pauta constante em todas as esferas de poder. A Constituição de 1988, chamada de "Constituição Cidadã", tem como um de seus objetivos promover o bem de todos, sem preconceito de raça ou de cor, além de repudiar o racismo. Diante desse mandamento, questiona-se se a Lei nº 7.716/89 e suas atualizações contribuem efetivamente para a mudança desse paradigma social, analisando se as sanções estabelecidas são suficientes para atingir a tríplice função da pena, notadamente a prevenção geral, e como a inclusão da injúria racial no gênero racismo altera esse cenário.

Palavras-chave – Direito Penal. Lei nº 7.716/89. Combate ao Racismo. Injúria Racial.

Sumário – Introdução 1. A tríplice finalidade da pena e a sua contribuição para a efetividade na lei penal. 2. Os parâmetros utilizados pelo legislador na Lei nº 7.716/89 como desestímulo à prática do crime de racismo. 3. As recentes modificações na Lei Caó e suas contribuições para a mudança de paradigma no combate ao racismo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa que trata da lei de combate ao racismo e suas alterações, tem como objetivo analisar a efetividade da Lei nº 7.716/89, como ferramenta eficaz para promover a mudança de paradigma no combate ao racismo pós-constituição de 1988. A análise inclui as recentes alterações na referida lei, dentre elas, a introdução da injúria racial como uma espécie do gênero racismo, o que a tornou inafiançável e imprescritível.

Para esse fim, na abordagem foi utilizada a metodologia qualitativa, com foco na exposição das características de institutos jurídicos como, as teorias que tratam da finalidade da pena e sua relação com a eficácia social da norma. Quanto ao objetivo, a pesquisa é explicativa, pois busca apurar e comparar os parâmetros sancionatórios abstratos utilizados pelo legislador para conferir (in)efetividade à norma penal objeto do estudo. Para tanto, recorre-se ao procedimento da pesquisa bibliográfica, notadamente no que diz respeito à análise da lei, da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

A prática do racismo, em suas diversas modalidades e subdivisões, constitui um crime que viola profundamente a dignidade da pessoa, levando o indivíduo a questionar o próprio valor como ser humano. No primeiro capítulo, são apresentados conceitos

relacionados às teorias da finalidade da pena e a eficácia da norma, fazendo um paralelo entre a eficácia social e a finalidade da prevenção geral.

O Estado tem atuado, no âmbito administrativo, na criação de políticas públicas voltadas para a promoção da igualdade, como as ações afirmativas, a exemplo da política de cotas raciais para ingresso em universidades e em cargos públicos. Ao Poder Judiciário, cabe a missão de conferir efetividade à norma penal, interpretando-a e aplicando-a à luz dos objetivos e princípios constitucionais. Já ao legislador infraconstitucional compete cumprir o mandamento constitucional por meio da criação de norma específica, alinhadas à relevância que a Constituição atribuiu ao combate ao racismo.

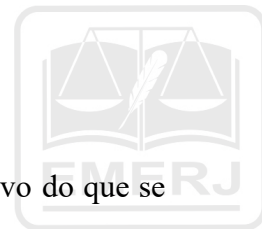
O segundo capítulo aborda os parâmetros sancionatórios utilizados pelo legislador para o crime de racismo, avaliando se eles são razoáveis e proporcionais quando comparados a outros delitos, como o de furto em concurso de pessoas e o abandono de animais. Observa-se o cumprimento formal do mandamento constitucional, com a edição da lei após um ano da promulgação da Constituição. Contudo, discute-se se, do ponto de vista material, a normativa foi suficiente para alcançar o objetivo constitucional.

O último capítulo aponta algumas modificações legislativas que, em um primeiro momento, sugerem o início de uma mudança de paradigma no combate ao racismo. Entre essas alterações, ressalta-se a introdução do §3º ao artigo 140 do Código Penal, pela Lei nº 9.459 de 1997, que qualificou a injúria racial quando praticada com base na utilização de elementos referentes à raça, cor ou etnia.

Outra importante modificação analisada no último capítulo foi a introduzida pela Lei nº 14.532, de 2023, que incluiu a injúria racial como uma modalidade de racismo, após uma decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. O capítulo também discute as consequências dessa inclusão e os possíveis reflexos na efetividade da norma para o cumprimento do mandamento constitucional.

1. A TRÍPLICE FINALIDADE DA PENA E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVIDADE DA LEI PENAL

O Estado desde sempre recorreu ao Direito Penal como instrumento de controle social, embora existam alternativas menos gravosas para regular a convivência humana. Conforme ideia aristotélica o homem é um ser naturalmente social e a pacificação, desejada pelo Estado e pelos indivíduos, exige, entre outros fatores, que a norma penal seja efetiva.



Uma análise mais acurada da efetividade da norma penal, passa pelo crivo do que se entende por finalidade da pena, haja vista que “a concepção de direito penal está intimamente relacionada com os efeitos que ele deve produzir, tanto sobre o indivíduo que é o objeto da persecução estatal, como sobre a sociedade na qual atua.”¹

A finalidade da pena é objeto de grandes discussões desde a Idade Média. Nas concepções modernas do direito penal, a finalidade está intimamente relacionada às teorias da pena. Na passagem de uma concepção retributiva para uma concepção preventiva, há três principais teorias que se debruçam sobre essas finalidades: a) as teorias absolutistas ou retribucionistas; b) as teorias relativas (prevenção geral e prevenção especial) e; c) as teorias unificadoras ou ecléticas.²

Cezar Roberto Bitencourt em seu Tratado de Direito Penal ensina que para as teorias absolutistas, que têm entre seus defensores dois grandes pensadores como Kant e Hegel, a imposição da pena é um castigo, é a maneira de compensar o delito, é a retribuição do mal causado pelo delinquente como ideia de justiça. Com a ruptura do estado absolutista e o desenvolvimento do capitalismo, a pena não mais se fundamenta na religião e passa a ter caráter retributiva à violação da ordem jurídica.³

Diferente das teorias absolutistas, que entendem a pena como retribuição a um ato pretérito, as teorias relativistas ou preventivas, também conhecidas como utilitaristas, veem a pena como um instrumento de prevenção, com finalidade inibitória às práticas de delitos futuros. Explica Cezar Bitencourt, “para a teoria da prevenção geral, a ameaça da pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos”⁴. O desenvolvimento dessas teorias se divide em duas vertentes: a prevenção geral e a prevenção especial, que se subdividem em positiva e negativa.

Na vertente da prevenção geral negativa a pena se direciona a coletividade, ou seja, a pena imposta a um indivíduo deve agir no psicológico dos demais membros da sociedade de tal modo que o de desestime a prática delitiva. Já para a vertente da prevenção geral positiva o intuito não é intimidatório⁵. A imposição da pena visa o reforço coletivo da vigência da lei (existência, validade e eficácia), vale dizer, manifestar a higidez e estabilidade da ordem jurídica, pela aplicação da lei.

¹ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**: parte geral. v.1. Disponível em: Minha Biblioteca, (30th edição). Grupo GEN, 2024. p.109. <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629325/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

² CUNHA, Rogério S. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

³ BITENCOURT, *op. cit.*

⁴ *Ibid.*, p.123.

⁵ *Ibid.*, p.125-126.

Noutro giro para a vertente da prevenção especial, o foco não é o grupo social. A pena tem como fim a figura do próprio condenado. Em uma perspectiva especial negativa, a pena se ocupa de evitar que o agente reitere na prática criminosa, evitando assim a reincidência. De outra sorte, na perspectiva especial, positiva a pena tem por fim devolver à sociedade um indivíduo socializado, visa, portanto, a ressocialização do delinquente⁶.

A terceira teoria, conhecida como unificadora, mista ou eclética, é a responsável por reunir os principais aspectos da teoria absolutista e relativas. Signatários dessa teoria entendem não ser possível dissociar da pena uma finalidade da outra. De modo que a aplicação da sanção penal é ao mesmo tempo, uma retribuição ao delinquente pela prática do delito e uma prevenção à realização de novos delitos (prevenção geral e especial).⁷

Não obstante, às teorias destacadas, é importante trazer a lume ainda a moderna vertente da prevenção geral positiva, que se divide na fundamentadora de Welzel e Jakobs, que concebem a pena como um reforço dos valores contidos na norma e na vertente limitadora, capitaneada por Hassemer e Roxin.⁸

Sob esse último aspecto, a prevenção geral se fundamenta na limitação do poder punitivo em um Estado de Direito, impedindo, por exemplo, o aumento de pena sobre o pretexto de ressocialização do indivíduo. Embora plausível e recomendável essa perspectiva, dever ser equilibrada com a necessidade de garantir a efetividade do comando normativo penal. Nesse sentido, Bitencourt destaca:

[...] a diminuição da pena e/ou sua diversificação em prol da ressocialização encontram, contudo, como limite, a necessidade de estabilização do sistema (prevenção geral positiva), de modo que apesar da clara tendência de reduzir a intensidade da intervenção estatal, esta não pode resultar na completa frustração da eficácia preventivo-geral da pena [...].⁹

O sistema jurídico brasileiro, segundo entendimento majoritário, adotou, com base no art. 59 do Código Penal, a teoria mista da pena.¹⁰ No sistema adotado, pode ser extraído de forma sintetizada que a aplicação da pena como resposta estatal ao infrator tem três finalidades: retribuir o mal causado pelo infrator; prevenir a reincidência em novos crimes, intimidar e desestimular outros indivíduos; ressocializar e reeducar o indivíduo.

Guilherme de Souza Nucci resume ainda:

⁶ CUNHA, Rogério S. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

⁷ *Ibid.*, p.514-516.

⁸ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral**. v.1. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629325/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

⁹ *Ibid.* p.140.

¹⁰ CUNHA, *op. cit.*



[...] na realidade, em nosso entendimento, a pena possui caráter multifacetado, implicando retribuição, o que continua a imperar no inconsciente coletivo da sociedade, bem como no próprio texto legal (art. 59, CP), além de significar prevenção geral positiva (reafirmação dos valores e da efetividade do direito penal) e negativa (intimidação à sociedade) e prevenção individual positiva (reeducação) e negativa (retirada do condenado do convívio social quando necessário).[...]¹¹

Para Cunha, cada uma dessa tríplice finalidade será observada em momentos diferentes e específicos. A prevenção geral se apresenta quando o legislador tipifica uma conduta como crime, lhe cominando uma sanção penal em abstrato. Ao estabelecer no preceito secundário o mínimo e o máximo da pena, a validade da norma é reafirmada e o cidadão é desencorajado a prática delitiva, observadas neste caso a prevenção geral positiva e a negativa respectivamente. Praticado o delito, cabe ao magistrado a observância da finalidade retributiva e da preventiva especial.¹²

Compreendidas as finalidades da pena como ferramenta de controle social, é essencial resumir o processo de criação das normas em três planos: existência, validade e eficácia. Embora não seja o foco tratar da existência e validade, que dizem respeito aos critérios formais e materiais na criação e publicação das normas, destaca-se o plano da eficácia, que se divide em jurídica e social, pois é no campo da eficácia que as finalidades da pena influenciam com mais clareza a efetividade da norma e vice-versa.

A eficácia da norma, para Norberto Bobbio está intimamente ligada à sua aceitação pela sociedade em que está inserida.¹³ Para Miguel Reale, diferente da compulsoriedade imposta pela validade formal da norma, a eficácia se refere à aplicação ou execução da norma, é a adesão espontânea no meio social. Segundo o autor: “O Direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz.”¹⁴. Nesse contexto a eficácia jurídica pode ser entendida como a aptidão da norma em produzir seus efeitos no mundo jurídico.

Noutro giro, a eficácia social está relacionada à capacidade da norma de surtir seus efeitos no meio social. Não por outra razão, a eficácia em seu plano social ordinariamente vem sendo traduzida ou associada à efetividade da norma.

¹¹ NUCCI, Guilherme de S. **Código Penal Comentado**. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994310/epubcfi/6/24\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml12\]/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994310/epubcfi/6/24[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml12]/4). Acesso em: 20 ago. 2024

¹² CUNHA, Rogério S. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p.515-516.

¹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffé. São Paulo: EDIPRO, 2001. p. 47- 48.

¹⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.104

Em outros termos, uma norma pode ser considerada efetiva quando observada por seus aplicadores e destinatários e produz os efeitos práticos que dela se espera. A teoria mista adotada no sistema penal brasileiro ao menos formalmente contribui para essa efetividade, haja vista a determinação legal de observância da tríplice finalidade pelo meio social quando da sua criação e execução.

Nesse sistema, para tanto o legislador quando da criação deve ser capaz de tipificar a conduta de forma objetiva e lhe cominar sanção adequada para que sua aplicação seja efetiva e capaz de atender a prevenção geral, ou seja, deve ser suficiente para que o meio social entenda de forma clara a conduta tipificada como crime e a pena em abstrato deve ser adequada ao bem jurídico que se pretende proteger.

No preceito secundário, em que se baliza o mínimo e o máximo da pena, a previsão deve ser apta a desencorajar os cidadãos à prática da conduta, reafirmando a validade da norma e atendendo a sua finalidade preventiva geral, positiva e negativa. Ao judiciário cabe a missão de aplicação da norma de modo a torná-la efetiva por meio da observação da finalidade retributiva e da prevenção especial.

É possível vislumbrar que o Estado não deve, por meio da pena, usar um condenado para alcançar fins escusos, contudo a não intervenção do Estado de forma adequada pode gerar a ineficácia da norma penal, tornando-a uma mera folha de papel.

2. OS PARÂMETROS UTILIZADOS PELO LEGISLADOR NA LEI N.º 7.716/1989 COMO DESESTÍMULO À PRÁTICA DO CRIME DE RACISMO

Para uma melhor compreensão da análise desse capítulo, importante traçar um panorama histórico, ainda que sucinto. A Lei nº 1.390 de 3 de julho de 1951,¹⁵ conhecida como lei Afonso Arinos, foi a primeira lei brasileira a tratar do racismo. Um marco importante para a época, porém sem nenhuma gravidade prática, tendo em vista que a conduta foi capitulada como uma contravenção penal sem previsão de condenação.

Trinta anos mais tarde, foi aprovado o projeto de Lei nº 7.437 de 20 de dezembro de 1985,¹⁶ que ampliou a lei Afonso Arinos. Considerado como mais uma vitória do movimento da época, entretanto sem efeitos relevantes diante da gravidade do assunto.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951.** Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985.** Inclui, entre as contravenções penais, a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de



Com a promulgação da Constituição Federal de 1988,¹⁷ considerada uma constituição cidadã, o crime de racismo tornou-se expressamente inafiançável, imprescritível e sujeito a pena de reclusão. Considerando que esses institutos são exceções no direito penal, extrai-se que o constituinte originário quis que o legislador infraconstitucional desse tratamento diferenciado e mais gravoso ao combater o racismo por meio do direito penal, haja vista a importância do bem jurídico tutelado.

Conferindo efetividade aos comandos constitucionais, em 5 de janeiro de 1989, foi aprovado o projeto de Lei nº 7.716¹⁸, de autoria do então deputado e militante do movimento negro Carlos Alberto Oliveira dos Santos, o Caó. A lei ficou conhecida por seu nome e suas demais alterações ampliaram o seu alcance, tornando mais gravosas as sanções, que passaram a prevê pena de reclusão.

Destaca-se que, durante quase quarenta anos, período em que vigorou a primeira lei que tratava de racismo, em caso de condenação, o crime era punido com detenção. Isso significava, em regra, que o infrator iniciava o cumprimento da pena em regime semiaberto, o que na prática, implicava uma série de benefícios para o infrator e um desestímulo ao cumprimento da norma. A alteração da sanção para pena de reclusão, em princípio, tornou a punição mais gravosa, pois, nesse caso é possível que o cumprimento da pena se inicie em regime fechado.

Superado esse panorama histórico, serão analisados, de forma sintetizada e comparativa, se os parâmetros utilizados pelo legislador infraconstitucional são suficientes para desestimular a conduta e, assim, alcançar a efetividade que se espera da norma, sem considerar neste primeiro momento as alterações introduzidas pela Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023¹⁹.

É cediço que o bem jurídico tutelado no crime de racismo é a igualdade, consagrada no texto constitucional como um dos direitos individuais mais importantes e pressuposto do

julho de 1951 - Lei Afonso Arinos. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.

¹⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2024.

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial, prever pena de suspensão de direito em caso de racismo praticado no contexto de atividade esportiva ou artística e prever pena para o racismo religioso e recreativo e para o praticado por funcionário público. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.

princípio da dignidade humana. O crime de racismo se materializa na conduta discriminatória dirigida à coletividade ou grupo de pessoas. Rogério Sanches sintetiza: “o racismo previsto na Lei nº 7.716/89, pressupõe-se sempre uma espécie de segregação (marginalizar, pôr à margem de uma sociedade) em função da raça ou da cor”²⁰.

Tomando por base que no Brasil a segregação racial ocorre, em sua maioria, de forma velada, é difícil, em determinadas circunstâncias, demonstrar no campo probatório que se está diante de uma conduta delitiva.

A título de exemplo, o inciso II, §1º, do artigo 4º da Lei Caó²¹ prevê como conduta típica, impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional em empresa privada. Contudo, não é raro que pessoas deixem de ser selecionadas ou não consigam ascender a cargos mais promissores por questões étnico-raciais, disfarçadas sob argumentos diversos e inverídicos.

Mesmo a conduta acessória prevista no *caput* do art. 20 da lei, embora tipificada como crime autônomo por uma questão de opção de política criminal, é residual, ou seja, só se aplica quando a conduta não se enquadra em outro tipo específico. Além de demasiadamente genérica.²²

Sobre essas dificuldades, ressalta Santos:

[...] a maioria das denúncias de crimes de preconceito e discriminação racial não se converte em processos criminais e, dos poucos processados, um número ínfimo de perpetradores dos crimes é condenado. A falta de uma investigação diligente, imparcial e efetiva, a discricionariedade do promotor para fazer a denúncia e a tipificação do crime – que exige que o autor, após a prática do ato discriminatório, declare expressamente que sua conduta foi motivada por razões de discriminação racial – são fatores que contribuem para a denegação de justiça e a impunidade no que diz respeito aos crimes raciais. [...] ²³

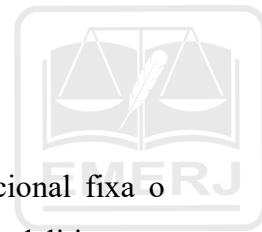
Extraí-se desse aspecto que as condutas descritas na lei se mostram um tanto quanto insuficientes, haja vista a dificuldade do seu enquadramento. Essa ausência de objetividade na previsão normativa prejudica, pelo menos em alguma medida, a finalidade da prevenção geral do direito penal.

²⁰ CUNHA, Rogério Sanches, **Manual de Direito Penal**, V. Único, Salvador: JusPodivm, 2021, p.93.

²¹ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

²² SANNINI, Francisco. **Crime de racismo não admite participação, mas apenas autoria**. 29 de março de 2024, 13h23. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-mar-29/crime-de-racismo-nao-admite-participacao-mas-apenas-coautoria/>. Acesso em: 07 ago. 2024.

²³ SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. **Direitos Humanos e as Práticas de Racismo**. Brasília: Câmara, 2013, p.237, *apud* SERTÃO, Silvano Antonio de Oliveira, Da (in)eficácia das normas antirracismo no Brasil. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/da-in-eficacia-das-normas-antirracismo-no-brasil.htm#indice_10. Acesso em: 07 ago.2024.



No tocante ao preceito secundário, em que o legislador infraconstitucional fixa o mínimo e o máximo da pena a ser imposta, a finalidade é desestimular a conduta delitiva por meio da previsão em abstrato, conforme o que se afirma na prevenção geral negativa²⁴. Todavia, não é o que se extrai dos dispositivos supramencionados quando da análise dos parâmetros quantitativos utilizados pelo Estado no seu poder de legislar e dever constitucional de enfrentamento ao racismo.

A título de exemplo, tomando por base o preceito secundário do *caput* do art.20 da lei em comento,²⁵ cuja pena de reclusão é de 1 a 3 anos e multa, verifica-se que, ao ser comparado à pena do crime de furto em concurso de agentes (art. 155, §4º, inciso IV, do Código Penal)²⁶ cuja pena é de 2 a 8 anos e multa, ou à do crime de maus-tratos de animais (art. 32, §1º-A da Lei n.º 9.605 de 12 de fevereiro de 1998)²⁷ cuja pena é de 2 a 5 anos de reclusão, mais multa e proibição da guarda do animal, a pena para o crime de racismo se mostra ínfima diante da relevância do bem jurídico a ser protegido.

Não se nega a importância da proteção ao direito de propriedade, que, inclusive, está previsto na Constituição de 1988 como um dos direitos fundamentais (art. 5º, XXII)²⁸. Tampouco se olvida da relevância da proteção aos animais, assegurados no art. 225, §1º, inciso VII, da Constituição.²⁹

Todavia observar-se que se duas ou mais pessoas se unirem para furtar uma bicicleta, o Código Penal prevê no preceito secundário uma pena de reclusão de 2 a 8 anos. De outra sorte, se uma ou dez pessoas se unirem para praticar, induzir ou incitar a discriminação, a pena é de reclusão de 1 a 3 anos.

Em outros termos, é mais benéfico, do ponto de vista jurídico, para o infrator se unir a outro para praticar um crime contra um grupo de pessoas ou coletividade do que para furtar a bicicleta de um único indivíduo. Essa desproporção não é razoável, pois ao fim e ao cabo,

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches, **Manual de Direito Penal**. V. Único. Salvador: JusPodivm, 2021, p.93.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

²⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul.2024.

²⁹ *Ibid.*

sugere uma mensagem negativa e desumana, qual seja, o negro no Brasil parecia estar mais protegido quando era considerado um patrimônio do seu senhor do que agora em liberdade.

Do mesmo modo, a pena prevista para quem pratica atos de abuso, entendidos como falta de proteção, descuido ou abandono, contra um cão ou gato é equivalente à sanção prevista para quem obsta ou nega emprego ou ascensão profissional por questões étnico-raciais. Além disso, é maior do que a aplicada ao agente que incita atos de discriminação ou preconceito.

Essa desproporção não apenas conduz a uma conclusão negativa, mas também perversa de que, na sociedade brasileira, um cão parece estar mais protegido do que um grupo específico de pessoas. Vale destacar que essas pessoas representam 56% da população do país, segundo o senso do IBGE de 2022.³⁰

Não se desconhece que a *ultima ratio* como princípio norteador do direito penal, se traduz como última ferramenta a ser utilizada na pacificação social. Contudo, o direito penal, ao ser invocado, deve ser suficiente para atingir as finalidades a que se propõe. Razão pela qual seus preceitos devem ser efetivamente capazes de, atendendo à teoria mista adotada pelo Código Penal pátrio, prevenir e retribuir o injusto.

Forçoso concluir que, nesse aspecto, o legislador infraconstitucional andou mal na ponderação dos parâmetros para a tipificação e a fixação da sanção penal. De modo que não é possível afirmar a efetividade da norma como foi posta.

Primeiro, porque não há uma adesão espontânea à norma por parte da sociedade brasileira, cuja formação histórica está marcada por um racismo estrutural e institucional. Segundo, porque, tratando-se de adesão compulsória, a norma, como está posta é de difícil aplicação, evidenciadas pelo número ínfimo de condenações ao longo de mais de 30 anos de vigência. Além disso, os parâmetros utilizados não geram uma retribuição penal adequada, e, portanto, incapazes de impactar o psicológico da sociedade brasileira de maneira eficaz e gerar o desestímulo desejável à prática ou reiteração da conduta.

³⁰ AGÊNCIA IBGE. **Censo 2022:** pela primeira vez, desde 1991, a maior parte da população do Brasil se declara parda. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38719-censo-2022-pela-primeira-vez-desde-1991-a-maior-parte-da-populacao-do-brasil-se-declara-parda#:~:text=Em%202022%2C%20cerca%20de%2092,0%2C4%25\)%2C%20amarelas](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38719-censo-2022-pela-primeira-vez-desde-1991-a-maior-parte-da-populacao-do-brasil-se-declara-parda#:~:text=Em%202022%2C%20cerca%20de%2092,0%2C4%25)%2C%20amarelas.). Acesso em: 08 ago. 2024.



3. AS RECENTES MODIFICAÇÕES NA LEI CAÓ E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA A MUDANÇA DE PARADIGMA NO COMBATE AO RACISMO

Como já mencionado, o crime de racismo, enquanto forma de segregação direcionada à coletividade, enfrenta desafios em sua aplicação, tanto pela dificuldade de subsunção do fato à norma quanto pela comprovação do dolo específico do agente. A Lei Caó, após a Constituição de 1988, passou por importantes alterações destacando-se, no presente, as modificações introduzidas pela Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997³¹ e a mais recente pela Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023³².

A Lei nº 9.459/97 destaca-se por caracterizar claramente os atos de discriminação ou preconceito em razão da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional como crime. Antes dessa alteração, previa-se como conduta típica de forma genérica o preconceito de raça e de cor.

Além de genérica, observa-se uma atecnia legislativa, uma vez que o preconceito, entendido como uma opinião negativa em relação a uma pessoa, coisa, ou grupo de pessoas, está restrito ao campo das ideias, ou seja, dentro do *inter criminis* estaria na fase da cogitação, o que é impunível no direito penal brasileiro. Diferentemente, a discriminação é caracterizada por qualquer forma de exteriorização desse preconceito.

Além dessa caracterização, a lei introduziu o §3º ao artigo 140 do Código Penal, qualificando a injúria, antes genérica, quando “consistente na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião ou origem”³³.

Ressalte-se que, até 1997, o agente que ofendia uma pessoa se utilizando negativamente esses elementos não respondia pelo crime de racismo, pois não se considerava que a ofensa dirigida a uma única vítima pudesse atingir a coletividade que o tipo penal visava proteger. Nesse caso, o agente, quando muito, respondia pelo delito do *caput* do art. 140 do Código Penal³⁴.

Ao analisar sobre a qualificadora, Guilherme Nucci pondera:

³¹ BRASIL. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 01 set. 2024.

³² BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 01 set. 2024.

³³ BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

³⁴ *Ibid.*

[...] esta figura típica foi introduzida pela Lei 9.459/97 com a finalidade de evitar as constantes absolvições que vinham ocorrendo de pessoas que ofendiam outras, através de insultos com forte conteúdo racial ou discriminatório, e escapavam da Lei 7.716/89 (discriminação racial) porque não estavam praticando atos de segregação.[...] ³⁵

Tendo em conta que as ofensas de cunho racial são comumente dirigidas a uma pessoa, deve-se reconhecer a importância da introdução da qualificadora do §3º ao artigo 140 do Código Penal³⁶, como uma contribuição legislativa para conferir efetividade ao mandamento constitucional e ao princípio regente da República Federativa do Brasil de repúdio e combate ao racismo.

Não obstante os avanços normativos no tocante a tipificação introduzidos pela lei, o legislador caminhou mal, mais uma vez, na escolha dos parâmetros normativos, criando uma reprimenda menor que a prevista anteriormente no art. 20 da Lei nº 7.716/89³⁷, de 2 a 5 anos de reclusão, para 1 a 3 anos de reclusão e multa.

Diferente do crime de racismo, a injúria racial caracteriza-se pela ofensa à honra subjetiva da vítima, atribuindo-lhe qualidade negativa, utilizando-se de elementos relativos à raça, cor, etnia, religião ou origem.³⁸ A qualificação da injúria nesse contexto permite penalizar ofensas racistas não abarcadas pela Lei nº 7.716/89 de forma mais severa, considerando a proteção da dignidade da pessoa humana.

Embora qualificado, o crime de injúria permaneceu até o ano de 2021, condicionado à representação, prescritível e afiançável. Em regra, significa que, uma vez preso em flagrante, o agente poderia fazer uso da fiança arbitrada pela própria autoridade policial, tendo em vista o máximo da pena de três anos prevista no preceito secundário.

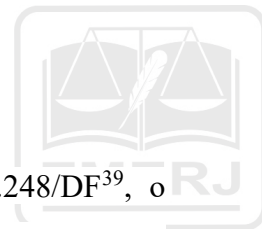
Além disso, era necessário a representação dentro do prazo decadencial de 6 meses, para que fosse instaurado o inquérito policial. Em caso de mora do Estado, a pretensão punitiva perecia no tempo, o que não raro ocorria.

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**, 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, E-book.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

³⁸ MASSON, Cleber, **Direito Penal Parte Especial: esquematizado**, v.2, 7. ed. São Paulo: Método, 2015, Ebook.



Porém, em decisão emblemática em outubro de 2021 no HC 154.248/DF³⁹, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a injúria racial como uma espécie de racismo e, portanto, imprescritível. A decisão foi alvo de críticas por se tratar de analogia *in malam partem*, o que é vedado no direito penal brasileiro devido o princípio da legalidade previsto no art.5º, inciso II, da Constituição Federal⁴⁰.

Embora a decisão do Supremo possa ser criticada, algumas passagens dos votos dos ministros merecem destaque, pois evidenciam o compromisso constitucional no combate ao racismo. O ministro Alexandre de Moraes aduz ser possível a equiparação para conferir efetividade à norma penal “promovendo uma espécie de compensação pelo tratamento aviltante dispensado historicamente à população negra no Brasil e viabilizando um acesso diferenciado à responsabilização penal daqueles que, tradicionalmente, vêm desrespeitando os negros”⁴¹.

Na mesma esteira afirma o ministro Luís Roberto Barroso “Não podemos ser condescendentes com essa continuidade de práticas e de linguagem que reproduzem o padrão discriminatório”⁴², acompanhado pelo ministro Luiz Fux, que acrescenta “As normas constitucionais dessa sociedade, que já foi escravocrata durante 400 anos e um péssimo exemplo para todo o mundo, só se podem tornar efetivas através não só da previsão em abstrato, mas da punição”⁴³.

Corroborando com a decisão do Supremo Tribunal Federal, a mais recente modificação legislativa introduzida pela Lei nº 14.532 de 11 de janeiro de 2023⁴⁴ tipificou a injúria racial como crime de racismo. O legislador, diante dos constantes ataques racistas em competições esportivas, notadamente em partidas de futebol, incluiu ainda a pena de suspensão de direito caso a prática ocorra em contexto esportivo.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Habeas Corpus 154.248/DF**. *Habeas Corpus*. Matéria Criminal. Injúria Racial (art. 140, §3º, do Código Penal). Espécie do gênero racismo. Imprescritibilidade. Denegação da ordem. Relator: Ministro Edson Fachin, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em 01 set. 2024.

⁴⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul.2024.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Habeas Corpus 154.248/DF**. *Habeas Corpus*. Matéria Criminal. Injúria Racial (art. 140, §3º, do Código Penal). Espécie do gênero racismo. Imprescritibilidade. Denegação da ordem. Relator: Ministro Edson Fachin, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em 01 set. 2024.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial [...] Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.

Com essa modificação, a injúria racial passa a ser expressamente considerada uma modalidade de crime de racismo, aplicando-se, conseqüentemente, os mandamentos constitucionais de imprescritibilidade e inafiançabilidade. Além da pena mais gravosa, a ação penal passa a ser incondicionada, vale dizer, independe da representação do ofendido

Em uma análise sucinta do panorama prático dessas modificações na Lei Caó, observa-se que a regra no direito penal é a prescrição, ou seja, a perda do direito estatal de punir o indivíduo pelo decurso do tempo, como uma forma de limitação ao seu poder punitivo. A imprescritibilidade, a contrário sensu, revela a possibilidade de o agente ser punido a qualquer tempo. Trata-se de exceção constitucional prevista em casos específicos, entre as quais se encontra a prática do crime de racismo.

Dessa forma, é plausível reconhecer que a imprescritibilidade, à luz da prevenção geral positiva, contribui para a efetividade da norma. Isso porque, em uma sociedade estruturalmente racista como a brasileira, o conhecimento de que, uma vez praticada a conduta, o agente pode ser punido a qualquer tempo mina, em certa medida, a certeza da impunidade, decorrente da inércia estatal.

Noutro giro, a inafiançabilidade, que impossibilita a arbitragem da fiança para que o ofensor possa responder ao processo em liberdade, não significa que ele será levado a cárcere. Dado que, nos termos do art. 321 do Código Penal⁴⁵, caso não estejam preenchidos os requisitos para a decretação da prisão preventiva, a liberdade provisória se impõe. Nesse cenário, embora seja vedado o arbitramento de fiança, o agente poderá livrar-se solto sem a necessidade de pagar fiança, desde que ausentes os requisitos para a prisão preventiva.

No tocante à ação penal incondicionada à representação, trata-se de uma decorrência lógica do interesse do Estado em combater as práticas racistas. De modo que, o desinteresse do ofendido ou até mesmo a sua desistência não exclui o dever ministerial de prosseguir com a persecução penal. Isso, certamente também contribui para a efetividade da norma.

No que se refere ao aumento da pena que passou a ser de reclusão de 2 a 5 anos e multa, também foi uma importante modificação introduzida pela legislação, haja vista que diante desse novo parâmetro há um deslocamento da competência para processar e julgar a conduta do Juizado Especial Criminal, para a justiça comum.

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.



Esse deslocamento do juízo sumaríssimo para a justiça comum implica regra geral a impossibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores, como a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, todos previstos na Lei nº 9.099/95⁴⁶.

Todavia, mesmo com todas as modificações feitas na legislação e os parâmetros utilizados pelo legislador, não há nenhuma vedação legal para a aplicação das espécies de política criminal, como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos previsto no art.44, nem para a aplicação do sursis penal, previsto no art. 77, ambos do Código Penal⁴⁷. Também não há vedação para a propositura do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.⁴⁸

Não obstante a inexistência de vedação desses institutos, no tocante a aplicação do acordo de não persecução penal, por exemplo, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar a questão no início de 2023, decidiu que o ANPP não deve abranger os crimes raciais do qual se inclui a injúria racial. O Ministro Edson Fachin foi o relator da decisão no HC 222.599/SC e afirmou:

[...] ainda que, até o momento, sob o ponto de vista quantitativo, os crimes raciais sejam punidos com reprimenda que se adequa aos requisitos objetivos à apresentação de proposta de acordo de não persecução, os bens jurídicos protegidos, a dignidade e a cidadania racial não podem constar de objeto de qualquer negócio jurídico, sob pena de a pedagogia inserida na construção do processo de redução das desigualdades raciais perder seu norte substancial: o de aniquilar qualquer significação das pessoas negras como inferiores ou subalternas.[...] ⁴⁹

Conquanto as alterações legislativas apontem para um novo paradigma no combate ao racismo, os parâmetros utilizados ainda sugerem que, no Brasil, a conduta racista pode compensar. No entanto, o papel dos aplicadores e intérpretes do direito é fundamental para garantir a efetividade dessas conquistas. A interpretação do Ministro Edson Fachin na aplicação do ANPP ilustra bem essa questão.

⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 9.099, de 27 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 14 set. 2024.

⁴⁷ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

⁴⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 12. ago. 2024.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 222.599/SC**. [...] Crime racial. Acordo de não persecução penal. Inaplicabilidade. Recurso ordinário não provido. Relator: Ministro Edson Fachin, 07 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6525081>. Acesso em: 01 set. 2024.

Em vista disso, o presente trabalho teve como objetivo discutir a efetividade da Lei n.º 7.716/89 e duas de suas importantes alterações. Buscou-se demonstrar como o Estado, na sua função legiferante, tratou, por meio do direito penal, o mandamento constitucional de combate ao racismo.

Formalmente, sob a ótica da teoria mista da pena adotada pelo Código Penal pátrio, concluiu-se que a finalidade da pena deve ser analisada não apenas quando da sua aplicação, mas também quando da sua criação em abstrato. A Lei Caó, embora tenha sido uma conquista do movimento negro da época, inicialmente não surtiu o efeito social esperado.

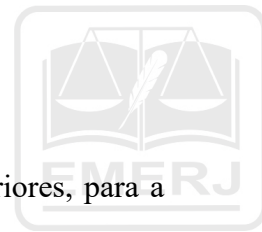
Por ser excessivamente subjetiva e de difícil aplicação, resultou em pouca adesão social e em raras condenações, o que evidencia sua falta de efetividade e eficácia social ao longo dos anos. Considerando que no crime de racismo o que se protege é a dignidade da pessoa humana, enquanto na injúria racial a honra subjetiva, analisaram-se os parâmetros sancionatórios definidos pelo legislador para a proteção desses bens jurídicos, questionando-se se o Estado, ao fixar as penas, cumpriu a finalidade de prevenção geral.

Foi possível inferir que o crime de racismo disposto no art.20, quando comparado ao crime de furto em concurso de agente e ao crime de maus-tratos de animais, no que se refere a cães, tem patamares de reprimenda inferiores a esses. Portanto, a lei criada para dar efetividade ao objetivo constitucional de combater o racismo coloca o patrimônio e a saúde de um cachorro acima da dignidade da pessoa humana se essas pessoas forem negras.

No tocante ao crime de injúria racial, ocorreram avanços importantes com as introduções da Lei nº 9.459/97 e da Lei nº 14.532/23. Com a última alteração legislativa, a injúria racial tornou-se espécie do gênero racismo, após decisão emblemática do Supremo Tribunal Federal nesse sentido. Dessa forma, a injúria racial alçou o patamar constitucional da imprescritibilidade e da inafiançabilidade.

Verificou-se que, ao se tornar uma espécie de racismo, a injúria racial tornou a norma mais objetiva, considerando que as práticas racistas, regra geral, são dirigidas a um indivíduo e não à coletividade. O agravamento da pena também contribuiu para o deslocamento de competência do Juizado Especial Criminal para a justiça comum. Isso, em regra, impossibilita a aplicação de alguns institutos despenalizadores.

Contudo, a inafiançabilidade não significa a impossibilidade de o agente responder em liberdade, caso ausentes os requisitos para a preventiva. Já a suspensão condicional da pena e o acordo de não persecução penal, embora não vedados expressamente, têm



encontrado barreiras no judiciário, notadamente na Corte e nos Tribunais Superiores, para a sua aplicação.

Depreende-se, em suma, que, para ter efetividade, uma norma, deve ser observada não só pelos operadores do direito e seus destinatários, mas também pelo Estado no momento de sua criação. O direito penal, como *ultima ratio* ao ser invocado como ferramenta de pacificação social, deve respeitar sua finalidade de repressão e prevenção do crime.

Os parâmetros utilizados pelo legislador infraconstitucional ao criar a Lei nº 7.716/89 não foram suficientes para conferir a efetividade necessária para alcançar a sua finalidade. Contudo, a última atualização sugere um fio de esperança para alcançar a efetividade desejada.

Diante das últimas alterações, conclui-se que efetividade, entretanto, não depende apenas da legislação, mas também da forma como os operadores do direito interpretam e aplicam essas normas, garantindo que a justiça seja feita de maneira equitativa e que os crimes de racismo sejam enfrentados como o rigor necessário. Isso é fundamental para que a sociedade brasileira compreenda que o sistema escravocrata se findou há mais de 130 anos e que a lei criada para cumprir o mandamento constitucional de extirpar o racismo não se trata de uma mera folha de papel.

REFERÊNCIAS

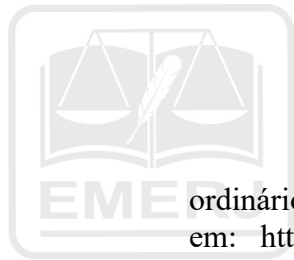
AGÊNCIA IBGE. **Censo 2022:** pela primeira vez, desde 1991, a maior parte da população do Brasil se declara parda. Disponível em: [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38719-censo-2022-pela-primeira-vez-desde-1991-a-maior-parte-da-populacao-do-brasil-se-declara-parda#:~:text=Em%202022%2C%20cerca%20de%2092,0%2C4%25\)%%2C%20amarelas](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/38719-censo-2022-pela-primeira-vez-desde-1991-a-maior-parte-da-populacao-do-brasil-se-declara-parda#:~:text=Em%202022%2C%20cerca%20de%2092,0%2C4%25)%%2C%20amarelas). Acesso em: 08 ago. 2024.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal:** parte geral. v.1. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553629325/>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica.** Trad. Fernando Pavan Baptista; Ariani Bueno Sudatti, apresentação Alaôr Caffé. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Habeas Corpus 154.248/DF.** *Habeas Corpus*. Matéria Criminal. Injúria Racial (art. 140, §3º, do Código Penal). Espécie do gênero racismo. Imprescritibilidade. Denegação da ordem. Relator: Ministro Edson Fachin, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5373453>. Acesso em 01 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 222.599/SC.** [...] Crime racial. Acordo de não persecução penal. Inaplicabilidade. Recurso



ordinário não provido. Relator: Ministro Edson Fachin, 07 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6525081>. Acesso em 01 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul.2024.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 12. ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 01 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.532, de 11 de janeiro de 2023**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei do Crime Racial), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar como crime de racismo a injúria racial [...] Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 27 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951**. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985**. Inclui, entre as contravenções penais, a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos. Brasília, DF:



Presidência da República, 1985. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL. **nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 12 ago. 2024.

CUNHA, Rogério S. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

MASSON, Cleber, **Direito Penal Parte Especial**: esquematizado, v.2, 7. ed. São Paulo: Método, 2015, Ebook.

NUCCI, Guilherme de S. **Código Penal Comentado**. Disponível em:
[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994310/epubcfi/6/24\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml12\]!/4](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994310/epubcfi/6/24[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml12]!/4). Acesso em: 20 ago. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**, 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, E-book.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANNINI, Francisco. **Crime de racismo não admite participação, mas apenas autoria**. 29 de março de 2024, 13h23. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-mar-29/crime-de-racismo-nao-admite-participacao-mas-apenas-coautoria/>. Acesso em: 07 ago. 2024.

SANTOS, Ivair Augusto Alves dos. Direitos Humanos e as Práticas de Racismo. Brasília: Edições Câmara, 2013.p.237. *apud* SERTÃO, Silvane Antonio de Oliveira. **Da (in)eficácia das normas antirracismo no Brasil**. Disponível em:
https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/da-in-eficacia-das-normas-antirracismo-no-brasil.htm#indice_10. Acesso em: 07 ago.2024.

REGULAÇÃO DAS REDES SOCIAIS EM PERÍODOS ELEITORAIS: A INTEGRIDADE DO PROCESSO DEMOCRÁTICO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PRIVACIDADE E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Carolina Gonçalves Martins de Sousa

Graduada pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro (UCAM-Rio). Serventuária.

Resumo – o avanço das tecnologias digitais trouxe novos desafios para o exercício do direito à liberdade de expressão e à privacidade, especialmente no contexto eleitoral. A propagação de *fake news* em redes sociais, intensificada pelo uso de Inteligência Artificial, revela-se uma poderosa ferramenta de manipulação do eleitorado, o que afeta a integridade das eleições. No presente trabalho, examina-se o impacto dessas práticas e como esses mecanismos interferem no processo democrático. A pesquisa também explora a legislação eleitoral vigente, especialmente as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, avaliando sua eficácia no enfrentamento da desinformação digital. Propõe-se, ao final, a criação de uma legislação específica, aprovada pelo Congresso Nacional, que regule o uso dessas tecnologias e assegure a preservação dos direitos fundamentais e da integridade do processo eleitoral.

Palavras-chave – Direitos fundamentais. Redes sociais. Inteligência Artificial. *Fake news*. Legislação eleitoral.

Sumário – Introdução. 1. Liberdade, privacidade e vigilância estatal no ciberespaço: os limites do exercício da livre expressão nas redes sociais. 2. O algoritmo do voto: análise dos impactos da Inteligência Artificial na propagação de *fake news*. 3. O desafio da legislação eleitoral brasileira em regular o uso de Inteligência Artificial e combater a desinformação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa a regulação das redes sociais em períodos eleitorais e sua consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à privacidade. Busca-se verificar como se dá a contenção legislativa da difusão de notícias falsas, também conhecidas como *fake news*, e como essa prática influencia o eleitorado.

Para esse fim, examinam-se a legislação, doutrina e jurisprudência em matéria eleitoral, confrontando-as com os princípios constitucionais. O propósito é determinar se a normativa existente é legítima e eficaz para garantir a integridade do debate político e a proteção dos direitos no ambiente digital, ou se é imperativo desenvolver novos mecanismos legais.

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra os direitos fundamentais à liberdade de expressão e à privacidade, entretanto a modernidade impõe desafios ao exercício dessas garantias em redes sociais, sobretudo em períodos eleitorais. Embora tenha democratizado o acesso à informação, a ascensão digital facilitou a propagação de notícias



falsas, muitas vezes anônimas e impulsionadas pelo uso indevido de Inteligência Artificial, colocando em risco a integridade do processo democrático.

Surgem, assim, as indagações: que medidas jurídicas são adequadas contra abusos digitais que prejudicam o pluralismo político no ambiente virtual? Como a legislação eleitoral deve regular o uso da Inteligência Artificial (IA) para assegurar a lisura do processo eleitoral?

A matéria é controvertida e possui significativas implicações para o direito eleitoral e constitucional. A delicada tarefa do Poder Judiciário de aplicar os direitos fundamentais, em uma era cada vez mais informatizada, suscita a reflexão sobre os limites da regulamentação estatal e os princípios da proporcionalidade e da mínima intervenção necessária.

Com o objetivo de elucidar a temática, a presente pesquisa se propõe a explorar a ponderação entre os direitos de liberdade de expressão, de privacidade e de segurança da informação no processo democrático contemporâneo, o qual é marcado pela relevância das comunidades virtuais e pelo uso de ferramentas tecnológicas potencialmente manipuladoras.

Busca-se, ainda, avaliar a suficiência e a legitimidade da normativa eleitoral atual e apurar se a intervenção do Poder Judiciário, mediante o exercício de sua função legislativa anômala, é uma alternativa adequada para garantir o exercício da cidadania no ambiente digital.

No primeiro capítulo, a análise se concentra na tensão entre a liberdade de expressão e a privacidade nas redes sociais. Objetiva-se a identificação de parâmetros para discernir o exercício regular desses direitos fundamentais em contraponto a abusos no ambiente digital.

Procede-se, no segundo capítulo, à exploração casuística das consequências do uso de Inteligência Artificial na manipulação das informações eleitorais. Pretende-se avaliar como essas atividades influenciam o eleitorado e desafiam a autenticidade do processo democrático.

No terceiro capítulo, questiona-se, diante da realidade tecnológica, a legitimidade e a eficácia das normas eleitorais vigentes. Procura-se sustentar a necessidade de uma legislação específica, a fim de combater a desinformação patrocinada pelo uso indevido de IA no processo eleitoral, mediante harmonização dos princípios de proporcionalidade e de mínima intervenção.

A pesquisa usa o método hipotético-dedutivo para analisar a regulação das redes sociais em contextos eleitorais. Pretende-se desenvolver hipóteses e testá-las para examinar a aplicabilidade no ordenamento brasileiro, visando à comprovação ou refutação argumentativa.

Para esse fim, o enfoque qualitativo é essencial para direcionar a investigação, concentrando-se na análise crítica de doutrinas e precedentes judiciais. A fase exploratória deste estudo se dedica ao exame e fichamento da literatura específica sobre o objeto da pesquisa, de forma a embasar os argumentos desenvolvidos na sustentação da tese principal.

1. LIBERDADE, PRIVACIDADE E VIGILÂNCIA ESTATAL NO CIBERESPAÇO: OS LIMITES DO EXERCÍCIO DA LIVRE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS

Os direitos fundamentais, enquanto pilares essenciais da dignidade humana, evoluíram significativamente ao longo dos séculos para acompanhar as transformações sociais, políticas e tecnológicas. Esses direitos são tradicionalmente divididos em três gerações: a primeira, que abrange os direitos civis e políticos; a segunda, que engloba os direitos sociais, econômicos e culturais; e a terceira, que inclui os direitos de solidariedade ou difusos¹.

A primeira geração de direitos fundamentais, oriunda de revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, possui ênfase na liberdade e na igualdade. O objetivo é proteger os indivíduos contra abusos do Estado, conferindo direito à liberdade de expressão e privacidade.

No Brasil, os direitos fundamentais se encontram consagrados na Constituição Federal (CRFB/88)². Em seu artigo 5º, inciso IV, o texto constitucional assegura a liberdade de manifestação do pensamento, vedando o anonimato, e, no inciso IX, garante a livre expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Consoante o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas³, todo ser humano tem direito à liberdade de expressão, incluindo a liberdade de, sem interferência, receber e transmitir ideias por quaisquer meios. Esse instituto, essencial à democracia, permite a exposição de convicções sem o sofrimento de represálias.

Com o intuito de definir o alcance da liberdade de manifestação, esclarece Pinto Ferreira que “o Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição da censura [...]”⁴.

Abordar esse tema remete a um período histórico no Brasil, eis que, durante a Ditadura Militar e sob a vigência do Ato Institucional nº 5, as manifestações contrárias ao regime eram severamente punidas, de forma a silenciar vozes dissidentes e impor um regime de censura rigorosa à imprensa, artes e qualquer meio de expressão pública interpretada como subversiva

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2024.

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 26 ago. 2024.

⁴ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68.



à Segurança Nacional⁵. Esse decreto é tido como um dos instrumentos mais repressivos do regime, uma vez que suspendeu direitos fundamentais e conferiu ao governo o poder de censurar a imprensa, fechar instituições legislativas e cassar mandatos políticos.

O processo de redemocratização do Brasil se consolidou, de fato, com a promulgação da Constituição Federal de 1988⁶, também conhecida como Constituição Cidadã. A aludida normativa constituiu o Estado Democrático de Direito e estabeleceu como princípios fundamentais a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, entre outros.

Ocorre que, com a ascensão da internet e das redes sociais, o exercício dos direitos fundamentais passou por transformações significativas. A liberdade de expressão encontrou no ciberespaço um terreno fértil para seu exercício, visto que as redes sociais permitem que indivíduos expressem suas opiniões e compartilhem informações de forma instantânea e global.

A democratização no ambiente digital, onde a difusão de informações é dinâmica, trouxe desafios únicos, particularmente quanto à liberdade de expressão e à privacidade. A propagação de notícias falsas e discursos de ódio são possíveis abusos nesse ambiente.

A CRFB/88⁷, ao assegurar a liberdade de manifestação, também estabelece limites a esse direito. A vedação ao anonimato, em contraponto à privacidade, é uma dessas limitações, permitindo a responsabilização daqueles que, por vezes, utilizam-se de redes sociais como subterfúgio para a prática de condutas reprováveis e ocultação de suas identidades.

Sobre a aparente colisão de princípios fundamentais, leciona Norberto Bobbio:

[...] ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável [...]⁸.

Dessa forma, embora a liberdade de expressão seja um direito fundamental, não há absolutismo. É igualmente essencial proteger os outros direitos garantidos pelo ordenamento

⁵ CARVALHO, Lucas Borges de. A censura política à imprensa na ditadura militar: fundamentos e controvérsias. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, vol. 59, n. 1, p. 79-100, mar. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/36349/22401>. Acesso em: 27 ago. 2024.

⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2024.

⁷ *Ibid.*

⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

jurídico, assegurando que o exercício da liberdade de expressão respeite os limites impostos pela dignidade e pelos direitos alheios. Em razão disso, é seguro sustentar que a liberdade de expressão deve ser exercida com responsabilidade, não legitimando calúnias, ofensas ou danos.

Nessa concepção, a necessidade de manutenção da ordem pública justifica a vigilância estatal no ciberespaço. No entanto, discute-se quais são os limites aceitáveis dessa intervenção. A interceptação de comunicações, a vigilância em massa e o uso de tecnologias avançadas para monitorar cidadãos podem resultar em abuso de autoridade e violação de direitos fundamentais.

Casos notórios, como as revelações de Edward Snowden⁹ sobre a extensão da vigilância em massa realizada por governos, suscitaram debates globais sobre a regulamentação da matéria. No Brasil, o Marco Civil da Internet¹⁰ estabelece direitos e deveres para o uso da internet no país, destacando-se por garantir a neutralidade da rede, a privacidade e a liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que permite a coleta de registros de acesso a aplicações, mediante autorização judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A atuação do Poder Judiciário é essencial para o equilíbrio entre segurança e liberdade e para assegurar que os mecanismos de controle e supervisão respeitem os princípios constitucionais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)¹¹ tem reiteradamente afirmado a importância da proteção da privacidade e da liberdade de expressão, bem como a necessidade de proporcionalidade e razoabilidade nas medidas restritivas desses direitos.

Além da função jurisdicional, o Poder Judiciário exerce um papel balizador na conciliação de liberdade, privacidade e vigilância estatal no ciberespaço. Através da edição de atos regulamentadores, como a Resolução CNJ nº 396/2021¹², o Conselho Nacional de Justiça estabelece diretrizes de proteção de dados e segurança da informação nos tribunais brasileiros.

No contexto eleitoral, os atos normativos exarados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), como a Resolução TSE nº 23.610/2019¹³, esforçam-se para definir um equilíbrio entre

⁹ SPANIOL, Bruna Paiani Nasser. **A circulação midiática brasileira do vazamento de dados da NSA por Edward Snowden**. 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado em Estudos da Mídia) – Programa de Pós-graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/20970>. Acesso em: 27 ago. 2024.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 25 ago. 2024.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental 130**. Lei de Imprensa [...]. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril de 2009. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/12/ADPF-130-fim-da-lei-de-imprensa-2009.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2024.

¹² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 396, de 7 de junho de 2021**. Institui a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética do Poder Judiciário (ENSEC-PJ). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3975>. Acesso em: 26 ago. 2024.

¹³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a propaganda eleitoral. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2024. Disponível em:



liberdade de expressão, privacidade e vigilância estatal no ambiente digital. A Corte reconhece que a liberdade de expressão é um direito constitucional, mas enfatiza que deve ser exercido com responsabilidade, sem comprometer a dignidade humana ou a segurança democrática¹⁴.

A atuação do TSE, além de envolver a criação de grupos de trabalho para monitorar atividades que atentem contra a democracia¹⁵, inclui a implementação de medidas que responsabilizam as plataformas digitais pela propagação de conteúdos falsos. Essas iniciativas buscam assegurar que a tecnologia não seja utilizada para manipular a vontade dos eleitores.

A evolução tecnológica exige, portanto, o constante aprimoramento das normas para responder aos desafios impostos pela sociedade da informação. Para tanto, é imperativo que os Poderes da República e a sociedade civil tenham um diálogo contínuo, desenvolvendo políticas que protejam os direitos fundamentais no ambiente digital. Somente com uma abordagem colaborativa será possível equilibrar liberdade, privacidade e segurança no ciberespaço.

2. O ALGORITMO DO VOTO: ANÁLISE DOS IMPACTOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA PROPAGAÇÃO DE FAKE NEWS

A evolução tecnológica nas últimas décadas transformou a sociedade em diversas áreas, inclusive na política. Entre essas inovações, a Inteligência Artificial (IA) se destaca como uma das mais impactantes, revolucionando a maneira de lidar com dados e comunicação.

A origem da IA remonta aos primórdios da computação, quando se idealizou a criação de máquinas que pudessem imitar o pensamento humano, como visto nas pesquisas de Alan Turing na década de 1950¹⁶. Originalmente concebida para simular capacidades humanas como raciocínio e aprendizado, a IA evoluiu para se tornar uma ferramenta fascinante, utilizada em campos tão diversos como a medicina, o entretenimento e, mais recentemente, a política.

Nas últimas décadas, a IA passou de uma teoria para uma realidade, impulsionada por avanços em *hardware* computacional, algoritmos de aprendizado profundo e disponibilidade

<https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 26 ago. 2024.

¹⁴ BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Coletânea de Entendimentos Jurisprudenciais**: temas selecionados. Brasília, 9 jun. 2023. Disponível em: <https://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/propaganda-eleitoral/liberdade-de-expressao>. Acesso em: 26 ago. 2024.

¹⁵ LOPES, Anna Júlia. TSE anuncia grupo para rastrear “quem atenta contra democracia”. **Poder 360**, Brasília, 1 fev. 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poder-justica/justica/tse-anuncia-criacao-de-grupo-de-trabalho-com-ministerio-da-justica>. Acesso em: 26 ago. 2024.

¹⁶ SILVA, Matheus Afonso Batista da. **Do Eliza ao ChatGPT**: história e evolução da inteligência artificial. 2024. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências da Computação) – Escola Politécnica, Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2024. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/7928>. Acesso em: 26 ago. 2024.

massiva de dados¹⁷. A IA moderna utiliza modelos complexos de redes neurais que permitem o aprendizado automático a partir de grandes volumes de dados¹⁸, possibilitando a criação de sistemas que podem prever e até produzir conteúdos sintéticos, como vídeos e textos.

Essas capacidades foram rapidamente reconhecidas por estrategistas políticos e profissionais de marketing, que começaram a explorar a IA para otimizar campanhas eleitorais. A segmentação de eleitores, o direcionamento de mensagens personalizadas e a análise preditiva de tendências eleitorais tornaram-se práticas comuns. No entanto, ao lado de aplicações legítimas, surgiram usos mais polêmicos da IA, que ameaçam a própria essência dos processos democráticos: a manipulação de informações e a criação de desinformação em massa.

Um dos subcampos mais controversos da IA é o aprendizado profundo, *deep learning*, que permite que as máquinas aprendam de forma autônoma a partir de grandes conjuntos de dados¹⁹. Essa tecnologia é a base dos chamados *deepfakes*, vídeos ou áudios falsos criados utilizando redes neurais que conseguem imitar com precisão a aparência e a voz de pessoas reais²⁰. Embora os *deepfakes* tenham aplicações legítimas, como na indústria do entretenimento e em tecnologias assistivas, sua utilização mal-intencionada, especialmente no contexto eleitoral, tem levantado sérias preocupações sobre a integridade do processo democrático.

O impacto das *deepfakes* no processo eleitoral não pode ser subestimado. Em uma era onde as redes sociais são relevantes fontes de informações para muitos eleitores, a disseminação de mídias falsas pode influenciar decisões de voto e, em última instância, determinar os resultados das eleições. O perigo dessa tecnologia reside não apenas na capacidade de enganar, mas também na velocidade com que as informações são propagadas nas redes sociais.

A capacidade da IA de criar conteúdos desleais de forma convincente e em larga escala se mostrou uma ferramenta poderosa de disseminação de notícias falsas. *Fake news* são informações fabricadas e deliberadamente espalhadas para manipular a opinião pública. Com o auxílio de IA, essas notícias podem ser rapidamente amplificadas por *bots*, que são programas

¹⁷ SILVA, Matheus Afonso Batista da. **Do Eliza ao ChatGPT: história e evolução da inteligência artificial**. 2024. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências da Computação) – Escola Politécnica, Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2024. Disponível em:

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/7928>. Acesso em: 26 ago. 2024.

¹⁸ PACHECO, César Augusto Rodrigues. **Deep learning conceitos e utilização nas diversas áreas do conhecimento**. 2018. 32 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Engenharia de Computação) – Centro Universitário de Anápolis, Universidade Evangélica de Goiás, Anápolis, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/1104>. Acesso em: 28 ago. 2024.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ ALMEIDA, Fernanda Campos. *Deep fake: tecnologia permite colocar rosto e voz em outro corpo*. **Veja**. São Paulo, 3 jul. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/cultura-lazer/deepfake-tecnologia-permite-copiar-o-rosto-expressao-e-a-voz>. Acesso em: 26 ago. 2024.



automatizados e projetados para interagir com usuários reais nas redes sociais²¹, replicando mensagens de forma massiva e criando a ilusão de consenso ou apoio popular.

Nas últimas eleições ao redor do mundo, houve um aumento significativo na utilização de IA para manipular informações eleitorais. *Bots* automatizados, por exemplo, têm sido usados para amplificar mensagens políticas, frequentemente disseminando desinformação que pode distorcer a percepção pública sobre candidatos e suas propostas políticas. Esses *bots* não apenas repetem mensagens, mas também criam interações falsas, como curtidas e *retweets*, que dão a impressão de que certas opiniões ou notícias possuem mais apoio do que realmente têm.

Um caso emblemático ocorreu nas eleições presidenciais brasileiras de 2018, quando um estudo da Fundação Getúlio Vargas²² revelou que grande parte das interações relacionadas aos candidatos nas redes sociais era gerada por *bots*, programados para disseminar desinformação e polarizar o debate político. A influência desses *bots* foi tão significativa que se tornou um fator determinante na maneira como o público percebia os candidatos, contribuindo para a intensificação do clima de desconfiança que marcou aquele período eleitoral.

A capacidade dos *bots* de criar interações artificiais tem grandes implicações para a democracia. Primeiro, os *bots* distorcem a percepção pública, fazendo parecer que certas opiniões ou candidatos têm mais apoio do que realmente possuem. Isso pode criar um efeito onde os eleitores se sentem inclinados a seguir o que percebem como a maioria, mesmo que fabricada. Segundo, os *bots* podem ser usados para inundar as redes sociais com desinformação, tornando difícil para os eleitores discernirem entre fatos e mentiras. Isso é particularmente perigoso em um ambiente onde as decisões eleitorais devem ser informadas e racionais.

Além dos *bots*, as *deepfakes*, como já dito, emergiram como uma ferramenta de manipulação mais sofisticada. Nas eleições brasileiras de 2022, por exemplo, vídeos falsos que mostravam o então candidato Luiz Inácio Lula da Silva sendo vaiado em eventos públicos foram amplamente divulgados nas redes sociais. Esses vídeos, criados com técnicas de *deepfake*, enganaram inúmeras pessoas antes de serem desmascarados e removidos por ordem

²¹ LORENCETI, Ayrton Domingos; SALTON, Giancarlo Dondoni. Detecção de fake news em um tweet utilizando machine learning e processamento de linguagem natural. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 8, n. 6, p. 43581-43599, jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/48945/pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²² FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Bots e o Direito Eleitoral Brasileiro**: eleições 2018. Policy Paper 3. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/217a5f9b-384f-4803-a77d-721188b65c45/content>. Acesso em: 27 ago. 2024.

judicial prolatada pelo TSE²³. O dano, entretanto, já havia sido feito: muitos eleitores foram expostos às informações falsas, o que influencia a percepção do eleitorado sobre o candidato.

Em um contexto internacional recente, a campanha de Donald Trump utilizou imagens geradas por IA para mostrar a Vice-Presidente Kamala Harris, também candidata à eleição presidencial norte-americana, em situações fictícias de interações com fãs de Taylor Swift²⁴. O objetivo foi manipular a percepção do público, associando Harris a figuras populares de maneira a influenciar negativamente sua imagem entre determinados grupos de eleitores.

Os *deepfakes* e *bots*, embora tecnicamente distintos, compartilham a mesma essência, qual seja, a manipulação da percepção pública através da tecnologia. Os dois dependem da IA para criar e disseminar conteúdos que confundem o eleitorado. Além disso, ambos têm sido utilizados por atores políticos, nacionais e estrangeiros, para influenciar eleições no mundo²⁵.

Em uma democracia, a tomada de decisão pelos eleitores deve ser baseada em informações precisas e verdadeiras. No entanto, quando a IA é usada para criar e espalhar desinformação, essa premissa fundamental é comprometida. Os eleitores, bombardeados com informações falsas que parecem legítimas, podem ser levados a tomar decisões com base em mentiras, minando a autenticidade das eleições e, por extensão, a legitimidade dos resultados.

Além de manipular diretamente as opiniões dos eleitores, o uso de IA para disseminar desinformação também tem o efeito de desestabilizar a confiança nas instituições democráticas²⁶. Quando os eleitores percebem que o processo eleitoral foi comprometido por desinformação, a confiança na integridade das eleições é fragilizada. Isso pode levar à apatia política e ao questionamento da legitimidade dos resultados eleitorais.

Outro efeito nocivo da utilização de IA para manipular informações eleitorais é a fragmentação da sociedade. As redes sociais, com a ajuda de algoritmos de IA, tendem a criar as chamadas bolhas informacionais, onde os usuários são expostos apenas a conteúdos que

²³ COELHO, Gabriela; HIRABAHASI, Gabriel. Cármen Lúcia manda remover vídeos contra Lula com “deep fake”. **CNN Brasil**, Brasília, 28 out. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/carmen-lucia-manda-remover-videos-contralula-com-deep-fake>. Acesso em: 27 ago. 2024.

²⁴ RAY, Siladitya. Trump republica imagens geradas por IA com Kamala Harris e fãs da Taylor Swift. **Forbes**, São Paulo, 19 ago. 2024. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2024/08/trump-republica-imagens-geradas-por-ia-com-kamala-harris-e-fas-da-taylor-swift>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁵ GULLINO, Daniel; TEÓFILO, Sarah; GONÇALVES, Eduardo. Uso de inteligência artificial cresce em campanhas pelo mundo e acende sinal de alerta no TSE para eleições municipais. **O GLOBO**, Brasília, 28 jun. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/06/24/uso-de-inteligencia-artificial-cresce-em-campanhas-pelo-mundo-e-acende-sinal-de-alerta-no-tse-para-eleicoes-municipais.ghtml>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁶ ORLANDO, Lara Beatriz Tavares Souto. **O poder das redes sociais como arma de influência social: os ataques de 8 de janeiro e a ameaça ao Estado Democrático de Direito**. 2024. 23 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2024. Disponível em: <http://repositorioinstitucional.uea.edu.br/handle/riuea/5754>. Acesso em: 30 ago. 2024.



reforçam suas crenças pré-existentes²⁷. A introdução de *bots* e *deepfakes* nesse ambiente intensifica ainda mais a polarização social, pois as tecnologias são usadas para criar uma falsa sensação de consenso em torno de determinadas narrativas, o que dificulta o diálogo social.

A manipulação do processo eleitoral através da IA não é mais uma ameaça teórica, mas sim uma realidade com o potencial de se intensificar nas próximas eleições. A capacidade de criar *deepfakes* realistas e de operar redes de *bots* sofisticadas está se tornando mais acessível, permitindo que mesmo usuários com recursos limitados possam impactar eleições em larga escala. À medida que essas tecnologias continuam a evoluir, as democracias enfrentarão desafios cada vez maiores para proteger a integridade de seus processos eleitorais.

Para mitigar esses riscos, é essencial que haja uma compreensão clara dos perigos do uso da IA no contexto eleitoral. Isso exige vigilância por parte das instituições democráticas e colaboração estreita entre governos, empresas de tecnologia e a sociedade civil. As plataformas de redes sociais, em particular, têm um papel relevante a desempenhar, pois são os principais veículos de disseminação de desinformação. Essas empresas devem ser incentivadas a desenvolver sistemas para detectar conteúdos falsos, antes que causem danos irreparáveis.

Além disso, a educação digital desempenha um papel fundamental na defesa contra a manipulação eleitoral. Os eleitores precisam ser habilitados para identificar desinformação e questionar as fontes das informações que consomem. Isso inclui uma compreensão básica de como as tecnologias de IA funcionam e podem ser usadas para manipular a opinião pública.

Finalmente, é imperativo que as democracias modernas reconheçam que a manipulação digital não é um problema que pode ser resolvido de forma isolada. A natureza global da internet significa que as ameaças à integridade eleitoral transcendem fronteiras nacionais. Como tal, uma resposta eficaz envolve a cooperação internacional, com países atuando juntos para estabelecer diretrizes de prevenção e combate à manipulação eleitoral.

Em suma, o uso de IA para manipular informações eleitorais desafia a integridade das democracias modernas. Tecnologias como *bots* e *deepfakes* têm o potencial de distorcer a percepção pública, minar a confiança nas instituições e polarizar o debate político. Para que as eleições sejam livres e justas, é essencial que os desafios impostos por essas tecnologias sejam enfrentados de maneira eficaz. A sociedade como um todo deve estar ciente dos perigos da manipulação digital e atuar em conjunto para proteger a autenticidade do processo democrático.

²⁷ MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. **A esfera pública (forjada) na era das fake news e dos filtros-bolha**. 2018. 26 f. Artigo (Cadernos Adenauer xix 2018 n°4) – Fundação Konrad Adenauer, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/05/PUBLICACAO-nova-2019-KA-Cadernos-2018.4-site.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2024.

3. O DESAFIO DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA EM REGULAR O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E COMBATER A DESINFORMAÇÃO

A era digital e os avanços tecnológicos, especialmente no campo da Inteligência Artificial (IA), impõem novos desafios para a regulação dos processos eleitorais. Durante campanhas eleitorais, o uso indevido de tecnologias para a disseminação de desinformação coloca em risco a integridade da democracia. Diante dessa realidade, surge a necessidade de reavaliar a legitimidade e a eficácia das normas eleitorais vigentes.

O processo eleitoral brasileiro é atualmente regido pela Constituição Federal²⁸, pelo Código Eleitoral²⁹, pela Lei das Eleições³⁰, entre outras fontes normativas. Quanto ao uso de Inteligência Artificial em campanhas eleitorais, a regulação é precipuamente realizada por resoluções do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), tal como a Resolução TSE nº 23.610/2019³¹, que aborda a propaganda eleitoral e o uso de IA para a criação de *deepfakes* e conteúdos falsos.

O TSE tem se preocupado com o impacto de ferramentas tecnológicas na disseminação de *fake news*, tendo criado mecanismos sociais de combate à desinformação eleitoral³². Embora o TSE tenha editado e publicado normas cogentes para regular o uso da IA, não há uma legislação aprovada pelo Congresso Nacional que trate especificadamente desse tema.

De acordo com o artigo 23, inciso IX, da Lei nº 4.737/65³³, o TSE possui competência privativa para expedir as instruções que julgar convenientes à execução do referido diploma. O que a disposição infraconstitucional confere é a atribuição ao TSE para criar normas regulamentares, desde que não contrariem a legislação vigente.

Não obstante o fundamento legal para a função regulamentar do TSE, há um intenso debate sobre a constitucionalidade das normas editadas pelo aludido Tribunal, principalmente

²⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2024.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

³⁰ BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

³¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a propaganda eleitoral. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 26 ago. 2024.

³² BRASIL. **Portaria nº 510, de 4 de agosto de 2021**. Institui o Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2021. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao>. Acesso em: 10 set. 2024.

³³ BRASIL, ref. 29.



quando, de algum modo, restringem direitos e criam obrigações. O tema é tão polêmico que há um projeto de lei com o objetivo de restringir a atribuição normativa do TSE³⁴.

Para melhor entender o assunto, faz-se necessário estabelecer o conceito de norma jurídica e distinguir duas de suas espécies: primária e secundária. Segundo Bobbio³⁵, a norma jurídica é a base do ordenamento jurídico e constitui o produto da interpretação das disposições estatais, que orientam, de forma imperativa, as condutas humanas em um contexto social.

Dentro da classificação de normas jurídicas, distinguem-se as primárias das secundárias. As normas primárias são emanadas pelo Poder Legislativo para regular o comportamento dos indivíduos e das instituições, podendo inovar no ordenamento jurídico e criar direitos, deveres e proibições. Por outro lado, as normas secundárias regulamentam a aplicação das normas primárias e, portanto, não inovam no ordenamento jurídico.

As resoluções do TSE constituem fontes secundárias do direito, pois regulamentam disposições existentes na legislação eleitoral. Essas resoluções, embora possam interpretar e dar eficácia às normas primárias, não podem criar novos direitos e restrições.

O princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, inciso II, da CRFB/88³⁶, estabelece que restrições a direitos fundamentais devem ser feitas por meio de uma lei formal, aprovada pelo Congresso Nacional. Assim, o questionamento sobre a constitucionalidade das resoluções do TSE reside na possível extrapolação de sua competência normativa, uma vez que tais resoluções não poderiam impor restrições além daquelas previstas em normas primárias.

De acordo com a lição de Manuel Carlos de Almeida Neto,

[...] o poder regulamentar e normativo da Justiça Eleitoral deve ser desenvolvido dentro de certos limites formais e materiais. 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 [...]³⁷.

³⁴ DOEDERLEIN, Natalia. Projeto revoga competência do TSE para editar resoluções eleitorais. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 9 abr. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1048140-projeto-revoga-competencia-do-tse-para-editar-resolucoes-eleitorais>. Acesso em: 12 set. 2024.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

³⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2024.

³⁷ ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 219-220.

Embora as normas emanadas pelo TSE sejam, essencialmente, de natureza secundária, extraíndo seu fundamento de validade na lei regulamentada, o STF³⁸ entende que, quando o ato tiver densidade normativa, poderá ser objeto de controle de constitucionalidade. Esse foi o caso da Resolução TSE nº 23.714/2022³⁹, que trata do enfrentamento à desinformação eleitoral.

Entre suas disposições, o diploma supracitado estabelece medidas para a rápida remoção de conteúdos falsos, a suspensão de perfis que propagam desinformação e a responsabilização das plataformas digitais que não observam as determinações do TSE. Quanto à possível afronta à liberdade de expressão e aos limites da competência normativa do TSE, o STF⁴⁰ já decidiu pela constitucionalidade da norma e destacou que, pelo fato de o controle sobre a remoção de conteúdo falso ser realizado após sua publicação, não se trata de censura prévia.

No contexto das eleições atuais, a Resolução TSE nº 23.732/2024⁴¹ representa uma mudança relevante no papel das redes sociais, especialmente quanto ao combate à desinformação eleitoral. Essa normativa impõe às plataformas a obrigação de remover imediatamente conteúdos inverídicos, sob pena de responsabilização civil e administrativa.

A medida levanta questões críticas sobre a intersecção entre liberdade de expressão e regulação estatal, situando-se num campo controverso entre a proteção da integridade eleitoral e o risco de censura. A validade constitucional da resolução tem sido debatida, eis que o TSE deve atuar no limiar de suas competências normativas.

Uma das críticas à Resolução TSE nº 23.732/2024⁴² é sua possível incompatibilidade com o Marco Civil da Internet⁴³, que prevê que as plataformas digitais podem ser responsabilizadas se, após ordem judicial específica, não retirarem determinado conteúdo. No

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7261**. Constitucionalidade da Resolução TSE nº 23.714/2022 [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2209432618>. Acesso em: 10 set. 2024.

³⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.714, de 20 de outubro de 2022**. Dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>. Acesso em: 11 set. 2024.

⁴⁰ BRASIL, ref. 38.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.732, de 27 de fevereiro de 2024**. Altera a Res.-TSE nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019, dispondo sobre a propaganda eleitoral. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2024/resolucao-no-23-732-de-27-de-fevereiro-de-2024>. Acesso em: 11 set. 2024.

⁴² *Ibid.*

⁴³ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 25 ago. 2024.



entanto, o artigo 9º-E da nova Resolução do TSE propõe a responsabilização solidária pela não remoção imediata de determinados conteúdos ou contas no período eleitoral⁴⁴.

Por outro lado, em defesa da normativa emitida pelo TSE, pode-se argumentar que a inexistência de regulamentação específica pelo Poder Legislativo faz emergir a necessidade de adoção de medidas para garantir a integridade do processo eleitoral. Como já explicitado, a propagação de *fake news*, amplificada pelo uso de IA, pode comprometer a autenticidade das eleições e induzir os eleitores em erro, colocando em risco a própria legitimidade democrática.

Por conseguinte, a questão é equilibrar o respeito aos direitos fundamentais e a necessidade de proteção da integridade das eleições. O princípio da proporcionalidade emerge como um critério essencial para avaliar a adequação das normas eleitorais, exigindo que qualquer mecanismo de restrição a direitos fundamentais seja adequado, necessário e estritamente proporcional ao fim que se busca atingir. Observa-se também o princípio da mínima intervenção, para que o Estado interfira o mínimo possível na esfera de liberdade dos indivíduos, atuando apenas quando necessário para proteger os bens jurídicos mais relevantes.

Assim, surge a necessidade de um diálogo entre os Poderes da República e a sociedade civil, assegurando que as medidas adotadas respeitem os direitos fundamentais e sejam eficazes no combate à manipulação informacional. No caso das normas do TSE, a proibição de *deepfakes* e a responsabilização das plataformas pelo controle de conteúdo devem ser analisadas à luz da proporcionalidade, a fim de evitar excessos que comprometam o debate democrático.

Além disso, é necessário que o Congresso Nacional atue para criar uma legislação específica sobre o uso de IA no contexto eleitoral, o que é demandado pelo próprio TSE⁴⁵. Uma legislação aprovada pelo Parlamento, após amplo debate público pelos representantes eleitos pelo povo, teria maior legitimidade para enfrentar os desafios impostos pela tecnologia, ao passo que as resoluções do TSE, por serem atos normativos infralegais, carecem de um processo legislativo mais robusto.

Dessa forma, o diálogo institucional entre os Poderes da República deve guiar a criação de normas que protejam a integridade das eleições, sem comprometer os direitos fundamentais que sustentam o Estado Democrático de Direito, de forma a harmonizar os princípios de proporcionalidade, mínima intervenção estatal e liberdade de expressão. Isso permitirá que a

⁴⁴ CURZI, Yasmin *et al.* TSE, plataformas digitais e competência normativa: Resolução nº 23.732/2024. **Conjur**, Rio de Janeiro, 27 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-27/tse-plataformas-digitais-e-competencia-normativa-uma-analise-da-resolucao-no-23-732-2024>. Acesso em: 12 set. 2024.

⁴⁵ PRESIDENTE do TSE cobra regulamentação de redes sociais e do uso da IA. **Secretaria de Comunicação e Multimídia**, Brasília, 2 fev. 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Fevereiro/presidente-do-tse-cobra-regulamentacao-de-redes-sociais-e-do-uso-da-inteligencia-artificial>. Acesso em: 12 set. 2024.

regulação seja eficaz sem criar restrições desnecessárias ou abusivas, preservando o equilíbrio entre o combate à desinformação e a manutenção das liberdades individuais.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, o presente estudo analisou a regulação das redes sociais em períodos eleitorais e os desafios trazidos pela disseminação de *fake news* amplificada pelo uso de Inteligência Artificial. Buscou-se demonstrar que, no ambiente digital, o exercício da liberdade de expressão e o direito à privacidade demandam a conciliação entre a proteção dos direitos fundamentais e a necessidade de preservação da integridade do processo democrático.

A pesquisa evidenciou que os direitos à liberdade de expressão e à privacidade, embora protegidos constitucionalmente, não são absolutos e devem ser exercidos com responsabilidade. A proliferação de discursos abusivos com desinformação nas redes sociais impõe limites a esses direitos fundamentais, exigindo a ponderação de princípios para garantir que não haja violação da dignidade e dos direitos de terceiros.

Verificou-se que o uso indevido de tecnologias como a IA, por meio de *bots* e *deepfakes*, tem ampliado a sofisticação dos conteúdos falsos e o alcance da desinformação, afetando a confiança nas instituições democráticas e manipulando a percepção do eleitorado. A utilização de ferramentas tecnológicas para a propagação de *fake news* constitui um dos principais riscos à autenticidade das eleições, demandando ações coordenadas e eficazes para combater esse fenômeno, o que inclui medidas de conscientização digital da população.

Além disso, constatou-se que a atual legislação eleitoral brasileira, embora tenha sido aprimorada com a edição de resoluções pelo TSE, ainda se revela insuficiente para enfrentar a complexidade dos desafios tecnológicos impostos pela era digital. As disposições do TSE, apesar de relevantes, carecem da participação popular e da abrangência de uma legislação aprovada pelo Congresso Nacional. Isso reforça a necessidade de um marco normativo específico para combater a desinformação e regular o uso de IA em campanhas eleitorais.

A relevância deste estudo está justamente na identificação dessa lacuna normativa e na urgência da criação de um marco regulatório adequado às novas realidades tecnológicas. É imprescindível que o ordenamento jurídico consiga harmonizar a proteção dos direitos fundamentais com a garantia da lisura do processo eleitoral.

A fim de garantir a integridade do processo democrático, é imperiosa a adoção de mecanismos jurídicos e tecnológicos que possibilitem o controle adequado da desinformação. De todo modo, é necessário que os mecanismos legais sejam cuidadosamente elaborados para



não incorrer em censura ou em restrições indevidas aos direitos constitucionais. Sob esse enfoque, conclui-se que a regulação das redes sociais em períodos eleitorais deve ser pautada por uma atuação integrada entre os Poderes da República e a sociedade civil, observando-se os princípios da proporcionalidade e da mínima intervenção estatal.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Campos. Deep fake: tecnologia permite colocar rosto e voz em outro corpo. **Veja**. São Paulo, 3 jul. 2020. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/cultura-lazer/deepfake-tecnologia-permite-copiar-o-rosto-expressao-e-a-voz>. Acesso em: 26 ago. 2024.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista Tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 396, de 7 de junho de 2021**. Institui a Estratégia Nacional de Segurança Cibernética do Poder Judiciário (ENSEC-PJ). Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3975>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. **Portaria nº 510, de 4 de agosto de 2021**. Institui o Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação. Brasília, DF: Tribunal Superior Eleitoral, 2021. Disponível em: <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao>. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7261**. Constitucionalidade da Resolução TSE nº 23.714/2022 [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 19 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/2209432618>. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental 130**. Lei de Imprensa [...]. Relator: Min. Carlos Britto, 30 de abril de 2009. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2023/12/ADPF-130-fim-da-lei-de-imprensa-2009.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Coletânea de Entendimentos Jurisprudenciais**: temas selecionados. Brasília, 9 jun. 2023. Disponível em: <https://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/propaganda-eleitoral/liberdade-de-expressao>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a propaganda eleitoral. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-610-de-18-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 26 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.714, de 20 de outubro de 2022**. Dispõe sobre o enfrentamento à desinformação que atinja a integridade do processo eleitoral. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2022. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.732, de 27 de fevereiro de 2024**. Altera a Res.-TSE nº 23.610, de 18 de dezembro de 2019, dispondo sobre a propaganda eleitoral. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2024/resolucao-no-23-732-de-27-de-fevereiro-de-2024>. Acesso em: 11 set. 2024.

CARVALHO, Lucas Borges de. A censura política à imprensa na ditadura militar: fundamentos e controvérsias. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, vol. 59, n. 1, p. 79-100, mar. 2014. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/36349/22401>. Acesso em: 27 ago. 2024.

COELHO, Gabriela; HIRABAHASI, Gabriel. Cármen Lúcia manda remover vídeos contra Lula com “deep fake”. **CNN Brasil**, Brasília, 28 out. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/carmen-lucia-manda-remover-videos-contralula-com-deep-fake>. Acesso em: 27 ago. 2024.

CURZI, Yasmin *et al.* TSE, plataformas digitais e competência normativa: Resolução nº 23.732/2024. **Conjur**, Rio de Janeiro, 27 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-27/tse-plataformas-digitais-e-competencia-normativa-uma-analise-da-resolucao-no-23-732-2024>. Acesso em: 12 set. 2024.

DOEDERLEIN, Natalia. Projeto revoga competência do TSE para editar resoluções eleitorais. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 9 abr. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1048140-projeto-revoga-competencia-do-tse-para-editar-resolucoes-eleitorais>. Acesso em: 12 set. 2024.



FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1989.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Bots e o Direito Eleitoral Brasileiro**: eleições 2018. Policy Paper 3. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/217a5f9b-384f-4803-a77d-721188b65c45/content>. Acesso em: 27 ago. 2024.

GULLINO, Daniel; TEÓFILO, Sarah; GONÇALVES, Eduardo. Uso de inteligência artificial cresce em campanhas pelo mundo e acende sinal de alerta no TSE para eleições municipais. **O GLOBO**, Brasília, 28 jun. 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2024/06/24/uso-de-inteligencia-artificial-cresce-em-campanhas-pelo-mundo-e-acende-sinal-de-alerta-no-tse-para-eleicoes-municipais.ghtml>. Acesso: em 29 ago. 2024.

LOPES, Anna Júlia. TSE anuncia grupo para rastrear “quem atenta contra democracia”. **Poder 360**, Brasília, 1 fev. 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poder-justica/justica/tse-anuncia-criacao-de-grupo-de-trabalho-com-ministerio-da-justica>. Acesso em: 26 ago. 2024.

LORENCETI, Ayrton Domingos; SALTON, Giancarlo Dondoni. Detecção de fake news em um tweet utilizando machine learning e processamento de linguagem natural. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 8, n. 6, p. 43581-43599, jun. 2022. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/48945/pdf>. Acesso em: 29 ago. 2024.

MAGRANI, Eduardo; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. **A esfera pública (forjada) na era das fake news e dos filtros-bolha**. 2018. 26 f. Artigo (Cadernos Adenauer xix 2018 nº4) – Fundação Konrad Adenauer, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/wp-content/uploads/2019/05/PUBLICACAO-nova-2019-KA-Cadernos-2018.4-site.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 26 ago. 2024.

ORLANDO, Lara Beatriz Tavares Souto. **O poder das redes sociais como arma de influência social**: os ataques de 8 de janeiro e a ameaça ao Estado Democrático de Direito. 2024. 23 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2024. Disponível em: <http://repositorioinstitucional.uea.edu.br/handle/riuea/5754>. Acesso em: 30 ago. 2024.

PACHECO, César Augusto Rodrigues. **Deep learning conceitos e utilização nas diversas áreas do conhecimento**. 2018. 32 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Engenharia de Computação) – Centro Universitário de Anápolis, Universidade Evangélica de Goiás, Anápolis, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/1104>. Acesso em: 28 ago. 2024.

PRESIDENTE do TSE cobra regulamentação de redes sociais e do uso da IA. **Secretaria de Comunicação e Multimídia**, Brasília, 2 fev. 2024. Disponível em:



<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Fevereiro/presidente-do-tse-cobra-regulamentacao-de-redes-sociais-e-do-uso-da-inteligencia-artificial>. Acesso em: 12 set. 2024.

RAY, Siladitya. Trump republica imagens geradas por IA com Kamala Harris e fãs da Taylor Swift. **Forbes**, São Paulo, 19 ago. 2024. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2024/08/trump-republica-imagens-geradas-por-ia-com-kamala-harris-e-fas-da-taylor-swift>. Acesso em: 29 ago. 2024.

SILVA, Matheus Afonso Batista da. **Do Eliza ao ChatGPT: história e evolução da inteligência artificial**. 2024. 62 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências da Computação) – Escola Politécnica, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2024. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/7928>. Acesso em: 26 ago. 2024.

SPANIOL, Bruna Paiani Nasser. **A circulação midiática brasileira do vazamento de dados da NSA por Edward Snowden**. 2015. 125 f. Dissertação (Mestrado em Estudos da Mídia) – Programa de Pós-graduação, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/20970>. Acesso em: 27 ago. 2024.



A CULTURA DO LITÍGIO E O ACESSO À JUSTIÇA: O PAPEL DO JUIZ NA TENTATIVA DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

Carolina Severino Maggessy Machado

Graduada pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Advogada.

Resumo – O presente trabalho aborda a cultura do litígio e o acesso à justiça, com ênfase no papel do juiz como promotor e incentivador da pacificação social. Trata-se de um tema de elevada importância e relevância para o ordenamento jurídico, especialmente no que tange ao bom funcionamento do Poder Judiciário. O Código de Processo Civil de 2015 introduziu a política de conciliação em nosso sistema jurídico, com o objetivo de promover a autocomposição. No entanto, devido à forte cultura litigiosa enraizada na sociedade, o estímulo ao uso de métodos alternativos de resolução de conflitos tem sido insuficiente. Em consequência, o sistema judicial encontra-se em evidente colapso, agravado pelo crescente número de demandas em curso e pela falta de incentivo aos mecanismos conciliatórios.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Cultura do litígio. Acesso à justiça. Juiz. Pacificação social.

Sumário – Introdução. 1. A cultura do litígio: conceito e manifestações na sociedade brasileira. 2. O acesso à justiça e seus desafios. 3. O papel do Juiz na tentativa da pacificação social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como objetivo central discutir a cultura do litígio e sua influência no acesso à justiça, enquanto analisa o papel do juiz na tentativa de buscar a pacificação social.

A metodologia de pesquisa do presente artigo é a qualitativa, sendo feita uma coleta de dados através de artigos, livros, revistas científicas para utilizar como referência ao decorrer da abordagem do tema e para que a tese central do trabalho seja defendida.

A pesquisa do artigo é feita por meio do método dedutivo, visando trazer discussões sobre o tema e conclusões particulares sobre.

No primeiro capítulo, é abordada a essencialidade do reconhecimento de que a compreensão da cultura do litígio é fundamental para uma visão abrangente do sistema legal de uma sociedade, identificando seus problemas e promovendo práticas eficazes e justas para lidar com as disputas judiciais são passos necessários para o aprimoramento do sistema judiciário como um todo.

Em um contexto em que o sistema judicial enfrenta desafios cada vez mais complexos, é imperativo que se reconheça o potencial dos meios alternativos de solução de conflitos, como



a conciliação e a mediação. O Código de Processo Civil de 2015, ao instituir a conciliação como um meio de incentivar a autocomposição, reflete a necessidade de buscar alternativas à litigância.

É importante destacar também que, caso a legislação exigisse que as partes se reunissem em uma mesa de negociação antes de recorrerem ao Judiciário, isto é, como requisito de admissibilidade da ação, muitas disputas seriam resolvidas, aliviando o sistema judiciário e alcançando a tão almejada satisfação pacificação social.

No segundo capítulo, é abordado o acesso à justiça no Brasil, enfatizando na ineficácia para a maior parcela da sociedade por causa da morosidade processual e da sobrecarga do Poder Judiciário, identificando os problemas e trazendo algumas soluções para uma mudança de paradigma com relação ao tema.

Já no terceiro e último capítulo, o foco é o papel do juiz na tentativa de pacificar a sociedade, ou seja, a função do juiz em mediar litígios trazendo a pacificação social, abordando os problemas e trazendo inovações nas atitudes dos juízes.

É de muita relevância também, a utilização das técnicas de conciliação e mediação, como aquelas que, quando devidamente aplicadas pelos magistrados, consigam identificar os conflitos reais e, assim, alcançar a desejada pacificação dos litígios, muitas vezes incentivando o surgimento de novas amizades ou até mesmo reconciliações, algo que uma decisão judicial dificilmente conseguiria obter.

Importante salientar o quanto é necessário que o Juiz passe a se preocupar com a pacificação social em todas as suas decisões e esclarecendo-as, nas suas atitudes diante do processo, pois, como a direção é sua, nada mais lógico que o conduza sempre com a visão de que não é com a sentença, mesmo de mérito, que aquele conflito no plano fático será solucionado, já que a ideia de que a sentença põe fim ao litígio é ilusória e até mesmo ao processo.

Diante desse panorama, torna-se evidente a urgência de abordar a cultura do litígio e sua relação com o acesso à justiça. Somente através de uma análise crítica e da promoção de práticas que incentivem a pacificação social, é possível garantir um sistema judicial eficiente e acessível a todos os cidadãos.



1. A CULTURA DO LITÍGIO: CONCEITO E MANIFESTAÇÕES NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A cultura do litígio refere-se à tendência dos indivíduos e das instituições em recorrerem ao sistema judiciário para resolver disputas, ao invés de buscar soluções alternativas ou extrajudiciais. Este aspecto é um reflexo de um comportamento social onde a judicialização é vista como principal ou até mesmo a única via para a resolução de conflitos.

Essa cultura é caracterizada pela predisposição dos cidadãos e das entidades a iniciarem processos judiciais como primeira resposta a conflitos e desacordos. Este comportamento pode ser observado em diversos âmbitos, incluindo disputas comerciais, familiares, trabalhistas e até mesmo em questões de consumo. A cultura de litígio se manifesta na alta taxa de processos judiciais, no crescimento contínuo da demanda por serviços jurídicos e na sobrecarga dos sistemas judiciais, fazendo com que a judicialização de um processo se torne ineficaz.

Nesse sentido, é notório que essa cultura está profundamente enraizada na sociedade brasileira, manifestando-se de diversas formas e em diferentes contextos, refletindo tanto aspectos históricos quanto características específicas do sistema jurídico do país.

Historicamente, o Brasil herdou um sistema jurídico de matriz romano-germânica¹, que privilegia a coordenação das leis e uma estrutura judicial bem definida. Essa tradição, combinada com um Estado centralizado e um sistema jurídico complexo, favoreceu o desenvolvimento de uma cultura onde o litígio é visto como uma forma legítima e necessária de resolução de disputas.

Com a independência em 1822 e a subsequente criação do Império do Brasil, o país começou a desenvolver suas próprias instituições jurídicas. O Código Criminal de 1830 e o Código Comercial de 1850² foram alguns dos primeiros passos na consolidação das leis brasileiras. No entanto, a influência do modelo europeu surge forte, e a resolução de conflitos continua a ser vista como forma de litigar.

Já durante a Era Vargas³, houve um esforço significativo para ampliar o acesso à justiça e modernizar o sistema jurídico. A criação da Justiça do Trabalho em 1939, por exemplo, visava resolver conflitos trabalhistas de forma mais eficiente. Porém, a centralização do poder

¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Ed. Del Rey. 3. ed. Belo Horizonte. 2006.

² *Ibid.*

³ FAUSTO, Boris. **História Concisa do Brasil**. Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

durante esse período também significou uma maior intervenção estatal em diversos aspectos da vida social e econômica, o que contribuiu para a justiça ser vista como uma via para litigar.

Com o advento da Constituição de 1988, promulgada após o fim da ditadura militar, representou um marco na história do Brasil e teve um impacto profundo na cultura do litígio, pois é conhecida como a "Constituição Cidadã", ampliando significativamente os direitos dos cidadãos e garantindo um acesso mais amplo à justiça. A criação da Defensoria Pública e a garantia de assistência jurídica gratuita para os menos favorecidos foram exemplos de passos importantes para democratizar o acesso ao sistema judiciário.

Essa nova realidade constitucional, aliada a um processo de democratização da sociedade brasileira, levou a um aumento expressivo no número de processos judiciais. A população começou a ver o Judiciário como um meio eficaz para garantir direitos e resolver conflitos, contribuindo para a cultura do litígio se enraizar cada vez mais na sociedade brasileira.

Esta cultura frequentemente gera a falsa impressão de que os meios consensuais para a resolução de conflitos carecem de segurança jurídica e não produzem resultados eficazes. Tal percepção consolidou-se ao longo do desenvolvimento da sociedade e persiste até os dias atuais.

Outro problema significativo que contribui para o enraizamento da cultura do litígio é o recurso frequente da sociedade ao Poder Judiciário devido ao abandono dos demais poderes, na tentativa de ver seus desejos atendidos, resultando em uma fila de milhares de pessoas na mesma situação.

É crucial destacar que a cultura do litígio não é a única responsável pela morosidade do Poder Judiciário. Atribuir-lhe toda a culpa é eximir o Estado de sua responsabilidade, pois o Poder Judiciário necessita de reformas e sofre com alta burocracia. No entanto, a cultura do litígio é uma das principais causas da sobrecarga do sistema judiciário, que, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴, possui atualmente cerca de 100 milhões de processos em tramitação.

Ao longo dos anos, a sociedade brasileira construiu a ideia de que, se um conflito não for judicializado, ele não será resolvido, e a outra parte sairá vencedora. Dessa forma, quaisquer meios alternativos de resolução de conflitos são vistos como uma derrota e uma perda de tempo.

A conciliação e a mediação devem ser encaradas como instrumentos de pacificação social e não apenas como meios para a redução das demandas no Poder Judiciário.

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Codex atinge mais de 100 milhões de processos judiciais armazenados. Brasília:** Notícias CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codex-atinge-mais-de-100-milhoes-de-processos-judiciais-armazenados/>. Acesso em: 27 jul. 2024.



Alguns doutrinadores, como Bruno Takahashi e Paulo Afonso Vaz, afirmam que:

A conciliação, enquanto via integrativa e democrática de solução de conflitos, para além de reduzir a demanda de processos, o que é apenas uma consequência, apresenta a vantagem da verdadeira pacificação social [...]⁵.

Outro trecho importante dos doutrinadores menciona a ausência de ensino prático de conciliação e mediação, enquanto há um incentivo constante à cultura do litígio:

O grande problema a ser enfrentado é a reinante cultura de litigância. Inculcar a mentalidade consensual é um trabalho de longo prazo. Deveria haver preocupação com essa questão desde o ensino fundamental ou, ao menos, no ensino jurídico, que não educa para a pacificação social, mas para litigar. Dever-se-ia estudar, como disciplina obrigatória, as formas consensuais de solução dos conflitos ou de autocomposição [...]⁶.

É necessário também externalizar para as pessoas os casos de sucesso utilizando os métodos alternativos de solução de conflito para que a sociedade reconheça, confie e use os métodos, se tornando cada vez mais eficaz e satisfatório para todos.

Desencorajar as pessoas ao uso excessivo do litígio é uma das formas de solucionar esse problema na sociedade. Uma forma que poderia diminuir o litigante costumaz é a aplicação de custas judiciais mais elevadas para processos repetitivos, com o mesmo réu, para que essa cultura de litigar diminua e desafogue o Poder Judiciário.

Outra forma de incentivar as pessoas a utilizar métodos consensuais de resolução do litígio é a aplicação de taxas judiciárias mais baixas, simplificando procedimentos que se baseiam em acordos extrajudiciais para que se tornem mais atraentes e chamem mais atenção do que a via judicial própria.

Portanto, é de suma importância a implementação de meios conciliatórios na sociedade⁷, visando ao bem-estar e à pacificação social, substituindo a cultura do litígio pela cultura da conciliação, construindo uma cultura que priorize a paz, a negociação e a solução consensual de disputas, aliviando a sobrecarga do sistema judicial e promovendo um acesso à justiça mais equitativo e eficiente, se fazendo necessário também uma mudança profunda em várias frentes, como na educação, cultural, processual e inclusive, institucional.

⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. TAKAHASHI, Bruno. **Barreiras da conciliação na seguridade social e a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos**. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre, nº 46, fevereiro de 2012.

⁶ *Ibid.*

⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015

2. O ACESSO À JUSTIÇA E SEUS DESAFIOS

O acesso à justiça no Brasil enfrenta uma série de desafios que impactam tanto a eficácia do sistema judiciário quanto a percepção de justiça pela população. Entre esses desafios estão a sobrecarga do Poder Judiciário, a morosidade processual, a desigualdade no acesso aos recursos jurídicos e a insuficiência de métodos alternativos de resolução de conflitos⁸.

Uma das questões com mais urgência é a sobrecarga do Poder Judiciário devido a alta demanda de atrasos significativos no andamento dos processos, prejudicando a celeridade e a eficiência na prestação jurisdicional⁹.

Outro desafio é a morosidade processual, a qual é uma consequência direta da sobrecarga do sistema judiciário, pois os processos frequentemente se estendem por anos, causando frustração e desconfiança na população. Esse problema é agravado mais ainda pela burocracia e pela complexidade dos procedimentos legais, que tornam o sistema judicial lento e ineficaz.

A desigualdade socioeconômica no Brasil também se reflete no acesso à justiça, pois as pessoas de baixa renda frequentemente não dispõem de recursos para custear advogados particulares ou taxas e custas judiciais, o que limita sua capacidade de buscar justiça. Embora existam defensores públicos, sua quantidade e recursos são insuficientes para atender à demanda, deixando muitos cidadãos sem a devida assistência jurídica.

Apesar dos benefícios comprovados da conciliação e da mediação, esses métodos ainda são subutilizados no Brasil. A cultura do litígio está profundamente enraizada, sendo a judicialização frequentemente percebida como o único meio eficaz de resolver disputas. A falta de educação e de treinamento em métodos alternativos de resolução de conflitos desde a base do sistema educacional contribui para essa visão limitada.

Para melhorar o acesso à justiça, faz-se necessário o aprimoramento da Defensoria Pública, deixando-a mais fortalecida e ampliando o alcance e a qualidade dos serviços prestados, garantindo que um número maior de cidadãos possa exercer seu direito de acesso à justiça de maneira efetiva. Ao proporcionar uma defesa qualificada e eficiente, a Defensoria Pública pode contribuir para a resolução mais rápida e eficaz dos processos, ajudando a reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário. É preciso existir defensores públicos preparados e com

⁸ VASNI PAROSKI, Mauro. **Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.



recursos adequados são capazes de evitar litígios desnecessários e promover acordos e soluções alternativas, diminuindo o número de processos judiciais em tramitação.

Com mais defensores públicos disponíveis e mais bem capacitados, os processos poderiam ser conduzidos de maneira mais ágil, reduzindo a morosidade processual. A presença de uma defesa técnica qualificada desde o início dos processos pode evitar recursos e incidentes processuais desnecessários, contribuindo para uma tramitação mais célere. O fortalecimento da Defensoria Pública é fundamental para assegurar um sistema de justiça mais acessível, equitativo e eficiente. Investir nessa instituição é investir na democratização do acesso à justiça, na promoção da igualdade de direitos e na construção de uma sociedade mais justa e solidária.

É necessário citar também que uma reforma administrativa e processual no sistema judiciário brasileiro traria melhorias significativas para o acesso à justiça, atendendo a diversas necessidades e desafios que atualmente limitam a eficiência e a eficácia da prestação jurisdicional. As razões para essa melhoria são múltiplas, como a desburocratização, fazendo com que haja a eliminação de procedimentos desnecessários e simplificar etapas processuais, tornando o acesso à justiça menos oneroso e mais direto. Isso beneficiaria especialmente indivíduos e pequenas empresas que frequentemente enfrentam dificuldades para navegar no complexo sistema judiciário.

Além disso, essa reforma traria um acesso à justiça mais igualitário, podendo incluir medidas específicas para garantir que grupos vulneráveis tenham esse acesso mais eficaz, podendo envolver a criação de serviços específicos para mulheres, crianças, idosos, e pessoas com deficiência, assegurando que todas as vozes sejam ouvidas e que todos os cidadãos tenham a oportunidade de buscar reparação para suas demandas.

É importante ressaltar também que o incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, pode proporcionar melhorias significativas no acesso à justiça. Esses métodos oferecem soluções eficazes, rápidas e menos onerosas para as partes envolvidas, que é o mais importante. Esses métodos costumam ser menos dispendiosos do que os litígios judiciais, pois eles reduzem os custos com honorários advocatícios, taxas processuais e outras despesas relacionadas, tornando a justiça mais acessível, especialmente para pessoas de baixa renda.

Um dos aspectos mais importantes da promoção do acesso à justiça mais igualitário é a promoção da cultura conciliatória, ou melhor dizendo, da paz. O incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos promove uma cultura de diálogo e cooperação, em vez da confrontação e do litígio, contribuindo assim para a pacificação social e a construção de relações mais harmoniosas na comunidade, prevenindo futuros conflitos desnecessários.

Além da paz, é preciso citar também que o acesso à justiça mais efetivo fortalece a confiança da sociedade no sistema judiciário, tornando mais efetiva a prestação jurisdicional e com mais rapidez, introduzindo os métodos alternativos, pois quando as pessoas percebem que seus conflitos podem ser solucionados de forma coerente, justa e rápida, a credibilidade do sistema judiciário cresce automaticamente. Por isso, esse incentivo aos métodos alternativos de solução de conflitos se faz necessário para melhorar e tornar mais justo o acesso à justiça no Brasil, pois eles oferecem soluções mais céleres, eficazes e menos custosas, promovendo a pacificação social e fortalecendo a confiança da sociedade no Poder Judiciário.

O incentivo a esses métodos alternativos de solução de conflitos também pode incluir a formação e capacitação de mediadores e conciliadores, ampliando o mercado de trabalho nessa área e promovendo a especialização de profissionais dedicados à resolução de conflitos para que cada vez mais a cultura do litígio perca força na sociedade, inclusive quando se trata do Poder Judiciário brasileiro¹⁰.

É importante destacar também que se faz necessário a implementação de campanhas de conscientização educativas para comunicar a população sobre quais são seus direitos e sobre como as pessoas podem resolver seus conflitos de forma célere e mais eficaz.

O Poder Judiciário também precisa ter apoio para que o acesso à justiça seja para todos, melhorando as condições de trabalho dos servidores e dos juízes, não somente a remuneração justa, mas também acesso a condições tecnológicas mais rápidas e eficazes para garantir um serviço de justiça mais igualitário.

A cooperação entre os poderes também se torna importante para garantir que as políticas públicas voltadas ao acesso à justiça sejam implementadas na sociedade brasileira de forma geral. Outra forma de melhorar o acesso à justiça é estabelecendo parcerias com instituições não governamentais, organizações que visam o cumprimento dos direitos humanos, para que cada vez mais seja implementado recursos para acessar o Poder Judiciário de forma igualitária, independentemente da condição financeira da pessoa.

Portanto, o acesso à justiça no Brasil é um direito fundamental que ainda enfrenta significativos obstáculos. A superação desses desafios requer um esforço conjunto entre governo, instituições jurídicas e sociedade civil e que apenas através de reformas estruturais,

¹⁰ SILVA, Caroline Pessano Husek; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação, Conciliação e Arbitragem como métodos alternativos na solução de Conflitos para uma justiça célere e eficaz**. Revista Jovens Pesquisadores, Santa Cruz do Sul, jul. 2013. ISSN 2237-048X. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/view/3598/2673>>. Acesso em: 22 ago. 2024.



fortalecimento dos recursos e mudança cultural será possível construir um sistema judiciário mais justo, eficiente e acessível para toda a sociedade brasileira.

3. O PAPEL DO JUIZ NA TENTATIVA DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

O juiz de direito desempenha um papel fundamental e essencial na busca pela pacificação social, que é um dos objetivos centrais do sistema judiciário. A pacificação social refere-se ao processo de resolução de conflitos dentro da sociedade, de forma justa, equilibrada e conforme o ordenamento jurídico, promovendo a harmonia entre as partes envolvidas.

A compreensão da jurisdição tem passado por mudanças significativas, o que impacta diretamente seus resultados, especialmente no que diz respeito à busca pela desejada pacificação social. Para atingir esse objetivo, suas bases estão sendo reconsideradas, já que, tradicionalmente, a pacificação por meio de uma sentença beneficiaria apenas a parte vencedora, garantindo a proteção efetiva dos direitos violados ou ameaçados, conforme o estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal¹¹.

Apesar de todos os esforços para se alcançar uma atividade jurisdicional que priorize, em cada caso concreto, uma proteção substancial dos direitos, é possível que a solução consensual dos conflitos seja uma forma mais eficiente para se alcançar uma verdadeira pacificação social. Isso porque, ao evitar a figura de um vencedor e um perdedor, as chances de manter uma relação após o litígio aumentam significativamente mesmo nos casos em que a continuidade da relação não é necessária, fazendo com que o acordo traga uma sensação maior de satisfação e, muitas vezes, mais certeza no cumprimento das obrigações estabelecidas.

É nesse contexto que se defende a necessidade de o juiz de direito passar a se preocupar com a pacificação social em todas as suas decisões, ou melhor, esclarecendo-as, em suas atitudes durante o processo, já que a condução do processo é de responsabilidade do juiz.

É lógico e necessário que ele sempre aja com a percepção de que a sentença, mesmo quando aborda o mérito, não resolverá o conflito de forma material no plano prático. A ideia de que a sentença encerra o litígio é ilusória e, em muitos casos, nem mesmo finaliza o processo, conforme as mudanças recentes trazidas pela Lei nº 13.105/2015¹².

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.

¹² BRASIL. **Lei nº 13.105/2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

Os juízes precisam abandonar a visão de que sua principal função é apenas decidir, e de que a tentativa de conciliação prevista nos procedimentos é meramente uma formalidade. O processo não deve ser visto como um fim em si mesmo, pois todas as suas etapas têm um propósito bem definido: garantir que as partes envolvidas resolvam sua disputa de maneira que se alcance a pacificação social.

No entanto, essa visão muitas vezes não é compartilhada pelos profissionais do direito, o que pode ser amenizado com a adoção de meios alternativos para a resolução de conflitos. Além disso, a constante busca por uma pacificação social real, através de soluções consensuais, ajuda a resolver outro grande problema do sistema judiciário: a lentidão, que afeta todos os procedimentos e gera grande insatisfação na sociedade em relação ao funcionamento da Justiça.

De fato, o que realmente importa para quem tem um direito reconhecido é a rápida restauração desse direito de forma concreta. Infelizmente, devido à falha na prestação jurisdicional, muitas vezes a Justiça não consegue ser eficaz o suficiente para satisfazer nem mesmo a parte beneficiada do litígio.

Por todos esses motivos, é incontestável que o fortalecimento da jurisdição consensual não acarreta nenhum prejuízo aos objetivos dessa função tão essencial e necessária para a sociedade, devendo ser incentivada em todos os aspectos, como recentemente reconheceu o Conselho Nacional de Justiça, ao instituir o Dia Nacional da Conciliação e ao implementar um projeto de reestruturação e inovação do Poder Judiciário com o propósito de alcançar soluções amigáveis entre os litigantes, inclusive antes da formalização do processo.

É necessário considerar uma atividade jurisdicional que não tenha como objetivo principal a pacificação social é tratar essa função pública com negligência e com grande descaso, pois toda ação das autoridades deve buscar o bem comum, o qual só é alcançado por meio de soluções que sejam efetivamente satisfatórias para ambas as partes. Mesmo que uma delas saia derrotada processualmente, é fundamental que ela tenha plena consciência de seus erros.

Nesse sentido, é indispensável que o Poder Judiciário se ajuste a essa nova realidade, que, como já mencionado no presente artigo, não exclui os procedimentos tradicionais da Justiça. Assim, os juízes precisam, antes de dominar as técnicas, compreender de forma clara os desafios que enfrentam na conciliação e mediação.

No caso da conciliação, os processos tendem a ser mais simples, em razão do próprio objetivo e da natureza dos conflitos envolvidos. Essa distinção, no final, será essencial para não apenas em relação às técnicas empregadas, mas, sobretudo, na forma de conduzir e no objetivo final de cada abordagem.



É importante destacar que para os juízes de direito conseguirem êxito na pacificação social dos seus jurisdicionados, é necessário agir na imparcialidade para garantir a confiança das partes no sistema judicial, pois ao aplicar a lei de forma justa, o juiz assegura que os direitos de todos os envolvidos sejam protegidos, criando uma sensação de justiça que promove a pacificação, aplicando a imparcialidade da lei, baseando-se nos princípios basilares do direito.

O juiz também deverá atuar para garantir a proteção efetiva dos direitos violados ou ameaçados, conforme estabelecido pela Constituição Federal¹³, pois essa atuação contribui diretamente para a pacificação, pois busca restabelecer o equilíbrio social e jurídico, tutelando os direitos violados.

É importante ressaltar que, ao promover uma solução satisfatória para ambas as partes, o juiz ajuda a evitar que novos litígios surjam, contribuindo assim, para a estabilidade e pacificação social.

Destarte, o juiz deve incentivar a mediação e a conciliação entre as partes sempre, buscando uma solução consensual e amigável que satisfaça a todos, evitando assim, o desgaste emocional e social de uma decisão impositiva e fortalece o diálogo e a compreensão mútua, observando sempre os dois lados da relação processual.

O juiz também deverá proferir decisões bem fundamentadas, com linguagem de fácil compreensão, o que favorece a aceitação por parte dos envolvidos e reduz o risco de novos conflitos, como já foi mencionado¹⁴.

Além disso, os juízes devem evitar certas condutas, como, por exemplo, coagir as partes a aceitar termos que não desejam; redigir o acordo de maneira que não reflita a verdadeira vontade das partes; entregar o termo de acordo sem que tenha sido lido em voz alta para as partes; propor um acordo sabendo que uma das partes não conseguirá cumprir; permitir cláusulas abusivas; aceitar acordos em processos em que as partes estão utilizando o processo para objetivos ilegais ou desonestos; conduzir a negociação de maneira confusa, revisitando pontos já debatidos; sugerir acordos sem solicitação das partes, pois isso pode levar uma das partes a suspeitar que o juiz está favorecendo a outra.

Em suma, constata-se que, assim como na sua função principal de julgar e proferir decisões, bem como na adoção de medidas cautelares, a atuação judicial deve refletir um

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.

¹⁴ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **O papel do juiz na tentativa de pacificação social: a importância das técnicas de conciliação e mediação**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/787/247>. Acesso em: 22 ago. 2024.

posicionamento de equilíbrio e imparcialidade. É essencial que o juiz transmita uma imagem de neutralidade, garantindo que a confiança no juiz permaneça como um princípio fundamental e inabalável ao longo de toda a relação processual em busca por um acordo.

Nesse contexto, é fundamental que a Justiça, em sua totalidade e englobando todos os profissionais do direito e até mesmo os próprios litigantes, adote um espírito voltado para a pacificação social. Não se deve encarar o conflito exclusivamente como algo negativo, ao contrário, é imprescindível e necessário reconhecer que, por meio de um diálogo eficaz, frequentemente se alcança uma solução satisfatória, promovendo, assim, a satisfação clara e evidente das partes envolvidas.

Diante disso, a criação de núcleos de mediação e conciliação nos tribunais, como os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)¹⁵, tem sido uma estratégia para promover soluções consensuais entre as partes antes de chegar ao julgamento. Esses centros buscam resolver disputas de forma amigável, reduzindo a necessidade de decisões judiciais e, conseqüentemente, promovendo a pacificação social.

Outra iniciativa essencial foi a introdução da Justiça Restaurativa¹⁶, buscando resolver conflitos através do diálogo e da reparação dos danos, envolvendo a participação de todas as pessoas do conflito, incluindo vítimas, ofensores e a comunidade. O Brasil tem avançado na implementação de práticas de justiça restaurativa, especialmente em casos envolvendo crimes e questões familiares.

Os programas de formação e capacitação contínua para juízes também tem sua importância no cenário voltado na pacificação social, com focos em técnicas de mediação e conciliação, têm sido promovidos para melhorar suas habilidades na condução de processos e na promoção de soluções pacíficas para os conflitos.

Essas iniciativas visam não apenas a resolução eficiente de conflitos, mas também a promoção de uma cultura de diálogo e entendimento, fortalecendo o papel do juiz na pacificação social e melhorando a confiança pública no sistema judicial.

¹⁵ BRASIL. **Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's)**. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/institucional/mediacao/cejusc>. Acesso em: 12 set. 2024.

¹⁶ BRASIL. **Justiça Restaurativa**. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/justica-restaurativa>. Acesso em: 28 nov. 2024.



CONCLUSÃO

A principal função da atividade jurisdicional é promover a paz social. No entanto, é preocupante que esse objetivo não tenha sido totalmente alcançado pelos métodos tradicionais, o que evidencia a complexidade da relação entre o sistema jurídico e as práticas sociais de resolução de conflitos. Por isso, é fundamental adotar métodos alternativos de resolução de conflitos, que proporcionem soluções mais democráticas, pois esses métodos permitem uma maior satisfação social, especialmente ao incluir de forma ativa os próprios envolvidos.

A análise mostra que a cultura do litígio, caracterizada por um enfoque adversarial e muitas vezes demorado, pode, em muitos casos, não ser a maneira mais eficaz de resolver disputas e promover a justiça social.

A cultura do litígio enraizada na sociedade brasileira precisa diminuir para que a importância da implementação de meios conciliatórios na sociedade, visando ao bem-estar e à pacificação social, seja utilizado cada vez mais, fazendo com que a cultura do litígio seja substituída pela cultura da conciliação, construindo uma sociedade que priorize a paz, a negociação e a solução consensual de conflitos, aliviando a sobrecarga do sistema judicial e promovendo um acesso à justiça mais eficiente.

O acesso à justiça no Brasil enfrenta muitos desafios que impactam a eficácia do sistema judiciário e a percepção de justiça pela população. Esses desafios abrangem a sobrecarga do Poder Judiciário, a morosidade processual, a desigualdade no acesso aos recursos jurídicos e a insuficiência de métodos alternativos de resolução de conflitos. O acesso à justiça é um direito fundamental que ainda enfrenta significativos obstáculos e a sua superação requer esforços conjunto entre governo, instituições jurídicas e sociedade civil. Assim, com o fortalecimento dos recursos para o acesso e a mudança na cultura, será possível a reestruturação de um sistema judiciária mais justo e eficiente para a sociedade.

A atuação do juiz é pautada na visão tradicional na emissão de decisões judiciais e isso precisa evoluir para poder abraçar um papel mais ativo e proativo na promoção da pacificação social. O aumento da adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos, como mediação e conciliação, sendo os principais, destacam a importância de um juiz não apenas como árbitro, mas como facilitador de soluções consensuais.

Essas práticas têm mostrado ser eficazes na redução da carga processual e na promoção de acordos que atendem às necessidades e expectativas das partes envolvidas, contribuindo para uma resolução mais harmoniosa dos conflitos.

O presente artigo evidencia que a confiança no sistema judicial e a efetividade da justiça dependem de um equilíbrio entre a aplicação rigorosa da lei e a capacidade do juiz de gerir conflitos de maneira equilibrada e sensível. A capacitação contínua dos juízes em técnicas de mediação e conciliação, juntamente com a promoção de uma cultura de resolução pacífica de disputas, são fundamentais para superar a cultura do litígio e melhorar o acesso à justiça tão necessário no Brasil.

É necessário promover uma mudança de paradigma na atuação judicial, de forma que a conscientização das partes sobre a eficácia social que um acordo tem, precedida pela atuação do juiz nesse mesmo sentido. Para alcançar esse objetivo, as limitações da tutela jurisdicional não devem interferir na jurisdição consensual.

O juiz não pode, em nenhum momento, agir como um juiz tradicional, pois isso pode comprometer a elaboração do acordo e acabar com a credibilidade da Justiça em sua função pacificadora, principalmente quando se tratar de conflitos familiares. Esses casos frequentemente envolvem desilusões e insatisfações de indivíduos que tinham expectativas em relação a uma relação amorosa, o que deve sempre ser levado em consideração.

É evidente a urgência em abordar a cultura do litígio e sua relação com o acesso à justiça e que somente através de uma análise crítica e da promoção de práticas que incentivem a pacificação social, é possível garantir um sistema judicial eficiente e acessível a todos os cidadãos.

Considerando que o Código de Processo Civil de 2015 confere grande importância a todos os métodos adequados de solução de conflitos, é fundamental que os operadores do direito utilizem esses mecanismos, incentivando as partes a buscarem a conciliação ou a mediação, conforme o caso concreto. A autocomposição, ao eliminar a noção de vencedor e perdedor, permite que ambas as partes alcancem uma solução satisfatória, promovendo a sensação de justiça e de dever cumprido ao se chegar a um acordo.

Portanto, evidencia-se a importância de incentivar as partes a buscarem um acordo por meio das audiências de conciliação e mediação. Conforme foi abordado no presente artigo, o Poder Judiciário tem demonstrado crescente lentidão na resolução dos processos judiciais, sendo uma das justificativas para essa morosidade o aumento da demanda processual. Muitos desses processos, em diversas situações, poderiam ser solucionados de maneira mais rápida e satisfatória por meio de métodos consensuais.



REFERÊNCIAS

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça. Um problema ético-social no plano da realização do direito.** 2. ed. Editora Renovar, 2008.

BRASIL. **Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's).** Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/institucional/mediacao/cejusc>. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.

BRASIL. **‘Cultura do litígio’ sobrecarrega a Justiça, afirmam indicados para o CNJ.** Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/01/cultura-do-litigio-sobrecarrega-justica-afirmam-indicados-para-o-cnj>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. **Dia Nacional da Conciliação.** Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dia-nacional-da-concilia-realiza-83-mil-audiias>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. **Justiça Restaurativa.** Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/justica-restaurativa>. Acesso em: 28 nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 ago. 2024.

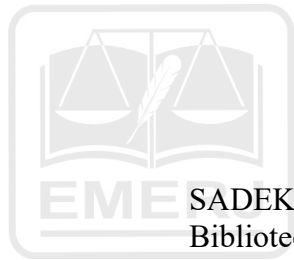
BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Conselho Nacional de Justiça., Brasília, 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf Acesso em: 22 ago. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Eillen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.** 17. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

POMPEU, ANA. **Judiciário brasileiro tem 80,1 milhões de processos em tramitação.** 27 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-30/poder-decide-faz/> Acesso em: 22 ago. 2024.

ROSENN, K. S. **O jeito na cultura jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.



SADEK, Maria Tereza (Org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. Rio de Janeiro: Biblioteca Virtual de Ciências Humanas. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **O papel do juiz na tentativa de pacificação social: a importância das técnicas de conciliação e mediação**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/787/247>. Acesso em: 22 ago. 2024.

SILVA, Caroline Pessano Husek; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação, Conciliação e Arbitragem como métodos alternativos na solução de Conflitos para uma justiça célere e eficaz**. Revista Jovens Pesquisadores, Santa Cruz do Sul, jul. 2013. ISSN 2237-048X. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/view/3598/2673>>. Acesso em: 22 ago. 2024.

VASNI PAROSKI, Mauro. **Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.



OS EFEITOS RETROATIVOS DO REGIME DE BENS NA ESCRITURA DE UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Daniel Lauer Frade

Graduado pela Pontifícia
Universidade Católica do Rio de
Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

Resumo – a possibilidade de se conceder o efeito retroativo ao regime de bens no contrato de convivência é um tema que ainda desperta grande controvérsia tanto doutrinária e jurisprudencial. Por mais que o STJ tenha se manifestado no sentido de que não seria possível conceder esse efeito, cartórios pelo Brasil, muitas vezes autorizados pelos próprios tribunais locais ainda registram essa cláusula, se tratando de uma demanda relevante dos casais que desejam registrar sua união estável. O presente trabalho busca demonstrar que a controvérsia sobre qual princípio deve ser privilegiado nesses casos, pode ser superada, sendo possível harmonizar a autonomia da vontade e a segurança jurídica. Defende-se que nos dias atuais a interferência estatal deve ser mínima, para manter a união estável como um instituto simples e desburocratizado.

Palavras-chave – Direito de Família. União Estável. Segurança Jurídica. Autonomia da Vontade. Retroatividade.

Sumário – Introdução. 1. A impossibilidade de conceder os efeitos retroativos ao regime de bens como ofensa ao princípio da autonomia da vontade. 2. O potencial risco a segurança jurídica dos credores e enriquecimento ilícito do casal em caso de concessão do efeito retroativo. 3. A incompatibilidade entre a exigência de burocracias para dar o efeito retroativo ao regime de bens e a informalidade do instituto da união estável. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca discutir a possibilidade de estabelecer um regime de bens diferente do regime legal na escritura da união estável, estabelecendo efeitos retroativos à data do início da relação, especialmente à luz dos princípios da segurança jurídica e da autonomia da vontade.

A união estável, por sua natureza historicamente informal, frequentemente não é formalizada em escritura no momento em que se inicia, o que, às vezes, é difícil de ser percebido até pelo próprio casal, por se tratar de uma situação fática. Isso pode levar os casais a adotarem inadvertidamente um regime de bens que não corresponde aos seus desejos reais, comprometendo sua segurança patrimonial.

Embora a formalização da escritura permita que o casal escolha o regime de bens desejado, há debates sobre se esse regime pode retroagir à data de início da união estável ou se só passa a valer a partir da data da escritura. Decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) indicam que o regime de bens na escritura de união estável tem efeitos apenas a

partir do momento da sua formalização, o que tem gerado controvérsias e causado surpresa entre os casais, muitos dos quais desconhecem essa interpretação jurídica. Isso ocorre, pois, infelizmente, muitas pessoas, ao iniciarem uma relação afetiva, não discutem detalhes patrimoniais e desconhecem as consequências de um regime de bens presumido.

Para muitos, a irretroatividade deve ser aplicada em respeito à segurança jurídica, que, enquanto princípio basilar do direito, busca garantir estabilidade e previsibilidade nas relações sociais, conferindo confiança aos cidadãos quanto à aplicação e interpretação das normas jurídicas, assim como no cumprimento de acordos firmados entre particulares.

Outros defendem que a irretroatividade seria uma ofensa ao princípio basilar do direito de família, que é o princípio da autonomia da vontade, o qual reconhece a capacidade das pessoas de autodeterminarem seus interesses e escolhas, inclusive no âmbito das relações familiares.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é lançar luz sobre esse dilema, discutindo qual dos dois princípios - segurança jurídica ou autonomia da vontade - deve prevalecer na determinação do regime de bens na união estável, especialmente quando se trata da sua aplicação retroativa. Ao investigar e refletir sobre essas questões, a presente pesquisa busca contribuir para um entendimento mais claro e abrangente desse tema complexo e de grande relevância para o direito de família.

O primeiro capítulo trata sobre o princípio da autonomia da vontade como norteador das relações de família, discutindo se a irretroatividade do regime de bens na escritura da união estável seria uma violação desse princípio e consistiria em uma interferência estatal indevida nas relações de família, com a limitação da capacidade de autodeterminação e de estabelecer acordos que reflitam suas vontades e interesses pessoais, impedindo o exercício da liberdade dos indivíduos de moldarem suas relações familiares de acordo com suas necessidades e convicções.

O segundo capítulo trata sobre o princípio da segurança jurídica, trazendo a discussão de que dar efeito retroativo ao regime de bens na escritura de união estável poderia facilitar que pessoas de má-fé se utilizassem desse expediente para limitar o patrimônio que o credor teria para satisfazer a dívida, o que poderia causar um enriquecimento ilícito do casal. Por isso, seria importante a irretroatividade do regime de bens para promover os princípios de proteção aos terceiros e de preservação da ordem jurídica e econômica.

O terceiro capítulo trata sobre uma possível descaracterização do instituto da união estável em caso da não concessão do efeito retroativo para o regime de bens, questionando até que ponto a imposição de formalidades para definir o regime de bens, equiparando-o ao



casamento, pode descaracterizar esse instituto e, conseqüentemente, esvaziá-lo de sua essência. Também é analisado se seria incoerente não exigir registro para reconhecer o início da união estável, mas impor essa mesma exigência para estabelecer o início da vigência de um regime de bens, devido à sua natureza menos burocrática.

O presente trabalho é realizado de forma qualitativa, com uma análise sobre o significado, o contexto social e as motivações que cada defensor de cada um dos lados possui. Mas também é uma pesquisa de natureza explicativa, com um posicionamento do autor favorável à concessão do efeito retroativo ao regime de bens na escritura de união estável.

A pesquisa também é feita por meio de consulta bibliográfica, com análise da legislação pertinente, jurisprudência de tribunais estaduais e superiores sobre o tema e doutrina especializada por meio de artigos, trabalhos monográficos e livros.

Por fim, é utilizado o método hipotético-dedutivo para formulação do presente trabalho, pois trata-se de um método que proporciona uma abordagem rigorosa e organizada para a construção do conhecimento, garantindo a coerência lógica entre as premissas teóricas e os resultados empíricos obtidos. Além disso, o método hipotético-dedutivo possibilita a generalização dos resultados, uma vez que as hipóteses formuladas são testadas de maneira sistemática.

1. A IMPOSSIBILIDADE DE CONCEDER EFEITOS RETROATIVOS AO REGIME DE BENS COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

O direito de família moderno tende a dar cada vez mais importância ao princípio da autonomia da vontade, visto que a evolução da sociedade fez com que antigos padrões, onde as pessoas deveriam seguir determinadas condutas para serem reconhecidas como família, mudassem.

No passado, condutas que hoje são consideradas plenamente normais e aceitáveis, há poucas décadas eram discriminadas ou até consideradas ilegais, como é o caso de famílias formadas por mães ou pais solteiros ou uniões homoafetivas. A própria união estável, durante muito tempo, não era oficialmente reconhecida como uma forma válida de se constituir uma família e, hoje, ela inclusive consta no rol do art. 226 da CFRB¹ como uma das formas de família.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

Essa mudança de paradigma veio no momento em que se percebeu que seria muito mais adequado deixar a decisão de qual seria a melhor forma de se relacionar para os próprios indivíduos do que para o Estado, que, por meio de suas legislações, não consegue acompanhar os avanços da sociedade na mesma velocidade em que eles acontecem. Como diz aquela famosa frase: “a sociedade caminha na mesma velocidade que o direito”. Mas, mesmo com o princípio da autonomia da vontade ganhando esse protagonismo, ainda há divergências em relação à sua amplitude, com algumas restrições sendo apoiadas por grande parte do Judiciário e nomes da doutrina. Entre essas restrições está a retroatividade do regime de bens em um contrato de união estável.

Com relação à possibilidade de a cláusula prever uma retroatividade para um regime de bens mais abrangente quanto ao compartilhamento do patrimônio entre os cônjuges, já há um certo consenso para se admitir essa hipótese. Nomes como Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves entendem ser algo natural: “somente na hipótese de adoção do regime de comunhão universal é que o contrato produzirá efeitos retroativos, pois o referido regime produzirá a formação de um patrimônio único, inclusive quanto aos bens já possuídos anteriormente”.² O próprio STJ já decidiu ser possível a retroatividade do regime de bens quando essa mudança beneficiar terceiros, conforme relatado pelo ministro Raul Araújo no julgamento do REsp 167142

Como regra, a mudança de regime de bens valerá apenas para o futuro, não prejudicando os atos jurídicos perfeitos. Mas a modificação poderá alcançar os atos passados se o regime adotado (exemplo: alteração de separação convencional para comunhão parcial ou universal) beneficiar terceiro credor pela ampliação das garantias patrimoniais. Aceitável, portanto, a retroação decorrente de explícita manifestação de vontade dos cônjuges.³

Isso já demonstra um início de mudança de entendimento com relação à possibilidade de o regime de bens retroagir, o que faz bastante sentido, já que a união estável, por ser uma situação de fato, muitas vezes leva os próprios membros do casal a não perceberem imediatamente o seu início para logo registrarem essa vontade de possuir um regime de bens mais restrito, só se dando conta dessa situação posteriormente, conforme muito bem descrito pelo ministro Marco Aurélio Bellizze no julgamento do REsp 1845416.

² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 510

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.671.422/SP**. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DE SEPARAÇÃO TOTAL PARA COMUNHÃO UNIVERSAL. RETROAÇÃO À DATA DO MATRIMÔNIO “EX TUNC”. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE VONTADE DAS PARTES COROLÁRIO LÓGICO DO NOVO REGIME. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Relator: Min. Raul Araujo, 25 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1922836551>. Acesso em: 6 ago. 2024



Na prática, na grande maioria desses relacionamentos, a formalização desse regime de bens faticamente já vigente entre os companheiros não se dá imediatamente ao início da convivência. Afinal, as relações convivenciais se desenvolvem, no mundo dos fatos, longe dos rigores formais, o que não pode ser utilizado como justificativa para cercear a liberdade e a autonomia dos companheiros para dispor sobre seus bens já nesse momento inicial.⁴

Tal visão é reforçada pelo fato de como muito bem retratou Luiza Bononomi em seu trabalho monográfico sobre o tema, o contrato de convivência além de ser opcional, pode ser realizado a qualquer momento sendo uma grande limitação da autonomia da vontade impedir sua alteração:

Ademais, é importante ressaltar que o contrato de convivência, ao contrário do pacto antenupcial do casamento, pode ser celebrado a qualquer tempo, sendo, até mesmo, mais comum a sua realização durante a união estável e não ao seu início, uma vez que ela se dá informalmente, muitas vezes sem a efetiva ciência do próprio casal. Não somente o contrato pode ser elaborado a qualquer tempo, como também ele pode ser alterado ou substituído posteriormente, caso seja a vontade do casal.⁵

Essa situação vem sendo tão corriqueira que, inclusive, passou a constar no Código de Normas Extrajudiciais do TJRJ, que, em seu art. 390, §1º, apesar de não garantir a legalidade da cláusula de retroatividade, permite que o tabelião do cartório a inclua no contrato de convivência:

Art. 390. Da escritura de reconhecimento de união estável, dentre outras, poderão constar cláusulas patrimoniais dispondo sobre o regime de bens, incluindo a existência de bens comuns e de bens particulares de cada um dos conviventes, assim como cláusulas existenciais, desde que não vedadas por lei.
§1º. Caso as partes optem pelo regime da separação absoluta de bens e estabeleçam retroagir os seus efeitos à data de início da relação, o tabelião deve adverti-las quanto à possível anulabilidade da cláusula, o que deverá constar expressamente do ato.⁶

Essa disposição, apesar de ter sofrido algumas críticas, simplesmente reflete o que vem sendo observado na realidade, com diversos casais querendo ter o poder de regular suas relações, exercendo seu livre-arbítrio de dispor de seus bens como desejam e colocando no papel o que já vivem na prática.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.845.416/MS**. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. OMISSÕES E CONTRADIÇÕES [...] ELEBRAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE INCOMUNICABILIDADE PATRIMONIAL COM EFICÁCIA RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE, POIS CONFIGURADA A ALTERAÇÃO DE REGIME COM EFICÁCIA EX-TUNC, AINDA QUE SOB O RÓTULO DE MERA DECLARAÇÃO DE FATO PRÉ-EXISTENTE. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 17 de agosto de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2033101&num_registro=201901500460&data=20210824&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 6 ago. 2024

⁵ BONONOMI, Luiza. **A possibilidade de produção de efeitos retroativos de contrato de convivência**. Tese (Monografia) – Faculdade de direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 69. 2019.

⁶ RIO DE JANEIRO. Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro Parte Extrajudicial. **Provimento CGJ n.º 87/2022**. Disponível em: <https://portaltj.tjrj.jus.br/documents/d/cgj/codigo-de-normas-extrajudicial-anotado-compilado-autalizado-em-31-07-2024-com-sumario>. Acesso em: 7 ago. 2024

O doutrinador Francisco Cahali, que é um dos principais defensores dessa possibilidade de retroação do regime de bens, chega inclusive a dizer que impedir que isso ocorra seria uma limitação à plena capacidade dos indivíduos. Ou seja, limitar sua vontade nesse caso seria inconstitucional:

Que impedir aos companheiros, com livre disposição sobre seus bens preexistentes ou futuros, de estipularem suas relações patrimoniais seria projetar restrições à capacidade dos conviventes, impondo-lhes uma limitação contrária à capacidade civil e ao exercício da propriedade, tangenciando até a inconstitucionalidade, diante dos Arts. 5º, XXII, XXIII, e 170, III, da Constituição Federal de 1988.⁷

Essa visão é reforçada pela argumentação da doutrinadora Simone Orodeschi, que vai além e diz que a liberdade no contrato de convivência é tão ampla que somente poderia ser limitada a disposição do patrimônio retroativamente se houvesse alguma vedação legal, o que não ocorre no presente caso: "O contrato de convivência se caracteriza pela possibilidade de retroação de suas disposições, considerando que não há qualquer vedação legal neste sentido e que o ordenamento civil confere aos contratantes liberdade de dispor sobre o seu patrimônio."⁸

Para os defensores dessa ideia, o único requisito para que essa cláusula de retroatividade tenha validade é que esteja expressa no contrato de convivência, o que parece razoável, já que, pela legislação, qualquer lacuna de tempo que não esteja regulada pelo pacto antenupcial ou pelo contrato de convivência deve ser regida pelo regime da comunhão parcial. Logo, não há presunção de retroatividade, conforme ressaltou Luiza Bononomi no momento em que citava o pensamento de Francisco Cahali:

Imperativo destacar, contudo que a cláusula que determina os efeitos retroativos no contrato de convivência deve ser, obrigatoriamente, expressa. A presunção da retroatividade não é possível, sendo imprescindível a manifestação de vontade dos conviventes nesse sentido, do contrário, os efeitos do contrato serão da sua data de confecção em diante. Para Cahali, em casos em que o contrato é elaborado de forma omissa, no que se refere aos bens pretéritos, não se pode fazer qualquer presunção, porém é possível entender tal contrato como indício de que as partes tinham a intenção de conviver conforme o acordado desde o início da relação.⁹

Para Cahali, para privilegiar a autonomia da vontade, deve-se realizar uma investigação para saber se a real intenção das partes, desde o princípio, era optar por um regime mais protetivo de bens. Isso faria com que o principal princípio da união estável, que é

⁷ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, Saraiva: São Paulo, 2002, p.82

⁸ SANTOS, Simone Orodeschi Ivanov dos. **União estável, regime patrimonial e direito intertemporal**, São Paulo: Atlas, 2005, p.126.

⁹ CAHALI Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, Saraiva: São Paulo, 2002, p. 80 *apud* BONONOMI, Luiza. A possibilidade de produção de efeitos retroativos de contrato de convivência. Tese (Monografia) – Faculdade de direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 69. 2019.



a primazia da realidade, fosse seguido, conforme muito bem retratou Thais Cambarra ao citar

Francisco Cahali:

Francisco José Cahali afirma ainda que, na interpretação do contrato de convivência, deve-se investigar a real intenção das partes, de modo que ‘mesmo com termos ou disposições genéricas, se haverá por admitida a incomunicabilidade do patrimônio’ se essa era a vontade dos companheiros.¹⁰

Cahali ainda afirma que reconhecer a retroatividade do regime de bens, na prática, é reconhecer uma situação já consumada, que apenas foi formalizada, sendo contraditório com o que preza o instituto da união estável ir contra essa disposição, conforme retratou Rolf Madaleno ao citar Francisco Cahali:

Francisco José Cahali apresenta sólidos argumentos para conferir retroatividade ao contrato de convivência e assim fazer incidir os resultados da convenção sobre a situação já consumada, sendo perfeitamente viável aos conviventes estipularem, em contrato de convivência ou em pacto antenupcial, que o patrimônio passado e futuro são considerados particulares e de propriedade exclusiva do seu respectivo titular, afastando da partilha qualquer bem apresto ou aquesto. Significa outorgar aos conviventes ou futuros nubentes a liberdade plena de reconhecerem que viveram em união estável e que a sua relação passada e seus onerosos aquestos poderão ser ressaltados pela eleição, em contrato, de um regime de separação de bens que está zerando as comunicações passadas.¹¹

A autonomia da vontade que já é relevante no direito de família como um todo, toma um contexto ainda mais relevante quando se trata da união estável, por isso sua limitação nesse instituto deve ser somente em situações excepcionais, o que não parece ser o caso da retroatividade do regime de bens, que na prática apenas torna público o que já era vivido na prática pelo casal, já que ambos concordaram em assinar o contrato mostrando que desde o início da relação possuíam essa vontade.

2. O POTENCIAL RISCO À SEGURANÇA JURÍDICA DOS CREDORES E ENRIQUECIMENTO LÍCITO DO CASAL EM CASO DE CONCESSÃO DO EFEITO RETROATIVO

Para grande parcela da doutrina e da jurisprudência majoritária do STJ, não seria possível conceder o efeito retroativo à escritura para o regime de bens na união estável, pois isso traria uma enorme insegurança jurídica e também potencialmente poderia propiciar que

¹⁰ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79 apud LEMPEK GAMBARRA, Thais. **Da (im)possibilidade de atribuição de efeitos retroativos ao regime de bens escolhido pelos companheiros em contrato de convivência**. Tese (Monografia) – Faculdade de direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 76. 2019

¹¹ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, Saraiva: São Paulo, 2002, p.82. apud MADALENO, Rolf. A retroatividade restritiva do contrato de convivência. Rolfmadaleno.com. Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-retroatividade-restritiva-do-contrato-de-convivencia>. Acesso em: 18 fev. 2024.

um cônjuge ou companheiro de má-fé se aproveite do outro e se livre da partilha de bens em um eventual divórcio, e, por isso, seria legítimo limitar a autonomia da vontade.

Uma das possíveis inseguranças jurídicas que conceder o efeito retroativo ao regime de bens poderia causar é fazer com que a união estável passe a ter mais benefícios que o casamento, visto que, para se alterar o regime de bens de um casamento, só é possível com autorização judicial, e, se concedida a alteração, só tem efeitos “ex nunc”. Logo, devido à equiparação que os dois institutos possuem, por mais que a troca de regime na união estável não tenha as mesmas formalidades, deveriam ter o mesmo efeito, conforme defendeu o ministro Moura Ribeiro no julgamento do REsp 1383624: “no curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento”¹².

Para o STJ, conceder os efeitos retroativos seria o mesmo que considerar que, até a data em que foi firmado o contrato de convivência, as partes viviam em uma união estável com ausência de regime de bens, o que não é possível pelo ordenamento jurídico, conforme afirmou a ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp 1.845.416: “A ausência de contrato escrito convivencial não pode ser equiparada à ausência de regime de bens na união estável não formalizada, como se houvesse somente uma lacuna suscetível de ulterior declaração com eficácia retroativa”¹³.

Cabe ressaltar que o caso concreto analisado pelo STJ nesse recurso especial, que é usado como paradigma para definir a posição do tribunal sobre o tema, possui algumas peculiaridades, como o fato de a união estável ter sido registrada anteriormente sem que um regime de bens fosse definido e, posteriormente, o contrato de convivência foi alterado, onde aí sim foi colocado o regime de bens da separação convencional com efeitos retroativos. Tal

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.383.624/MG**. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. 1) ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. [...]2) PRETENSÃO DE SE ATRIBUIR EFEITOS RETROATIVOS A CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DA EX-COMPANHEIRA NÃO PROVIDO. Relator: Min. Moura Ribeiro, 02 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1413848&tipo=0&nreg=201301462586&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150612&formato=PDF&salvar=false#:~:text=Trata%2Dse%20de%20a%20C3%A7%C3%A3o%20de,contra%20sua%20ex%2Dcompanheira%2C%20H.G.P.> Acesso em: 6 ago. 2024

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.845.416/MS**. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. OMISSÕES E CONTRADIÇÕES [...]ELEBRAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE INCOMUNICABILIDADE PATRIMONIAL COM EFICÁCIA RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE, POIS CONFIGURADA A ALTERAÇÃO DE REGIME COM EFICÁCIA EX-TUNC, AINDA QUE SOB O RÓTULO DE MERA DECLARAÇÃO DE FATO PRÉ-EXISTENTE. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 17 de agosto de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2033101&num_registro=201901500460&data=20210824&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 6 ago. 2024.



situação, sem dúvida, enfraquece o argumento de que a intenção do casal desde o princípio era possuir como regime de bens a separação convencional, já que não registraram a vontade inicialmente. Mas é importante dizer que a maioria das situações onde as pessoas desejam colocar a cláusula retroativa se dá no momento do primeiro registro da união estável, onde seria muito mais crível acreditar que essa fosse sua intenção desde o princípio.

Os críticos a essa medida também afirmam que esse efeito retroativo pode ser extremamente prejudicial para os credores dos membros do casal, uma vez que isso reduziria o patrimônio que o mesmo teria acesso para cobrar sua dívida.

Essa situação causaria uma enorme insegurança jurídica, pois o credor, ao contratar, acredita que, por naquele momento não haver qualquer contrato de convivência ou, se houver, não há qualquer menção sobre o regime de bens, o que faz pressupor que aquele casal está em regime de comunhão parcial. Sendo, portanto, pelo princípio da não surpresa, vedado que posteriormente esse credor tenha uma redução de sua garantia para receber seu crédito sem que tenha sido consultado.

Logo, devido a essa presunção de prejuízo ao credor, não seria possível dar efeito retroativo ao regime de bens no contrato de convivência, conforme afirmou Rafael Calmon ao site IBDFAM: “Neste cenário, retroagir os efeitos da sentença seria como se o casal fosse casado desde sempre sob regime de separação de bens. Isso causaria surpresa e possível prejuízo a eventuais terceiros que com eles negociassem.”¹⁴

Também se argumenta que, além de o credor já ter direitos adquiridos a ter essa garantia mais ampla para receber seu crédito, os próprios companheiros já teriam direito adquirido a metade do patrimônio adquirido durante a união, não sendo legítimo limitar o acesso deles a esses bens por uma cláusula de retroatividade inserida após o início da união. Por isso, conforme defende Júlio Martins, ao citar Maria Berenice Dias, o que essa cláusula faz é simplesmente retroagir a data de início da união; já o regime de bens é somente dali em diante.

O contrato obrigatoriamente terá efeito retroativo em relação à EXISTÊNCIA da união estável. O que NÃO RETROAGE é o REGIME DE BENS quando é eleito outro regime que não seja o da comunhão parcial de bens. Não há possibilidade de ser atribuído EFEITO RETROATIVO a regime de bens mais restritivo, por afrontar

¹⁴ ANUNCIAÇÃO, Débora. **Mudança no regime de bens do casamento tem efeito retroativo, decide STJ.** IBDFAM, 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10747/Mudan%C3%A7a+no+regime+de+bens+do+casamento+tem+efeito+retroativo%2C+decide+STJ#:~:text=Mudan%C3%A7a%20no%20regime%20de%20bens%20do%20casamento%20tem%20efeito%20retroativo%2C%20decide%20STJ,04%2F05%2F2023&text=Em%20decis%C3%A3o%20un%C3%A2nime%2C%20a%20Quarta,portanto%2C%20tem%20efic%C3%A1cia%20ex%20tunc.> Acesso em: 17 fev. 2024.

direitos já adquiridos. Ou seja, sem contrato, o regime é da comunhão parcial. descabido eleger o regime de separação, desde o início da união.¹⁵

Maria Berenice Dias ainda complementa afirmando que o máximo que essa cláusula poderia dispor era deixar claro quais bens do seu patrimônio eram particulares, ou seja, adquiridos antes da união, para evitar que os mesmos façam parte de uma eventual futura partilha:

A adoção do regime da separação de bens não tem o condão de desconstituir a titularidade comum dos bens que já haviam sido adquiridos pelo par. Como vigorava o regime da comunhão parcial, cada um é meeiro deste patrimônio. No máximo é possível eleger a incomunicabilidade com referência aos bens particulares de cada um, existentes antes do início da união ou por terem sido adquiridos por sub- rogação, doação ou herança (CC, art. 1.659, I).¹⁶

Há um entendimento de que, assim como ocorre com os credores, também haveria uma presunção de prejuízo para o companheiro em casos onde se retroage o regime de bens para um mais restritivo, já que o mesmo poderia ver seu esforço comum não ter valido de nada na hora da partilha, com o outro ficando com a integralidade do bem, só porque o registrou em seu nome, o que poderia beneficiar pessoas de má-fé. Sendo importante restringir o efeito retroativo, conforme afirmou Flávio Tartuce ao citar Rolf Madaleno:

Destaco que a minha posição doutrinária é no sentido de que até poderia ser possível dar um caráter retroativo ao contrato de convivência, tendo ele eficácia restritiva, na linha do defendido por Rolf Madaleno; e desde que não prejudique o companheiro. Porém, o prejuízo é claro e evidente nos casos em que se convencionou, de forma retroativa, o regime da separação convencional e absoluta de bens, o que não se pode admitir, ao contrário do que a norma em estudo acabou de prever.¹⁷

Apesar de os argumentos sobre a preservação da segurança jurídica e da vedação do comportamento de má-fé serem extremamente relevantes e sempre devem ser levados em consideração, não podem servir como justificativa para tolher por absoluto a liberdade das pessoas de dispor sobre suas relações. É evidente que se esse tipo de comportamento for comprovado, tais cláusulas retroativas devem ser anuladas, mas isso não deve impedir que pessoas que simplesmente estão registrando sua vontade, mesmo que de forma atrasada e não prejudicando nenhum interesse sejam impedidas de fazê-la, sob pena de acabar com a essência do contrato de união estável.

¹⁵ BERENICE DIAS, Maria. **Manual de Direito das Famílias**. 2021 *Apud* MARTINS, Julio. **Podemos lavrar Escritura de União Estável com efeitos retroativos?** Jus Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/podemos-lavrar-escritura-de-uniao-estavel-com-efeitos-retroativos/1150197130>. Acesso em: 17 fev. 2024.

¹⁶ BERENICE DIAS, Maria. **Alterações do regime de bens: efeito ex tunc ou ex nunc?** berenicedias.com, 2020. Disponível em: https://berenicedias.com.br/alteracoes-do-regime-de-bens-efeito-ex-tunc-ou-ex-nunc/#_ftn1. Acesso em: 17 fev. 2024

¹⁷ TARTUCE, Flávio. **A nova norma da Corregedoria Geral de Justiça do TJ/RJ e a escritura pública de união estável**. Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/382055/norma-da-corregedoria-geral-e-a-escritura-publica-de-uniao-estavel>. Acesso em: 17 fev. 2024



A discussão aqui proposta não tem por objetivo abrir brechas para atos de má-fé e nem dar um caráter absoluto a essa cláusula de retroatividade do regime de bens, já que isso também violaria a essência da união estável que é conhecida como um instituto onde nada tem presunção absoluta de veracidade, sendo sempre submetido a primazia da realidade e a busca da verdade real, logo situações onde a retroatividade foi inserida por meio de alteração no contrato de convivência, como a do caso do Resp 1845416, já aqui relatado não devem ter a mesma presunção de veracidade que as que foram colocadas em um contrato de convivência de forma originária. A questão é não dar presunção absoluta nem para anular nem para validar a cláusula, pois isso faria com que se instituíssem burocracias e formalidades na união estável que são incompatíveis com a natureza do instituto.

3. A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A EXIGÊNCIA DE BUROCRACIAS PARA DAR O EFEITO RETROATIVO AO REGIME DE BENS E A INFORMALIDADE DO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, de forma geral, é classificada como um ato-fato jurídico, ou seja, ela nasce primeiro no mundo dos fatos para só depois ser reconhecida no mundo jurídico. Por isso, seu reconhecimento é feito com poucas burocracias, sendo inclusive o seu registro opcional, já que ele apenas reconhece algo que já está materializado no mundo dos fatos. Conforme bem explicou Thomaz Baldo em entrevista para o site Folha Vitória, a união estável surge de como as pessoas se comportam.

Primeiro de tudo: formalizar uma união estável por escrito é facultativo, já que é algo que nasce no mundo dos fatos. Se uma pessoa e o namorado passaram a morar juntos e, depois de um tempo, passaram a se comportar como se marido e mulher fossem (ou variações homoafetivas), têm uma vida como se fosse de família e não mais de um casal de namorados, esses sinais já caracterizam a união estável.¹⁸

Portanto, o registro não é requisito de existência da união estável, o que faz com que a mesma seja uma situação completamente diversa do casamento, onde o mesmo só é efetivado após o registro em um cartório competente, após serem cumpridas todas as formalidades legais. Ou seja, trata-se de um processo onde a burocracia imposta pelo registro faz parte do reconhecimento de sua validade.

Na união estável, por outro lado, o registro tem um papel bem menos relevante, sendo que o mesmo serve principalmente para cumprir o requisito da publicidade exigido pelo

¹⁸ ARRUDA, Isabella. **Morar junto sem formalizar uma união estável ou casamento traz riscos ao casal?** Folha Vitória. Disponível em: <https://www.folhavitoria.com.br/geral/noticia/04/2023/morar-junto-sem-formalizar-uma-uniao-estavel-ou-casamento-traz-riscos-ao-casal> . Acesso em: 9 set. 2024.

art. 1.723 do Código Civil¹⁹. Conforme muito bem pontuou Alessandra Meneghetti, ao citar Humberto Theodoro Junior: "Para o autor, a inscrição registral [...] é apenas ato de publicidade, embora de relevante importância jurídica, visto que é a partir dele que o negócio das partes adquirirá força para ser oposto a terceiros."²⁰

O registro, formalizado pelo contrato de convivência, inclusive, não possui presunção absoluta de veracidade. Portanto, ele nem mesmo garante que, após ser realizado, automaticamente fará com que a união estável seja reconhecida, visto que ele, assim como qualquer outro requisito, deve ser analisado sob o prisma da primazia da realidade. Assim, se um casal possui uma união estável registrada, fazendo com que, para terceiros, a relação seja pública, mas não cumpre algum dos outros requisitos (relação contínua e duradoura com intuito de se constituir família), tal registro pode ser desconsiderado em juízo, conforme afirmou Delmiro Porto.

O registro público da declaração de convívio não prova, por si só, a existência da união estável, podendo, no máximo, ser empregado na análise do quadro fático resultante da união livre. Essa análise se dá em juízo, onde o referido registro não atuaria como probante da união de direito, mas como prova do quadro fático, que, eventualmente, poderá ser considerado de natureza jurídica (união estável).²¹

Logo, ao contrário do casamento, onde a certidão de casamento possui presunção absoluta de veracidade, na união estável nada tem presunção absoluta. Por isso, tudo deve ser analisado em busca da verdade real dos fatos, sendo, portanto, da natureza do instituto que tudo tenha presunção relativa, fazendo com que seja essencialmente informal e não burocrática.

A informalidade é tanta que o registro da união estável pode ocorrer tanto por escritura pública quanto por escritura particular, podendo, inclusive, a mesma relação ser registrada de forma particular e depois ser objeto de uma nova escritura pública. Razão pela qual não faz sentido impor as mesmas exigências do casamento para se alterar o regime de bens, visto que todo o processo judicial necessário para que essa alteração possa ocorrer vai completamente de encontro à natureza do instituto da união estável.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil: dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova**. v. III, tomo II. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 525-526. *Apud* MENEGHETTI, Alessandra. Efeitos retroativos da escritura pública de união estável. **Revista da ESMESC**, [S. l.], v. 22, n. 28, p. 59-78, 2015. DOI: 10.14295/revistadaesmesec. v22i28.p59. Disponível <https://revista.esmesec.org.br/re/article/view/121>. Acesso em: 19 fev. 2024

²¹ PORTO, Delmiro. **União estável sob os ângulos da informalidade e da prova**. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/14280/uniao-estavel-sob-os-angulos-da-informalidade-e-da-prova>. Acesso em: 9 set. 2024.



Se o seu reconhecimento é feito sem qualquer burocracia, com o regime de bens também podendo ser alterado por uma simples escritura, proibir por completo o efeito retroativo do regime de bens, visto que isso pode ser simplesmente a manifestação de vontade que as partes sempre tiveram, não possui qualquer vedação legal para que isso ocorra, conforme muito bem pontuou Conrado Paulino da Rosa.

Em nosso entendimento aliado ao da doutrina contemporânea, os conviventes podem, inclusive, firmar contratos com efeitos retroativos, bem como, após a redação do documento, desde que em opção conjunta e também dispensada de qualquer formalidade, os conviventes poderão realizar sua alteração, até mesmo usando instrumentos diferentes. Por exemplo, um casal firma um contrato particular de união estável em determinado ano, sendo que apenas fizeram o reconhecimento de firma das assinaturas em um Tabelionato de Notas. Nada impede que, no ano seguinte, possam lavrar escritura pública em outro Tabelionato podendo, até mesmo, eleger regime de bens diferente daquele momento anterior.²²

Por óbvio, tal alteração com efeito retroativo, para ter eficácia perante terceiros, precisa ser feita por meio de escritura pública, o que não se trata de nenhuma criação de uma nova burocracia, visto que, para que a própria existência da união estável seja oponível a terceiros, é preciso desse registro público.

Por não ser uma situação usual, nada impede que o tabelião possa exigir alguns requisitos para que se coloque uma data de início da união estável anterior àquela em que está sendo feito o registro, como exigir a escritura particular, se houver, ou que o casal traga duas testemunhas que confirmem a data de início da união estável, já que, por possuir fé pública, o tabelião deve tomar todas as precauções possíveis, por mais que o mesmo não seja responsável pelo conteúdo das declarações, conforme bem ressaltou Alessandra Meneghetti.

O tabelião possui condições de inserir a data de início da união estável, desde que os companheiros apresentem certidão do Registro de Títulos e Documentos contendo esta informação, a qual será obtida pelo registrador por meio de consulta ao contrato particular de união estável ou da escritura pública de contrato de união estável inscritas na serventia, ou com a exigência de duas testemunhas que declarem o início da união de fato, lembrando que o tabelião é responsável pelo cumprimento das formalidades do ato notarial e não pelas declarações dos interessados. Com isso, os atos de formalização da união estável conferiram os efeitos patrimoniais retroativos e em relação a terceiros, os quais são inerentes à essência da união estável, à publicidade dos atos notariais e à segurança das relações jurídicas.²³

A discussão sobre dar ou não o efeito retroativo ao regime de bens não pode ser confundida com dar presunção de veracidade absoluta a essa alteração, visto que isso não é possível e também ofenderia a essência da união estável, que, por ser informal, nada pode ter

²² ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 127.

²³ MENEGHETTI, Alessandra. Efeitos retroativos da escritura pública de união estável. **Revista da ESMESC**, [S. l.], v. 22, n. 28, p. 59–78, 2015. DOI: 10.14295/revistadaesmesec.v22i28.p59. Disponível <https://revista.esmesec.org.br/re/article/view/121>. Acesso em: 19 fev. 2024.

presunção absoluta, sob pena de, além de ir contra a primazia da realidade, ser contrária à boa-fé.

Portanto, mesmo quem é favorável ao dar o efeito retroativo defende que, conforme definiu Paulo Lobo, “a retroação dos efeitos do contrato de regime de bens da união estável tem como limite a proteção dos interesses de terceiros de boa-fé”²⁴, logo, vendas feitas antes dessa alteração ou dívidas contraídas por um dos membros do casal não serão afetadas por essas mudanças, pois os credores não podem ter seu direito de receber dificultado por uma mudança inesperada, conforme bem definiu Francisco Cahali.

Com maior razão, não terá eficácia em relação a terceiro a disposição retroativa. E, neste particular, não se fala apenas em preservação de eventual alienação realizada anteriormente à celebração do contrato, ou seja, manter íntegros os negócios jurídicos realizados sobre o patrimônio a que, no futuro, pretendeu-se dar outro destino. Pode-se falar aqui de preservação de crédito do terceiro com base no patrimônio do devedor no momento da negociação. Assim, por exemplo, se na contratação o devedor se apresenta com patrimônio particular exclusivo, omitindo a união estável, não poderá opor a constrição futura sobre os bens antes existentes o contrato de convivência com efeito retroativo. Para esse credor aquela disposição é ineficaz.²⁵

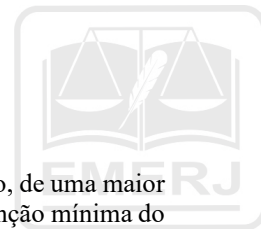
O direito de família moderno, ao privilegiar a autonomia da vontade, busca dar a possibilidade de as pessoas se auto-regularem, e isso inclui definir com qual regime de bens desejam viver. Por isso, descartar a possibilidade de se dar o efeito retroativo ao regime de bens no contrato de convivência, sem ao menos se fazer uma análise de se aquela mudança prejudica ou não terceiros, se trata de uma interferência estatal na vida privada que não é mais cabível nos dias de hoje.

Impedir que essa retroação tenha algum efeito, mesmo que ele somente seja inter partes, limita a liberdade individual e trata as pessoas de um casal como se fossem hipossuficientes, não tendo capacidade de decidir por elas mesmas qual o melhor caminho a ser tomado e por isso precisam de proteção e orientação do Estado, que, nesse caso, sai do seu papel de fiscalizador do cumprimento da ordem social e se torna um pai que determina o que seus filhos incapazes devem ou não fazer, o que é uma ideia que já foi, há tempos, superada pelo direito de família contemporâneo, conforme bem ressaltou Luiza Bononomi, enquanto citava Francisco Cahali.

Entendimentos contrários, que visem impedir os conviventes de dispor livremente de seus bens, preexistentes ou futuros, apoiam uma intervenção “totalmente imprópria nas relações patrimoniais entre os conviventes, impondo-lhes uma limitação contrária à capacidade civil e ao exercício da propriedade, tangenciando até a inconstitucionalidade”, segundo Cahali.¹³³ Ademais, tomariam uma posição

²⁴ LOBO, Paulo. **Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional**. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/postagens/artigos/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/>. Acesso em: 9 set. 2024

²⁵ CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, Saraiva: São Paulo, 2002, p. 84



contrária a tendência assumida pelo Direito de Família contemporâneo, de uma maior aplicação do princípio da autonomia privada e do princípio da intervenção mínima do Estado.²⁶

É plenamente possível conciliar os interesses dos terceiros de boa-fé que contrataram com algum dos membros do casal antes do contrato de convivência trazer a retroatividade do regime de bens e a autonomia da vontade do casal de ver essa retroação ter efeito na prática. Basta que se faça com essa situação o mesmo que se faz com a análise de qualquer outro requisito da união estável, ou seja, confrontá-la com a primazia da realidade.

Logo, se o terceiro contratou com um dos membros do casal e sabia que aquela pessoa vivia em união estável, mas não encontrou essa união registrada ou no registro nada constava sobre o regime de bens, essa alteração não será oponível a ele. Por outro lado, se o terceiro não sabia que a pessoa vivia em união estável, os efeitos retroativos são oponíveis a ele, visto que nunca teve a expectativa de ter o patrimônio dos dois membros do casal à disposição para se ressarcir do seu crédito. Isso, por óbvio, se esse efeito retroativo for registrado em escritura pública, uma vez que o que está somente em escritura particular não é oponível a terceiros.

Já para os membros do casal, a alteração teria efeito retroativo conferido automaticamente, seja na escritura pública, seja na particular, uma vez que isso consagraria a autonomia da vontade de ambos e só poderia ser desfeito se ficasse comprovado que essa alteração de alguma forma foi feita sem a anuência do outro, mediante algum tipo de fraude que deveria ser comprovada em juízo.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, verifica-se que o presente tema, assim como toda a alteração no direito de família, está sofrendo grande resistência por parte da doutrina e jurisprudência para ser aceito.

O STJ atualmente só aceita dar o efeito retroativo ao regime de bens no contrato de convivência se a mudança for de um regime mais restrito para um mais aberto, ou seja, o tribunal não faz uma análise à luz do princípio da autonomia da vontade para conceder esse efeito, mas sim uma análise através de aspectos patrimoniais, já que os argumentos utilizados são de que, para um eventual credor de um dos membros do casal, seria benéfica essa

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, Saraiva: São Paulo, 2002, p. 82 *Apud* BONONOMI, Luiza. A possibilidade de produção de efeitos retroativos de contrato de convivência. Tese (Monografia) – Faculdade de direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 69. 2019.

mudança, pois teria mais patrimônio para satisfazer seu crédito e que ambos os cônjuges teriam acesso a um patrimônio maior a ser dividido no eventual caso de encerramento da união estável.

Tal entendimento também é compartilhado pela doutrina majoritária, que acrescenta que tal mudança poderia ter efeito negativo na segurança jurídica, tanto do credor, que poderia ver, do dia para a noite, o patrimônio disponível para satisfazer seu crédito drasticamente diminuído, quanto para os próprios companheiros, que abririam mão de direitos adquiridos de ter acesso a bens na partilha, após uma eventual dissolução da união estável. Tais argumentos, apesar de válidos e pertinentes, pois ninguém deve defender normas que tenham o objetivo de privilegiar a má-fé, ainda demonstram um excesso de formalismo em um instituto cuja característica primordial é justamente a oposta.

Grande parte de quem é contrário a dar o efeito retroativo ao regime de bens no contrato de convivência já parte do pressuposto de que esse efeito teria caráter absoluto e indiscutível, o que não é a posição de quem defende dar esse efeito, visto que nada na união estável tem esse caráter, sendo todos os requisitos analisados à luz da primazia da realidade. Portanto, se o fato de as pessoas estarem juntas por muitos anos, morarem na mesma residência ou terem filhos não faz com que automaticamente a união estável seja reconhecida, inclusive nem o próprio contrato de convivência possui presunção absoluta de veracidade, não vai ser o efeito retroativo que terá.

Portanto, se for identificado qualquer tentativa de fraude ou manipulação por parte de um ou de ambos os companheiros, para ou diminuir o patrimônio para não pagar dívidas ou impedir que o outro companheiro tenha acesso a um patrimônio que ele ajudou a construir de forma ardilosa, se utilizando da má-fé, tal disposição pode ser anulada em juízo. O argumento de quem é favorável a dar o efeito retroativo ao regime de bens no contrato de convivência é de que essa disposição tenha presunção relativa de veracidade, ou seja, quer que essa seja considerada uma manifestação de vontade válida, mas que pode ser anulada em caso de má-fé, o que é uma posição muito mais de acordo com os princípios que regem o direito de família contemporâneo, em especial o princípio da autonomia da vontade, que privilegia o fato de que as próprias pessoas são as mais qualificadas para tomarem decisões sobre a própria vida privada.

Também não se considera adequado partir do pressuposto de que as pessoas estão agindo de má-fé e, por isso, um ato deve ser considerado nulo, visto que a boa-fé objetiva é a base de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, se deve imaginar que inicialmente as pessoas agem de boa-fé, devendo eventual conduta realizada de má-fé ser provada.



A questão de o casamento não permitir esse efeito retroativo também não deve ser óbice para que isso não possa ocorrer na união estável, já que são institutos completamente diversos, com o casamento sendo muito mais formal e burocrático, exigindo registro. Logo, as pessoas tiveram a oportunidade de se manifestar sobre qual regime de bens desejariam, o que não ocorre na união estável não registrada, onde a vontade do casal foi sempre a mesma, só que não haviam registrado no momento em que ela foi feita, já que a união estável surge primeiro no mundo dos fatos.

A posição prevista no Código de Normas Extrajudiciais do TJRJ parece ser a mais razoável e demonstra que, pelo menos a nível dos tribunais estaduais, a questão do efeito retroativo do regime de bens no contrato de convivência já está sendo mais reconhecida. Tal disposição autoriza o tabelião a registrar a cláusula com efeito retroativo, mas fazendo o alerta da possibilidade de anulação dessa cláusula, o que se coaduna perfeitamente com a posição de privilegiar a autonomia da vontade.

Tal discussão ainda está longe de uma resolução e será cada vez mais presente no dia a dia, visto que é uma situação que está acontecendo cada vez mais na vida prática. A posição dos tribunais, como o do Rio de Janeiro, que iniciam um processo de aceitação desse efeito, mostra que o STJ terá que, cedo ou tarde, reanalisar o tema e se adequar a uma nova realidade social que, muitas vezes, especialmente no direito de família, se consuma primeiro na prática para depois ser reconhecida no mundo jurídico.

REFERENCIAS

ANUNCIACÃO, Débora. **Mudança no regime de bens do casamento tem efeito retroativo, decide STJ.** IDBFAM, 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/10747/Mudan%C3%A7a+no+regime+de+bens+do+casamento+tem+efeito+retroativo%2C+decide+STJ#:~:text=Mudan%C3%A7a%20no%20regime%20de%20bens%20do%20casamento%20tem%20efeito%20retroativo%2C%20decide%20STJ,04%2F05%2F2023&text=Em%20decis%C3%A3o%20un%C3%A2nime%2C%20a%20Quarta,por+tanto%2C%20tem%20efeito%20ex%20tunc>. Acesso em: 17 fev. 2024.

ARRUDA, Isabella. **Morar junto sem formalizar uma união estável ou casamento traz riscos ao casal?** Folha Vitória. Disponível em: <https://www.folhavitoria.com.br/geral/noticia/04/2023/morar-junto-sem-formalizar-uma-união-estavel-ou-casamento-traz-riscos-ao-casal> . Acesso em: 9 set. 2024.

BERENICE DIAS, Maria. **Alterações do regime de bens: efeito ex tunc ou ex nunc?** berenicedias.com, 2020. Disponível em: https://berenicedias.com.br/alteracoes-do-regime-de-bens-efeito-ex-tunc-ou-ex-nunc/#_ftn1. Acesso em: 17 fev. 2024



BONONOMI, Luiza. **A possibilidade de produção de efeitos retroativos de contrato de convivência**. Tese (Monografia) – Faculdade de direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.845.416/MS**. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. OMISSÕES E CONTRADIÇÕES [...] ELEBRAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE INCOMUNICABILIDADE PATRIMONIAL COM EFICÁCIA RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE, POIS CONFIGURADA A ALTERAÇÃO DE REGIME COM EFICÁCIA EX-TUNC, AINDA QUE SOB O RÓTULO DE MERA DECLARAÇÃO DE FATO PRÉ-EXISTENTE. Relator: Min. Nancy Andrighi, 17 de agosto de 2021 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2033101&num_registro=201901500460&data=20210824&peticao_numero=1&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.383.624/MG**. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. 1) ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO CONTRATO. [...] 2) PRETENSÃO DE SE ATRIBUIR EFEITOS RETROATIVOS A CONTRATO DE CONVIVÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DA EX-COMPANHEIRA NÃO PROVIDO. Relator: Min. Moura Ribeiro, 02 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1413848&tipo=0&nreg=201301462586&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20150612&formato=PDF&salvar=false#:~:text=Trata%2Dse%20de%20a%C3%A7%C3%A3o%20de,contra%20sua%20ex%2Dcompanheira%2C%20H.G.P.> Acesso em: 6 ago. 2024



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1.671.422/SP**. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS DE SEPARAÇÃO TOTAL PARA COMUNHÃO UNIVERSAL. RETROAÇÃO À DATA DO MATRIMÔNIO. EFICÁCIA "EX TUNC". MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DE VONTADE DAS PARTES. COROLÁRIO LÓGICO DO NOVO REGIME. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Relator: Min. Raul Araujo, 25 de abril de 2023 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1922836551>. Acesso em: 6 ago. 2024

CAHALI, Francisco José. **Contrato de convivência na união estável**, Saraiva: São Paulo, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvm, 2016.

LOBO, Paulo. **Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional**. Genjuridico, 2018. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/postagens/artigos/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discricionariedade-administrativa/>. Acesso em: 9 set. 2024

MARTINS, Julio. **Podemos lavrar Escritura de União Estável com efeitos retroativos?** Jus Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/podemos-lavrar-escritura-de-uniao-estavel-com-efeitos-etroativos/1150197130>. Acesso em: 17 fev. 2024.

MENEGHETTI, Alessandra. Efeitos retroativos da escritura pública de união estável. **Revista da ESMESC**, [S. l.], v. 22, n. 28, p. 59–78, 2015. DOI: 0.14295/revistadaesmesec.v22i28.p59. Disponível <https://revista.esmesec.org.br/re/article/view/121>. Acesso em: 19 fev. 2024.

PORTO, Delmiro. **União estável sob os ângulos da informalidade e da prova**. Jus.com, 2010. Disponível: <https://jus.com.br/artigos/14280/uniao-estavel-sob-os-angulos-da-informalidade-e-da-prova>. Acesso em: 9 set. 2024.

RIO DE JANEIRO. Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro Parte Extrajudicial. **Provimento CGJ n.º 87/2022**. Disponível em: <https://portaltj.tjrj.jus.br/documents/d/cgj/codigo-de-normas-extrajudicial-anotado-compilado-atalizado-em-31-07-2024-com-sumario>. Acesso em: 7 ago. 2024

ROSA, Conrado Paulino da. **Curso de Direito de Família Contemporâneo**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SANTOS, Simone Orodeschi Ivanov dos. **União estável, regime patrimonial e direito intertemporal**, São Paulo: Atlas, 2005, p.126.

TARTUCE, Flávio. **A nova norma da Corregedoria Geral de Justiça do TJ/RJ e a escritura pública de união estável**. Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/382055/norma-da-corregedoria-geral-e-a-escritura-publica-de-uniao-estavel>. Acesso em: 17 fev. 2024

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Comentários ao novo Código Civil: dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova**. v. III, tomo II. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MORADIA: UM DIREITO FUNDAMENTAL VIOLADO FRENTE AO AUMENTO DO NÚMERO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Edione Zelenka Lourenço

Graduada pela Universidade Veiga de Almeida. Advogada.

Resumo – o presente trabalho tem a proposta de debater a problemática do aumento da população em situação de rua frente a violação do Direito Fundamental à moradia garantido pela Constituição. O agigantamento do número dessa população, conhecida como Pop Rua, é acompanhado também pelo aumento do debate em torno da questão. A pesquisa qualitativa e quantitativa revela que a perpetuação de estigmas de pobreza e etnia são fortalecidos pela invisibilidade, silenciamento, e violência estrutural contra uma população que precisa de suporte para se reerguer.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Pessoas em Situação de Rua.

Sumário – Introdução. 1. O aumento do número de pessoas em situação de rua nos últimos anos, principalmente após a pandemia do COVID 19. 2. Políticas Públicas com foco em inibir a perpetuação da pobreza, da invisibilidade, do silenciamento e da violação ao direito fundamental a vida digna e a moradia. 3. Promoção da cultura do respeito e da ética entre a população em situação de rua e os demais grupos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute sobre o direito à moradia como um direito fundamental garantido pela constituição e sua violação quando confrontado com o alarmante aumento do número de pessoas em situação de rua. Procura-se demonstrar que a implementação de políticas públicas que possam diminuir o impacto do aumento do número de pessoas nessa situação deve ser realizada para garantir direitos fundamentais especialmente frente a pessoa que já se encontra em situação de extrema vulnerabilidade.

Para tanto abordam-se as questões jurisprudenciais e doutrinárias sobre o enfrentamento de toda essa problemática, e como a implementação de políticas públicas pode proporcionar a essas pessoas a garantia de direitos fundamentais, a proteção dos direitos humanos e ao mesmo respeitar a autonomia.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 976 - o Supremo Tribunal Federal determina que os entes federados adotem providências para atendimento à população em situação de rua, e nesta ação foram apontados os diversos direitos fundamentais que são violados, pois a Constituição da República Federativa do Brasil traz uma gama de direitos que deveriam ser preservados e implementados, como: moradia, assistência social,



saúde, segurança, integridade física, dentre outros. A violação desses direitos fere um caro princípio constitucional que é a dignidade da pessoa humana.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando o aumento do número de pessoas em situação de rua nos últimos anos, principalmente após a pandemia do COVID 19.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, sobre como a perpetuação de graves violações dos direitos fundamentais, principalmente quando se fala em acesso à moradia, saúde e educação, observando que Políticas Públicas que diminuem a perpetuação da pobreza, da invisibilidade, do silenciamento e da violação ao direito fundamental à vida digna e a moradia devem ser promovidas.

Por fim, finaliza-se com o terceiro capítulo apontando como a implementação de políticas públicas pode promover a cultura do respeito e da ética entre a população em situação de rua e os demais grupos sociais.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo. Dessa forma, o pesquisador constrói seu trabalho a partir de proposições hipotéticas, que serão confirmadas ou rejeitadas durante a tessitura da argumentação. Portanto, a abordagem do tema será feita de forma qualitativa a fim de demonstrar as proposições hipotéticas por meio da comparação e da análise de documentos jurídicos, como livros, artigos científicos e julgados pertinentes ao objeto desta pesquisa.

1.O AUMENTO DO NÚMERO DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA NOS ÚLTIMOS ANOS, PRINCIPALMENTE APÓS A PANDEMIA DO COVID 19

Com um simples caminhar por qualquer centro urbano das cidades do país é possível observar como o número de pessoas em situação de rua aumentou nos últimos anos. Essa observação que a princípio seria somente uma impressão, toma consistência com o último levantamento do número de pessoas em situação de rua realizado no início de 2023 pelo Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania, com o tema: “População em situação de rua: diagnóstico com base nos dados e informações disponíveis em registro administrativo e sistemas do Governo Federal”.¹

¹BRASIL. Ministério do Direitos Humanos e da Cidadania. **MDHC lança relatório sobre pessoas em situação de rua no Brasil; estudo indica que 1 em cada mil brasileiros não tem moradia.** Disponível em : <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/setembro/mdhc-lanca-relatorio-sobre-pessoas-em-situacao-de-rua-no-brasil-estudo-indica-que-1-em-cada-mil-brasileiros-nao-tem-moradia>. Acesso em: 19 ago. 2024.

O relatório traz apontamentos de que o período perplexo e perturbador que o mundo vivenciou em 2020, a pandemia do COVID 19, influenciou negativamente na vida de várias pessoas, com postos de empregos fechados e chefes de famílias desempregados. Esse quadro influenciou na economia mundial, e aqui no Brasil teve um impacto significativo de pessoas que precisaram sobreviver nas ruas das cidades.²

Segundo o relatório do Cadastro Único do Ministério de Direitos Humanos e Cidadania realizado em julho de 2023, o número de pessoas em situação de rua em todo o país era de 221.113 pessoas espalhados por 2354 municípios. Do total das pessoas em situação de rua 87,49% são homens, tendo o percentual de 56,81% pessoas com idade entre 30 e 49 anos de idade, mais de 90% não frequentou a escola, e mais de 90% não sabem escrever e ainda mais de 90% vivem com a família na rua. Tendo como principais motivos pelos quais a pessoa passou a morar na rua: em primeiro lugar, problemas familiares com 44%, em segundo lugar desemprego com 38%, alcoolismo e drogas com 28%, tendo a perda da moradia com 24%.³

Ainda analisando os dados do relatório 67, 61% da população já trabalhou com carteira assinada, tendo no momento da pesquisa a principal função de trabalho designado como “bico” ou autônomo, trabalhando por conta própria, e 25,75% da população analisada pelo CadÚnico tinha vínculo trabalhista.

Perguntados onde costumam dormir 54,24% informam que dormem em abrigos e 34,95% são atendidos pelo Centro Pop Rua.⁴

A Lei nº 14.821/24 que institui a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua) diz quem é a população de rua:

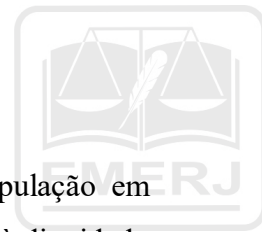
Parágrafo único. Para fins desta Lei, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que tem em comum a falta de moradia e utiliza os logradouros públicos como espaço de moradia e de sustento, bem como as unidades de acolhimento institucional para pernoite eventual ou provisório, podendo tal condição estar associada a outras vulnerabilidades como a pobreza e os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados.⁵

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibidem.*

⁵BRASIL. **Lei nº 14.821, de 16 de janeiro de 2024.** Institui a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2024/lei-14821-16-janeiro-2024-795258-publicacaooriginal-170865-pl.html>. Acesso em: 19 ago. 2024.



O Decreto nº 7.053/2009⁶ que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua traz os princípios que devem ser perseguidos como o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à convivência familiar e comunitária, a valorização e respeito e vida e a cidadania, o atendimento humanizado e universalizado, respeito as diferenças, bem como igualdade e equidade.

O respeito à dignidade da pessoa humana é um dos princípios da Política Nacional para a População em Situação de Rua e sem moradia não há dignidade. O próprio decreto aponta que um dos seus objetivos é: assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, segurança, cultura, esporte, lazer, trabalho e renda.

Assegurar o acesso a moradia e assistência social tem sido um dos objetivos do Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania e um dos projetos que vem sendo implementado no Brasil é o Moradia Primeiro ou *Housing First*:

O modelo *Housing First* vem se mostrando uma abordagem inovadora e eficaz para resolver as situações das pessoas em situação de rua. Desenvolvido inicialmente em Nova Iorque, na década de 90 do século passado, o modelo vem sendo implementado progressivamente não apenas nos EUA, mas num número crescente de países em vários pontos do globo. Na Europa, nos últimos dez anos, a abordagem de *Housing First* tem também suscitado o interesse das organizações que intervêm nesta área, dos pesquisadores e dos gestores políticos.⁷

Como o próprio nome já diz, o projeto prestigia que a moradia seja o primeiro passo para solucionar o problema do aumento dessa população, e no lugar de prestigiar a assistência social garantindo outros direitos como saúde e educação, a moradia seria o primeiro passo a ser implementado.

Esse é um dos programas que o governo brasileiro vem implementando com o objetivo de diminuir o crescente número de pessoas nessa situação viabilizando a implementação desse direito fundamental violado. Tema enfrentado no Plano Nacional Ruas Visíveis, que é um plano de monitoramento para efetivação da Política Nacional para a População em Situação de Rua e que reconhece a necessidade do enfrentamento dessa questão:

reconhecendo a necessidade de oferta de alternativas para a superação da situação crônica de rua e compreendendo que enfrentar a violação do direito à moradia digna exige novas abordagens e inversão de lógicas estabelecidas, será lançado o Programa Moradia Cidadã. Aplicando a metodologia *housing first*, o Programa baseia-se na

⁶ BRASIL. Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/___Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

⁷BRASIL. É possível *Housing First* no Brasil? Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-/DHUM0117_21x26cm_WEB4Pg.Separadas.pdf. Acesso em: 19 ago. 2024.

ideia de que a moradia estável e segura é ponto de partida essencial para que as pessoas possam lidar com outros desafios, invertendo a lógica “etapista” de que as pessoas em situação de rua devem primeiro obter uma vaga de emprego ou passar por um processo de reabilitação antes de alcançar o direito à moradia.⁸

Um dos objetivos do plano de ação e monitoramento para efetivação da Política Nacional para a População em Situação de rua⁹ é quebrar a lógica de que deveriam ser seguidas etapas anteriores a implementação da moradia, quando se buscava primeiro realocar a pessoa em postos de trabalho, tratamentos de saúde para reabilitação pessoal, quando na verdade a retirada dessas pessoas de uma situação de miserabilidade é urgente e demanda atitudes mais contundentes do poder público. Busca-se com esse novo posicionamento conjunto entre união, estados e municípios um agir mais efetivo e que surtam reais efeitos da vida dessa população em estado de extrema vulnerabilidade. Um teto seria o ponto de partida para diminuir as diferenças sociais.

Um grande acerto do Governo Federal foi a criação do Cadastro Único¹⁰, uma excelente ferramenta para a implementação de políticas públicas voltadas para as pessoas de baixa renda. A inclusão de pessoas em situação de rua nesse cadastro possibilita a criação de ações assertivas com foco na resolução dos problemas que permeiam o universo das pessoas em situação de rua, sendo o grande ápice a falta de acesso a moradia digna.¹¹

2.POLÍTICAS PÚBLICAS COM FOCO EM INIBIR A PERPETUAÇÃO DA POBREZA, DA INVISIBILIDADE, DO SILENCIAMENTO E DA VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL A VIDA DIGNA E A MORADIA

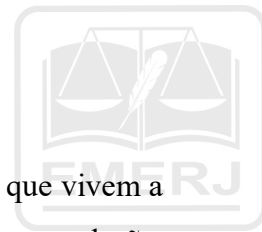
A hoje conhecida população em situação de rua já foi conhecida por muitos nomes como por exemplo: nômades, desgraçados _sustentando a ótica de pecados, fraquezas e doenças _ também foram conhecidos como mendigos, vagabundos, rueiros, marginais, moradores de

⁸BRASIL. **Plano Nacional Ruas Visíveis**. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/dezembro/governo-federal-lanca-201cplano-ruas-visiveis-pelo-direito-ao-futuro-da-populacao-em-situacao-de-rua201d-com-investimento-de-cerca-de-r-1-bilhao/copy2_of_V3_plano_acoes_populacao_de_rua1.pdf. Acesso em: 20 set. 2024.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰BRASIL. **Inscrever-se no Cadastro Único**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/inscrever-se-no-cadastro-unico-para-programas-sociais-do-governo-federal>. Acesso em: 13 fev. 2025

¹¹.TV SENADO. **Mais de 260 mil pessoas vivem em situação de rua no Brasil**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VIM-30kcYk8>. Acesso em: 13 fev. 2025.



rua. São tantos nomes sempre na tentativa de estigmatizar e excluir essas pessoas que vivem a margem da sociedade. Mateus Freitas Cunda,¹² em seu artigo *Me chamam de rua, população, uma situação: os nomes da rua e as políticas da cidade*, aponta com sensibilidade a estigmatização dessa população e sua busca por sobrevivência:

A partir dos anos 2000, a “população em situação de rua” se consolida como categoria separada das demais mazelas da cidade, afirmada como questão fundamental de qualquer grande urbanidade. O conceito de situacionalidade atesta a pluralidade das situações que levam à rua e, no revés, representa uma ruptura com os termos “morador de rua” ou “sofredor de rua”, que produziam uma noção estigmatizada e generalizadora do fenômeno.¹³

Muitas políticas públicas já foram implementadas ao longo dos anos com o objetivo de “eliminar” o problema. Uma das grandes discussões que sempre se levanta no campo de debate sobre o tema é o da internação compulsória ou projetos de moradia, sempre “empurrando” a população indesejada para longe dos olhos do “cidadão de bem”, promovendo uma verdadeira política higienista.

Ocorre que essas políticas se mostraram ineficientes ao longo do tempo e o problema vem se agravando, pois sem acesso a trabalho e vida digna, muitos se deslocam das áreas distantes e voltam aos lugares de onde saíram gerando cada vez mais a sensação de que a questão está longe de ser resolvida:

Ao “anti-cidadão”, muitas políticas foram inventadas desde que as cidades se tornaram polos de trabalho e proteção, com seus regimes de utilidade e subserviência, banindo, matando e prendendo desde o mundo antigo; internando, corrigindo, reeducando desde os tempos modernos. No Brasil e em todo continente americano, a rua está marcada por eixos transversais que buscamos evidenciar, nos preconceitos de raça, gênero e classe social, alvos em todas as séries de uma intersecção de poderes.¹⁴

Imperioso observar no atual momento, que a Constituição da República do País seja respeitada e que de fato sejam implementadas políticas públicas efetivas que consigam dar conta de uma situação que se arrasta por décadas e que vem tomando contornos e proporções gigantescas.

¹²CUNDA. Mateus Freitas. **Me chamam rua, população, uma situação**: os nomes da rua e as políticas da cidade. 2020. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/jhvzDFSFYqLRhtSJf9NcCqj/>. Acesso em: 20 set. 2024.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 6º aponta que um dos direitos sociais garantidos à população é a moradia e que todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar garantida pelo poder público.¹⁵

André de Carvalho Ramos¹⁶, em seu livro *Curso de Direitos Humanos*, abordando a temática dos direitos sociais, aponta que o conteúdo dos direitos sociais é inicialmente prestacional, exigindo-se ação do Estado e da sociedade para superar desigualdades fáticas e situação material ofensiva a dignidade.

Garantir a dignidade da pessoa humana deveria ser um vetor perseguido pelo poder público com o objetivo de dar efetividade a uma vida digna e diminuir segregações, invisibilidades e desigualdades entre a população.

A dignidade da pessoa humana é um direito fundamental expresso em nossa Constituição e fomentar políticas que promovam o bem-estar da população, a segurança, a igualdade e que zelem pela harmonia das cidades é um dever dos entes federativos.

Alexandre Guimarães Gavião aponta a importância da implementação desses direitos fundamentais pelo poder público:

Os direitos fundamentais, que, em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, constituem valores eternos e universais, que impõem ao Estado fiel observância e amparo irrestrito. Constituem os direitos fundamentais legítimas prerrogativas que, em um dado momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, assegurando ao homem uma digna convivência, livre e isonômica. Vê-se, portanto, que os direitos fundamentais representam o núcleo inviolável de uma sociedade política, com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual não devem ser reconhecidos apenas formalmente, mas efetivados materialmente e de forma rotineira pelo Poder Público.¹⁷

Em 16 de janeiro de 2024 foi sancionada a Lei nº 14.821 que Instituiu a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua) e essa Política Nacional é um marco para diminuir a perpetuação da pobreza, invisibilidade e preconceitos contra a população em situação de rua.¹⁸

¹⁵BRASIL.[Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁶RAMOS, Andre de carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2021.

¹⁷PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Direitos Fundamentais Legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁸BRASIL. **Lei nº 14.821, de 16 de janeiro de 2024**. Institui a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2024/lei-14821-16-janeiro-2024-795258-publicacaooriginal-170865-pl.html>. Acesso em: 19 ago. 2024.



Umas das diretrizes na Política Nacional de Trabalho Digno para essa população é justamente que o poder público promova o acesso a moradia. E em seu artigo 3º aponta que uma das metas a ser alcançada é justamente a conjunção entre trabalho e moradia com adoção de estratégias que tenham como centralidade o acesso imediato da população em situação de rua à moradia como forma de garantir inserção sustentável no mundo do trabalho.¹⁹

Os direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988 são normas programáticas, ou seja, normas que determinam as linhas orientadoras dos grandes objetivos que o Estado deve procurar perseguir e implementar:

A relação entre os direitos sociais e as políticas públicas que procedem à sua realização prática é de extrema importância, pois reside nas políticas públicas a efetiva valorização estatal dos designados direitos sociais não poucas vezes depreciados. Ao levar em conta essa perspectiva, os direitos fundamentais definem-se e aplicam-se como uma espécie de marco ou programa que guia ou orienta as políticas públicas dos Estados ao contribuir para as instituições democráticas.²⁰

Cada vez que políticas públicas são implementadas com o objetivo de dar efetividade aos direitos sociais garantidos pela nossa Constituição, mais a população que se encontra vulnerável é protegida. Dar efetividade a esses direitos, principalmente a moradia, é dar voz a um grande número de pessoas que se encontram às margens da sociedade, silenciadas e desprotegidas. Os direitos fundamentais são cláusulas pétreas em nossa constituição, que não podem ser suprimidas, pelo contrário devem ser perseguidas constantemente. Os gestores públicos de todo país devem olhar para esse quadro que vem se alargando com o objetivo de cada vez mais desenvolver estratégias que promovam a real solução do problema, observando que não são somente números em crescimento, mas seres humanos que necessitam e tem direito ao amparo.

A zeladoria urbana não enxerga diferente e vê as pessoas morando na rua, em barracas e nas praças, como um 'lixo visual'. Não somos contra a organização da cidade, mas a forma como as pessoas em situação de rua são tratadas, com desprezo, com violência, tomando as barracas à força e jogando por cima do caminhão, é totalmente inaceitável.²¹

¹⁹BRASIL. **Lei nº 14.821, de 16 de janeiro de 2024**. Institui a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2024/lei-14821-16-janeiro-2024-795258-publicacaooriginal-170865-pl.html>. Acesso em: 19 ago. 2024.

²⁰ CARVALHO, Oswaldo Ferreira. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais**. 2020. Faculdade Estácio de Sá de Goiás. Goiânia, Goiás, Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/JsrYZ4CfJsDSRntd3L6BpHj/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

²¹INSTITUTO HUMANAS UNISINOS. **Lixo Visual**. Disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/617110-populacao-de-rua-aumenta-mas-segue-invisivel-pessoas-sao-consideradas-lixo-visual-entrevista-especial-com-darcy-costa>. Acesso em : 20 set. 2024.

O poder público deve buscar a solução desta problemática de forma a não perpetuar estigmas e sofrimentos, minimizando violações a direitos e promovendo o bem-estar social, enxergando a pessoa vulnerável como cidadão que já tem o seu direito a moradia violado e que qualquer outra forma de violência somente trará mais prejuízos a dignidade da pessoa humana. Pensar nessa transformação social e na implementação do acesso à moradia deveria ser uma meta de extrema importância de qualquer projeto para solucionar a questão.

3.PROMOÇÃO DA CULTURA DO RESPEITO E DA ÉTICA ENTRE A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E OS DEMAIS GRUPOS

Os grandes centros urbanos acabam sendo sempre os mais procurados pelas pessoas em situação de rua pela proximidade com o comércio e a possibilidade de acesso as doações dos comerciantes e moradores. Sendo também os lugares onde a violência tem maior índice, o que acaba por trazer a problemática da marginalização da pobreza.

Um dos objetivos da Constituição é justamente reduzir desigualdades e erradicar a pobreza:

Erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação são também objetivos de nossa sociedade, previstos na Constituição de 1988 - onde foram definidas instituições para a promoção e a defesa dos direitos humanos da população.²²

Urge diante desse cenário de desigualdades e marginalização da pobreza, com o aumento da população em situação de rua, a implementação de políticas públicas que promovam a paz social, a cultura do respeito e da ética junto aos grupos vulneráveis, sendo inegável a vulnerabilidade da população em situação de rua, e se faz necessária a urgência de um olhar atento para a promoção da cultura da paz social:

A opressão contra os pobres não é efetivada apenas pela ausência de políticas públicas socioeconômicas dos governos. Diariamente pessoas sem emprego, sem teto, sem alimentação, sem esperança, muitas vezes buscam o que comer nos supermercados, pedindo ou pegando alimentos sem pagar. Esses acabam reprimidos pelo sistema de segurança pública, com o aval da Justiça. E encarcerados por terem furtado bens com

²²UOL. **A perversa criminalização da pobreza.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/comissao-arns/2021/11/16/a-perversa-criminalizacao-da-pobreza.htm>. Acesso em: 23 set. 2024.



pequeno ou sem valor, como carne estragada, macarrão instantâneo ou batata frita. Por terem buscado, de alguma forma, sobreviver.²³

O Judiciário Brasileiro²⁴ tem sido abarrotado com ações dos chamados furtos famélicos _ furtos de alimentos ou itens de higiene _ comumente praticados por pessoas em situação de vulnerabilidade social. E esse tema tem sido debatido com o objetivo de buscar mecanismos que resolvam a questão, pois fica evidenciado não se tratar de assunto que deveria ser discutido pelo Direito Penal, e sim um tema que deveria ter ampla discussão e prioridade entre todos os entes federativos.

A população brasileira como um todo sofre com o aumento do número de violência em nosso país, e geralmente o desejo de justiça faz com que a cegueira da realidade impeça que o real problema seja enxergado.

Destaca-se a importância da análise da real causa do aumento do número de pequenos furtos para a sobrevivência e como o poder público, seja a União, Os Estados ou Municípios tem tratado de forma paliativa e sem resoluções verdadeiras de um problema que vem se agigantando.

Importante analisar se marginalizando a pobreza e culpando os vulneráveis pela fome e pela miséria, seria a solução para o problema.

A vulnerabilidade das famílias, dos jovens, das crianças e dos adultos em geral não deveria ser marginalizada, mas o que vemos hoje diante da omissão do poder público, é uma cultura do pânico e do pavor crescente no meio da população. Praças e parques são tomados por diversas pessoas em situação de extrema fragilidade social.

Esse quadro faz gerar no restante da população uma sensação de insegurança e de medo, pois a pobreza não traz beleza, pelo contrário, constrange aos demais que se veem sem possibilidade de ajudar a todos.

Um número alarmante de pessoas numa situação que nenhum ser humano deveria viver, e que na verdade deveriam ser protegidos pela nossa Constituição, tem se avolumado, se agigantado. A situação é urgente e necessita que o poder público se posicione, garantindo as milhares de pessoas condições dignas de sobrevivência:

A gravidade do quadro de pobreza e miséria, no Brasil, constitui permanente preocupação e obriga a refletir sobre suas influências no social e, principalmente, na área de atuação junto da família, na qual as políticas públicas ainda se ressentem de

²³UOL. **A perversa criminalização da pobreza.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/comissao-arns/2021/11/16/a-perversa-criminalizacao-da-pobreza.htm>. Acesso em: 23 set. 2024.

²⁴FONTE SEGURA. **Furtos famélicos no Brasil de volta ao país da fome.** Disponível em: <https://fontesegura.forumseguranca.org.br/furtos-famelicos-no-brasil-de-volta-ao-pais-da-fome/>. Acesso em: 23 set. 2024.

uma ação mais expressiva. Para a família pobre, marcada pela fome e pela miséria, a casa representa um espaço de privação, de instabilidade e de esgarçamento dos laços afetivos e de solidariedade. Este estudo tem como objetivo apontar a vulnerabilidade da família pobre que, desassistida pelas políticas públicas, se vê impossibilitada de responder às necessidades básicas de seus membros, e de favorecer o aprofundamento do debate acerca da construção de alternativas para o fortalecimento da família.²⁵

A extrema pobreza jamais poderia ser confundida com criminalidade e afastar essa cultura de preconceito e medo é um valor que deve ser perseguido pelos entes federativos que juntos deveriam buscar soluções para implementar direitos e garantias fundamentais.

É inegável que existem grupos que representam a pobreza do país, sendo certo que a população negra, as mulheres e as crianças acabam sendo mais do que vulneráveis, hipervulneráveis diante das violações de seus direitos perpetuadas diariamente.²⁶

Se o poder público não se posiciona e não assume as rédeas dessa situação, tentando recolher as pessoas e colocando em abrigos de forma paliativa o problema não é resolvido, mas historicamente²⁷ vem demonstrando que essa população é invisibilizada e silenciada.

A perda da moradia ou a precarização da moradia, somadas a dificuldade para gerar renda são situações que precisam de um olhar atendo dos poderes para que efetivamente sejam tomadas medidas que resolvam a questão.²⁸

No mês de novembro de 2024 aconteceu no Brasil o encontro do G20, que é o principal fórum de cooperação econômica internacional, e reúne as 19 maiores economias do mundo, mais a União Europeia e União Africana. Durante o evento um dos temas discutidos foram os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, metas da agenda 2030.²⁹

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade. Estes são os objetivos para os quais as Nações Unidas estão contribuindo a fim de que possamos atingir a Agenda 2030 no Brasil.³⁰

²⁵GOMES, Mônica Araújo; PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. 2007. **Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas.** Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, Brasil. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/tw4jYGw65NMVCC4ryKNKzPv/>. Acesso em: 20 set. 2024.

²⁶BRASIL. **A abolição da escravidão e os desafios do povo preto do Brasil.** Disponível em: <https://www.gov.br/palmares/pt-br/assuntos/noticias/a-abolicao-da-escravatura-e-os-desafios-do-povo-preto-no-brasil>. Acesso em: 23 set. 2024.

²⁷*Ibidem.*

²⁸BRASIL. **Mais de 260 mil pessoas vivem em situação de rua do Brasil.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/tv/programas/cidadania-1/2024/03/mais-de-260-mil-pessoas-vivem-em-situacao-de-rua-brasil>. Acesso em: 23 set. 2024.

²⁹O GLOBO. **O que é e o que faz o G20, grupo que reúne 85% do PIB global?** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2024/11/18/o-que-e-o-que-faz-o-g20-grupo-que-reune-85percent-do-pib-global.ghml>. Acesso em 29 nov. 2024.

³⁰ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Como as Nações Unidas apoiam os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil.** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 29 nov. 2024.



Durante o evento um dos grandes apelos dos ativistas pelos Direitos Humanos é que fosse incorporada a lista dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável o direito das pessoas em situação de rua, apontando que a questão não é somente enfrentada no Brasil, mas que o mundo todo vem enfrentando a problemática e que é cada vez mais urgente a sua resolução efetiva.³¹

Fica evidenciado pelo estudo que durante décadas a estigmatização de classes empobrecidas vem fomentando a crença de que ser pobre é sinônimo de ser possível criminoso, o que na verdade é a omissão do poder público em efetivar medidas que favoreçam a igualdade de oportunidades e no mínimo uma moradia digna.

Definitivamente ninguém deveria morar na rua, e se existem pessoas em situação de rua em nosso país, com o número dessas pessoas cada vez mais aumentando, é urgente que os entes federativos assumam a sua responsabilidade e promovam políticas que solucionem a questão.

CONCLUSÃO

O Brasil vem enfrentando nos últimos anos um aumento expressivo no número da população em situação de rua e conforme relatório divulgado pelo Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania em 2023 o percentual de pessoas que se encontram nesta situação aponta como principal motivo desavenças familiares.

O relatório não aponta quais problemas familiares desencadearam a saída dessas pessoas de seus lares, deixando o questionamento se são problemas de violência doméstica, drogas, desemprego ou outro fator.

O que ficou claro durante os estudos e também segundo o relatório divulgado pelo Ministério é que após a Pandemia do Covid 19 os números foram exponenciados o que vem fazendo com que o poder público promova ações e políticas públicas com o objetivo de minimizar o impacto social que o aumento do número de pessoas em situação de vulnerabilidade traz para toda a sociedade.

³¹ AGÊNCIA BRASIL. **G20**: Ativistas pedem a nova meta global para pessoas em situação de rua. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2024-11/g20-ativistas-pedem-nova-meta-global-para-pessoas-em-situacao-de-rua> . Acesso em: 29 nov. 2024.

Como abordado durante o estudo, o Brasil tem em sua Constituição da República um comando garantindo aos cidadãos o direito fundamental a moradia digna e implementar políticas que viabilizem o acesso a esse direito é um vetor que deve ser perseguido pelo poder público.

O ponto central do estudo foi analisar a importância da moradia para essa população, deixando paralela a importância do apoio ao acesso ao emprego e cuidados com a saúde. Defende-se durante o estudo que não há vida digna sem um teto e sem condições mínimas de sobrevivência, afinal a rua não é casa de ninguém.

Como também analisado, durante anos a população em situação de rua foi tratada de maneira marginalizada e as políticas que foram promovidas fomentaram ainda mais a segregação quando estimulam projetos de moradia sempre afastando a população indesejada dos grandes centros urbanos, o que causa mais desigualdade e mais dificuldade de acesso a esses grupos a oportunidades que possibilitem a sua subsistência.

Finaliza-se a presente pesquisa abordando a necessidade de implementação de políticas que promovam a cultura da paz entre todos os grupos, evitando de todo modo a marginalização da pobreza, eliminando a cultura do medo e promovendo o bem-estar social. Destacando que a pobreza não deve ser confundida como aptidão para cometer crimes e que se o poder público se posicionar e tomar a rédeas dessa problemática esse quadro pode ser revertido ao longo do tempo.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **G20: Ativistas pedem a nova meta global para pessoas em situação de rua.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2024-11/g20-ativistas-pedem-nova-meta-global-para-pessoas-em-situacao-de-rua> . Acesso em: 29 nov. 2024.

AGÊNCIA BRASIL. **Aumenta em 25% o número de pessoas em situação de rua no país.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2025-01/aumenta-em-25-o-numero-de-pessoas-em-situacao-de-rua-no-pais>. Acesso em: 13 fev. 2025.

AGENCIA BRASIL. **País tem 300,8 mil pessoas em situação de rua, mais de 80 mil em SP.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2024-07/pais-tem-3008-mil-pessoas-em-situacao-de-rua-mais-de-80-mil-em-sp>. Acesso em: 13 fev. 2025.

BRASIL. Ministério do Direitos Humanos e da Cidadania. **MDHC lança relatório sobre pessoas em situação de rua no Brasil; estudo indica que 1 em cada mil brasileiros não tem moradia.** Disponível em : <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/setembro/mdhc-lanca-relatorio-sobre-pessoas-em-situacao-de-rua-no-brasil-estudo-indica-que-1-em-cada-mil-brasileiros-nao-tem-moradia>. Acesso em: 19 ago. 2024.



BRASIL. **Lei nº 14.821, de 16 de janeiro de 2024.** Institui a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2024/lei-14821-16-janeiro-2024-795258-publicacaooriginal-170865-pl.html>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009.** Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersectorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/___Ato2007-2010/2009/Decreto/D7053.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. **É possível Housing First no Brasil?** Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-DHUM0117_21x26cm_WEB4Pg.Separadas.pdf. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. **Plano Nacional Ruas Visíveis.** Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/dezembro/governo-federal-lanca-201cplano-ruas-visiveis-pelo-direito-ao-futuro-da-populacao-em-situacao-de-rua201d-com-investimento-de-cerca-de-r-1-bilhao/copy2_of_V3_plano_acoes_populacao_de_ua1.pdf. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº14.821, de 16 de janeiro de 2024.** Institui a Política Nacional de Trabalho Digno e Cidadania para a População em Situação de Rua (PNTC PopRua). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2024/lei-14821-16-janeiro-2024-795258-publicacaooriginal-170865-pl.html>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. **A abolição da escravidão e os desafios do povo preto do Brasil.** Disponível em: <https://www.gov.br/palmares/pt-br/assuntos/noticias/a-abolicao-da-escravatura-e-os-desafios-do-povo-preto-no-brasil>. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. **Mais de 260 mil pessoas vivem em situação de rua do Brasil.** Disponível em : <https://www12.senado.leg.br/tv/programas/cidadania-1/2024/03/mais-de-260-mil-pessoas-vivem-em-situacao-de-rua-brasil>. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. **Por que o número de pessoas em situação de rua está crescendo no Brasil?** Disponível em: <https://drauzioarella.uol.com.br/saude-publica/por-que-o-numero-de-pessoas-em-situacao-de-rua-esta-crescendo-no-brasil/> . Acesso em 13 fev. 2025.

BRASIL. **Aumenta em 25% o número de pessoas em situação de rua no país.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2025-01/aumenta-em-25-o-numero-de-pessoas-em-situacao-de-rua-no-pais>. Acesso em: 13 fev. 2025.

BRASIL. **Inscriver-se no Cadastro Único.** Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/inscrever-se-no-cadastro-unico-para-programas-sociais-do-governo-federal>. Acesso em: 13 fev. 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Aumento da população em situação de rua.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/tv/1033592-aumento-da-populacao-em-situacao-de-rua-24-01-2024/>. Acesso em: 13 fev. 2025.



CARVALHO, Oswaldo Ferreira. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais.** 2020. Faculdade Estácio de Sá de Goiás. Goiânia, Goiás, Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/JsrYZ4CfJsDSRntd3L6BpHj/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

CUNDA. Mateus Freitas. **Me chamam rua, população, uma situação: os nomes da rua e as políticas da cidade.** 2020. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/jhvzDFSFYqLRhtSJf9NcCqj/>. Acesso em: 20 set. 2024.

FONTE SEGURA. **Furtos famélicos no Brasil de volta ao país da fome.** Disponível em: <https://fontesegura.forumseguranca.org.br/furtos-famelicos-no-brasil-de-volta-ao-pais-da-fome/>. Acesso em: 23 set. 2024.

GOMES, Mônica Araújo; PEREIRA, Maria Lúcia Duarte. 2007. **Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas.** Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, Brasil. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/tw4jYGw65NMVCC4ryKNKzPv/>. Acesso em: 20 set. 2024.

INSTITUTO HUMANAS UNISINOS. **Lixo Visual.** Disponível em: <https://www.i.hu.unisinos.br/617110-populacao-de-rua-aumenta-mas-segue-invisivel-pessoas-sao-consideradas-lixo-visual-entrevista-especial-com-darcy-costa>. Acesso em: 20 set. 2024.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Como as Nações Unidas apoiam os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil.** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 29 nov. 2024.

O GLOBO. **O que é e o que faz o G20, grupo que reúne 85% do PIB global?** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2024/11/18/o-que-e-e-o-que-faz-o-g20-grupo-que-reune-85percent-do-pib-global.ghtml>. Acesso em: 29 nov. 2024.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Direitos Fundamentais Legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade.** Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf. Acesso em: 19 ago. 2024.

RAMOS, André de carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

TV SENADO. **Mais de 260 mil pessoas vivem em situação de rua no Brasil.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VIM-30kcYk8>. Acesso em: 13 fev. 2025.

UOL. **A perversa criminalização da pobreza.** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/comissao-arns/2021/11/16/a-perversa-criminalizacao-da-pobreza.htm>. Acesso em: 23 set. 2024.



HERANÇA DIGITAL: UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE REGULAÇÃO SUCESSÓRIA E A TRANSMISSIBILIDADE DE PERFIS AOS HERDEIROS

Estela Maria Soares Bio

Graduada pela Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o direito sucessório foi alcançado pelo mundo digital e fez surgir questionamentos sobre a garantia da transmissibilidade da herança aos herdeiros e o que pode ser caracterizado como herança transmissível sem tocar diretamente e ferir o direito fundamental do *de cuius*. O presente trabalho buscará mostrar os conflitos existentes entre direitos fundamentais das partes e como os Tribunais brasileiros lidam com cada caso. Será abordado como a falta de regulamentação específica tem atingido diretamente tal ramo do direito. Dessa forma, defende-se a elaboração de lei específica que regulamente e dite as normas para uma sucessão justa, segura e garantidora dos direitos fundamentais das partes, independente se esse bem digital possuir ou não caráter patrimonial.

Palavras-chave – Direito das sucessões; Herança Digital; Bens Digitais; Direitos da Personalidade;

Sumário – Introdução. 1. Bens digitais como espécie de bens imateriais. 2. Ponderação entre a garantia da transmissão dos bens digitais aos herdeiros e o direito de personalidade do *de cuius*. 3. A tutela jurídica sobre os bens digitais e as soluções para garantir o direito aos herdeiros. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa terá como temática central a análise sobre falta de regulamentação para amparo dos direitos de ambas as partes no momento da abertura da sucessão e como poderia ser solucionado tal problema. Tem por objetivo analisar a problemática existente entre a sucessão dos bens digitais e o direito à privacidade das contas do *de cuius*.

Nota-se que com toda tecnologia existente e no mundo atual, um patrimônio ainda que seja todo digital vale tanto quanto um patrimônio consistido em bens tocáveis, em bens palpáveis. Assim, pessoas através de seu trabalho dão qualidade de vida para suas famílias, estabilidade financeira e se desenvolve em muitos aspectos.

Dessa forma, como é cediço, o ser humano nasce, cresce, se desenvolve e morre fazendo nascer para os herdeiros o direito a sucessão dos bens deixados pelo *de cuius*.

Certo é, que com o crescimento da era digital, em que tudo se adapta para qualidade e facilidade da vida de forma mais rápida, o ser humano acaba emergido pela novidade e pelo desconhecido. Por conta disso, surgem problemas enfrentados pelo indivíduo que só são possíveis de serem identificados quando surge o caso concreto.

O direito Civil regula as relações entre os indivíduos e tenta protegê-los de situações futuras, fáceis de serem identificadas. Ocorre que com o avanço acelerado do mundo digital algumas relações acabam inalcançáveis pela regulamentação vigente, como no caso da sucessão dos bens digitais.

É exatamente por causa dessas situações que o presente estudo buscará apresentar as principais discussões entre a jurisprudência e a doutrina, mostrando as problemáticas enfrentadas pelos julgadores, a necessidade de regulamentação específica para o tratamento temática e assim construir um raciocínio para se chegar à sugestão de melhor solução para os conflitos patrimoniais quando se tratar de bens digitais relativos à morte do usuário na rede.

Desse modo, no capítulo 1, serão tratadas as noções preliminares sobre o que se entende por bens, bem como a classificação entre os bens corpóreos e incorpóreos, ainda será tratado especificadamente sobre os bens digitais quanto sua classificação e o tratamento atual da sucessão e sua devida regulamentação.

A seguir, no capítulo 2, serão apresentadas as peculiaridades da herança, assim como o que se entende como patrimônio e a ponderação dos direitos fundamentais em relação ao direito personalíssimo do *de cujus* e o direito à sucessão dos herdeiros.

Por fim, no capítulo 3, será abordado como a doutrina e a jurisprudência tem agido e tratado sobre o tema nos casos concretos, bem como sobre a responsabilidade civil nos bens deixados de forma digital, e também quais são os atuais projetos legislativos protetores que visão alcançar a proteção a esses bens e a solução para garantir o direito aos herdeiros.

Sendo assim, a metodologia empregada visa apresentar a problemática enfrentada nos dias atuais e os possíveis tratamentos como solução para os casos concretos que surgem no âmbito da sucessão e dos bens digitais.

Ainda assim, como o tema da presente pesquisa ainda não está pacificado na jurisprudência, será utilizado o método dedutivo bibliográfico para trazer hipóteses de solução para o problema apresentado.

Desenvolver-se-á a pesquisa sob o método de abordagem qualitativa com busca a partir de bibliografias em consultas na doutrina através de livros de autores que tratam sobre o tema e na jurisprudência, que fará com que seja possível analisar as possíveis soluções para a sucessão dos bens digitais e a proteção dos direitos dos sucessores.



1. BENS DIGITAIS COMO ESPÉCIE DE BENS IMATERIAIS

Desde os primórdios os bens trazem consigo a característica de pecúnia, mas não necessariamente. Há bens que para uns há um valor econômico reconhecido, enquanto para outros, há apenas um valor sentimental, subjetivo, como no caso de um quadro pintado pela sobrinha ao tio que para este há valor reconhecido, e dessa forma pode ser considerado um bem, embora não acresça ao patrimônio por não ter valor pecuniário reconhecido perante o mercado.

Sendo assim, um patrimônio com bens, sejam eles de qualquer espécie, no momento da sucessão deve ser repartido de maneira justa entre os herdeiros e que por estes serão administrados ainda que tenha valor subjetivo aplicado a ele.

Uma distinção útil, baseada nesta ideia de finalidade em concreto, seria aquela que aparta a noção de bens e coisas. Tudo o que existe no universo, tendo existência material e suscetível de ser medida em uma escala de valor, pode ser conceituado como coisa. A utilidade é a possibilidade de serem apropriadas. Concedem valor a estas coisas, transformando-as, então, em bens. Assim, bem é tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico como objeto de direito¹.

Para Caio Mário, nesse sentido, o objeto da relação jurídica, o bem jurídico, poderá e deverá ter essa distinção entre bens e coisas².

Não existe consenso doutrinário quanto à distinção entre bem e coisa. Preferimos identificar a coisa sob o aspecto de sua materialidade, reservando o vocábulo aos objetos corpóreos. Os bens, por sua vez, compreenderiam os objetos corpóreos ou materiais (coisas) e os ideais (bens imateriais). Dessa forma, há bens jurídicos que não são coisas: os direitos

¹ ZAMPIER, Bruno. **Bens Digitais**: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 44.

² “São bens jurídicos, antes de tudo, os de natureza patrimonial. Tudo que se pode integrar no nosso patrimônio é um bem, e é objeto de direito subjetivo. São os bens econômicos. Mas não somente estes são objeto de direito. A ordem jurídica envolve ainda outros bens inestimáveis economicamente, ou insuscetíveis de se traduzirem por um valor pecuniário”. “Se todos são bens, nem todos são bens jurídicos. Nesta categoria inscrevemos a satisfação de nossas exigências e de nossos desejos, quando amparados pela ordem jurídica. Escapam à sua configuração os bens morais, as solicitações estéticas, os anseios espirituais”. “Em sentido estrito, porém, o objeto da relação jurídica, o bem jurídico, pode e deve, por sua vez, suportar uma distinção, que separa os bens propriamente ditos das coisas. Os bens, especificamente considerados, distinguem-se das coisas, em razão da materialidade destas: as coisas são materiais ou concretas, enquanto que se reserva para designar os imateriais ou abstratos o nome bens, em sentido estrito. Uma casa, um animal de tração são coisas, porque concretizado cada um em uma unidade material e objetiva, distinta de qualquer outra”. “Mas nem tudo que é corpóreo e material é coisa: o corpo humano não é, apesar de sua materialidade, porque o homem é sujeito dos direitos, e não é possível separar a pessoa humana, dotada do requisito da personalidade, de seu próprio corpo. Depois da morte, porém, o cadáver é uma coisa, da mesma forma que são coisas as partes destacadas do corpo sem vida, como os ossos, as peças anatômicas preparadas, as quais, por isto mesmo, podem ser objeto de alguma relação jurídica, ou ser objeto de negócios jurídicos restritos”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introduções de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil. 24. ed. V1. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 335-336.

autorais, o direito de imagem, os créditos etc. Note-se que o Código Civil de 2002, apesar de não diferenciar os conceitos, consagra a expressão bem jurídico compreendendo as coisas e os bens imateriais³.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, XXX⁴, garante o direito de herança, assim como o Código Civil⁵ que trata em títulos específicos sobre o tema, é consistindo em um direito garantido por lei que pode ser chamado de espólio ou monte o patrimônio deixado pelo falecido que agora será transmitido aos herdeiros por direito.

Os bens são objetos de direitos subjetivos, significa dizer que independentemente do tipo de bem ou sua classificação haverá um direito sobre aquele bem. Pablo Stolze em seu livro traz exemplos como: “um terreno é objeto do meu direito de propriedade, a honra é objeto de meu direito da personalidade”⁶.

De todo modo, bens e coisas são empregados no cotidiano do ser humano como se fossem sinônimos, possuindo diferença sutil para aqueles que buscam se aprofundar mais sobre o assunto.

Com o avanço da tecnologia é possível observar que a internet toma proporções avassaladoras a cada dia que passa. A maneira como a vida se movimenta, se desenvolve, como as pessoas se conectam com agilidade, facilidade e rapidez é surpreendentemente inovador se for pensar em uma época de poucas décadas atrás.

Diante de toda essa inovação e de todo o processo de desenvolvimento de facilidade da vida que a internet proporciona, se faz mais do que necessário o direito estar seguindo a inovação com a regulamentação legal devida. Por mais que o direito, hoje, consiga alcançar muitas áreas que antes não se imaginava existir, ainda há lacunas a serem preenchidas como no caso dos bens digitais.

É necessário entender como funciona o mundo digital, quais bens são possíveis de regulamentação e porque há esta barreira legal a ser quebrada diante da sucessão de bens

³ GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624559/>. Acesso em: 21 fev. 2024.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

⁶ GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624535/>. Acesso em: 29 nov. 2023.



digitais. Ora, a internet está entranhada na vida humana como parte de seu corpo e que para alguns sem o mundo digital a realidade não existe.

Uma pesquisa norte-americana realizada com 2 mil norte-americanos maiores de idade apontou que, além dos itens essenciais do dia a dia como comida e água, quase metade da população dos Estados Unidos dizem que não conseguem mais viver sem seus eletrônicos e sem o wi-fi⁷.

A organização das Nações Unidas (ONU) declarou que a internet é considerada um direito humano como todos os outros garantidos ao indivíduo e afirma que a internet deve ser tratada e respeitada fundada no princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente.

A internet estaria também ligada ao direito ao acesso à informação e na ocorrência da violação desse direito, para ONU, “é violar o artigo 19, §3º do Pacto Internacional de direitos civis e políticos, de 1996. De acordo com o Artigo, todo cidadão possui direito à liberdade de expressão e de acesso à informação por qualquer tipo de veículo⁸”.

Artigo 19. §3. O exercício de direito previsto no § 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

1. assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
2. proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.⁹

Diante disso, é possível observar que o ser humano com muita facilidade pode construir toda sua vida ligada diretamente à internet, como por exemplo quem usa do meio digital como meio de sua sobrevivência. Dessa forma, o patrimônio de um indivíduo pode ser constituído de bens digitais com valor significativo capaz de garantir toda a subsistência de sua família.

Os bens digitais são espécie de bens incorpóreos, imateriais ou intangíveis, assim se pode dizer que tais bens ainda que acresçam valor econômico ao patrimônio deverão ser regidos por tratamento jurídico diferente.

Nesse sentido, os bens digitais se aproximariam mais da segunda forma, bens incorpóreos, já que a informação (aqui tratada como verdadeiro bem jurídico em sentido lato,

⁷ OLHAR DIGITAL. **Pesquisa:** maioria das pessoas não consegue passar o dia sem internet. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/10/03/internet-e-redes-sociais/pesquisa-maioria-das-pessoas-nao-conseguem-passar-o-dia-sem-internet/>
Acesso em: 19 mar. 2024

⁸ DEVMEDIA. **Canal Mais.** Novo relatório da ONU declara internet como um direito humano. Disponível em: [⁹ BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 23 set. 2024.](https://www.devmedia.com.br/novo-relatorio-da-onu-declara-internet-como-um-direito-humano/21381#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20Artigo,por%20qualquer%20tipo%20de%20ve%C3%A9culo.Acesso em: 12 fev. 2024.</p></div><div data-bbox=)

conforme ensinamentos de Pietro Perlingieri) postada na rede esteja ela armazenada localmente em sítio ou inserida em pastas de armazenamento virtual, seria intangível fisicamente; abstrata em princípio¹⁰.

Por possuir natureza digital e por não ser possível tocá-los, a extensão no que pode tornar bem é imensa. Como dito, o mundo digital vem crescendo de maneira rápida e trazendo consigo possibilidades quando se trata de bens. Antes, bens incorpóreos eram relacionados a hipoteca, penhor, propriedade intelectual, hoje a abrangência é ainda maior com o uso da tecnologia e internet, como no caso das propriedades em um mundo metaverso.

Os bens digitais são informações que em sua imensa maioria se apresentarão como úteis, tendo, portanto, relevância jurídica¹¹.

2. PONDERAÇÃO ENTRE A GARANTIA DA TRANSMISSÃO DOS BENS DIGITAIS AOS HERDEIROS E O DIREITO DE PERSONALIDADE DO *DE CUJUS*

A herança digital vem ganhando destaque desde os últimos anos em grupos de pesquisa e de estudo, gera a curiosidade do novo no meio de juristas e fomenta a pesquisa por soluções não previstas até então na legislação brasileira.

Com toda inovação o conceito básico sobre herança tornou-se expandido e alcança, hoje, o mundo virtual. A criação de um patrimônio digital, tutelado e reconhecido perante a sociedade com cunho econômico viu-se na necessidade de ser regulamentado e consequentemente resguardado àqueles que possuem direito de herdar quando seu dono não se encontrar mais com vida.

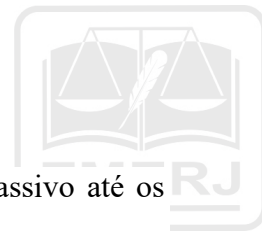
Herança de modo geral é a transmissão de bens, direitos e obrigações aos herdeiros, sejam eles testamentários ou necessários a depender da sua natureza. É o todo de um patrimônio com característica indivisível até o momento da partilha. Ou seja, “a herança é o conjunto de direitos e obrigações que são transmitidos em razão da morte de uma pessoa¹²”.

O objeto da sucessão causa mortis é a herança, dado que, com a abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do *de cuius*, que se transmite aos seus herdeiros, os

¹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital: controvérsias e alternativas**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 52.

¹¹ ZAMPIER, Bruno. **Bens Digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 59.

¹² LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital** (livro eletrônico). Porto Alegre: Edição do Autor, 2016. p. 56.



quais se sub-rogam nas relações jurídicas do morto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança (CC, arts. 1.792 e 1.997)¹³.

Como bem dito, até o limite da herança, os herdeiros não poderão sofrer com as obrigações além do montante herdado já que as obrigações se resolvem também no patrimônio deixado.

Para ir ao encontro dos bens digitais como objeto de sucessão é preciso enfrentar a premissa do que são os bens suscetíveis a sucessão, quais desses bens existentes tornam o direito sólido e intocável àquele herdeiro além disso bens como direito subjetivo transmissível.

Conforme ensina Eduardo A. Zannoni, todo direito de conteúdo patrimonial é suscetível de cessão, e se os direitos que estão sendo cedidos recaem sobre uma herança, cuida-se de uma cessão de direitos hereditários, quer dizer, cessão de uma quota hereditária, que pode corresponder a todos os vinte e cinco por cento (25%) destinados ao coerdeiro cedente, ou de parte desta sua quota¹⁴.

[...]O objeto da cessão de direitos hereditários é justamente o conjunto de direitos e de obrigações encabeçado pelo herdeiro cedente e essa universalidade jurídica o herdeiro adquire com a morte do autor da herança, e, como acima aventado, é certo que o herdeiro pode ceder sua herança na íntegra, ou uma parte, fração ou alíquota dela, tal qual o herdeiro único pode ceder a totalidade da herança, mas essa cessão de direitos hereditários não compreende o título de herdeiro e nem inclui a meação pertencente à viúva do autor da herança, que ao supérstite pertence em razão do regime de bens do casamento, em vista de que só existe direito hereditário incidente sobre a meação e os bens particulares que pertenciam ao falecido[...]¹⁵.

Portanto, somente serão objetos da sucessão os bens que tenham valor patrimonial e que, necessariamente, não sejam bens legalmente intransmissíveis, nem bens que sejam direitos exclusivos do sujeito autor da herança¹⁶. O Superior Tribunal de Justiça já convalidou em julgamento sobre a validade da vontade prestada em testamento do que deveria ser sucedido, prevalecendo assim a vontade do falecido como regra, ou seja, bens classificados nessa esteira como legalmente transmissíveis¹⁷.

¹³ DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v.6. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 20 mar. 2024.

¹⁴ MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em: 24 abr. 2024.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ NADROWSKI, Elisan. **A sucessão de bens digitais - possibilidades e limitações**. Disponível em: https://uni-contestado-site.s3.amazonaws.com/site/biblioteca/ebook/E-book_Evolucoes_recetes_do_direito_das_sucessoes.pdf. Acesso em: 24 abr. 2024.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (S2-segunda seção). **Recurso Especial 1633254/MG**. civil e processual civil. confirmação de testamento particular escrito por meio mecânico. omissão e obscuridade no acórdão recorrido. inocorrência. questão enfrentada e pré questionada. sucessão testamentária. [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 11 de março de 2020. Disponível em:

Dentre os inúmeros tipos de bens suscetíveis à sucessão surgem os bens digitais, bens que possuem valor patrimonial, mas por não ter regulamentação específica sobre sua sucessão, trouxeram dúvidas sobre que natureza possuem. São bens com cunho patrimonial, mas não palpáveis, permitindo então um passeio entre as normas que poderão ter o amparo ideal.

Bens digitais, portanto, podem ser classificados como bens incorpóreos, aqueles que são intocáveis, mas que dependem de uma ação humana externa para a sua transmissão. *Verbi gratia*, uma mídia digital pode ser armazenada por um indivíduo em uma nuvem (em inglês, *cloud computing*), porém, haverá a necessidade de meios físicos para assegurar a existência da nuvem de armazenamento¹⁸.

Herança digital então, é o legado digital que se deixa para trás após a morte. Isso inclui dados pessoais, contas on-line, arquivos, fotos e outras informações que se compartilham digitalmente durante a vida. A herança digital é um conceito relativamente recente que se refere ao destino das informações digitais de uma pessoa após sua morte¹⁹.

No tocante aos bens digitais existenciais com valor sentimental ou patrimoniais a doutrina enfrenta o conflito de disposição de dois direitos fundamentais principais, o do direito de suceder e o da personalidade do *de cuius*. Para a análise dos direitos existentes é utilizada a técnica da ponderação, não significa dizer que um direito é mais importante que outro, mas que no caso concreto o ordenamento jurídico deverá acompanhar o melhor interesse daquele que detém do direito em específico.

Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não²⁰.

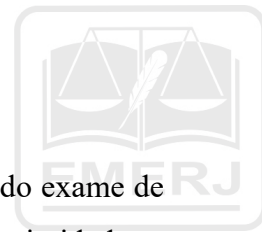
Quando há a colisão entre princípios, que é o nosso foco, a solução para a resolução do conflito é diferente. O que determinará qual princípio se faz mais importante naquele caso concreto são as circunstâncias especiais do caso, em cada caso determinado princípio poderá

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3Esenhas+sucess%3Eo%3C%2Fb%3E&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=senhas+sucess%3Eo>. Acesso em: 24 abr.2024.

¹⁸ NADROWSKI, Elisan. **A sucessão de bens digitais** - Possibilidades e limitações. Disponível em: https://uni-contestado-site.s3.amazonaws.com/site/biblioteca/ebook/E-book_Evolucoes_recentes_do_direito_das_sucessoes.pdf. Acesso em: 24 abr. 2024.

¹⁹ IBDFAM. **A herança digital e o direito sucessório**: nuances da destinação patrimonial digital. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1989/A+heran%C3%A7a+digital+e+o+direito+sucess%C3%B3rio%3A+nuances+da+destina%C3%A7%C3%A3o+patrimonial+digital#_ftnref3 Acesso em: 24 abr. 2024.

²⁰ SENADO. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**: Esboços e críticas. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf. Acesso em: 24 abr. 2024.



prevalecer sobre o outro. Por exemplo, no caso da obrigatoriedade da realização do exame de DNA em ações de investigação de paternidade, o direito à inviolabilidade a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade ao corpo e a integridade física, não fica sobreposto ao direito fundamental da criança em saber sua origem biológica.

O tribunal do Estado de São Paulo considerou a não violação aos direitos da personalidade o acesso aos arquivos digitais da pessoa falecida em um caso específico²¹. Porém na doutrina, a posição majoritária é no sentido de que se não possuírem valor econômico não há que se falar em transmissibilidade, apenas aqueles com cunho econômico.

A grande discussão surge em torno da transferência de qualquer bem digital, que pode alcançar a quebra da privacidade do *de cujus* e da intimidade. Ora, tais bens são classificados como bens digitais e não possuem a sua distinção quanto a transmissibilidade econômica ou não.

Para alguns juristas, os bens digitais podem perder seu caráter personalíssimo com a morte, já que com a morte se extingue os direitos, mas quanto mais a fundo é analisado o tema mais problemático se torna a questão, pois alguns bens digitais com caráter econômico, podem gerar a violação da intimidade de terceiros.

3. A TUTELA JURÍDICA DOS HERDEIROS SOBRE OS BENS DIGITAIS E AS SOLUÇÕES PARA GARANTIR O DIREITO AOS SUCESSORES

Atualmente em nosso ordenamento jurídico, a proteção da herança é regida pelo Código Civil. No tocante aos bens digitais, o Código atual tenta abranger as situações existentes no dia a dia da sociedade, mas nem sempre se faz satisfeita por completo.

Conforme artigo 1.788 do Código Civil²², com a morte, não existindo testamento, a herança se transmite aos herdeiros legítimos, incluído aqueles bens não compreendidos no testamento se houver.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). **Ap. 1017379-58.2022.26.0068**. Alvará Judicial. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. Pretensão da herdeira de acesso a arquivos digitais da filha falecida. Patrimônio digital da pessoa falecida pode integrar o espólio e, assim, ser objeto de sucessão. Enunciado 687 CJF. Memória digital de interesse afetivo da herdeira. Garantia ao direito de herança. Precedentes. Reforma da sentença para determinar a transferência à autora de acesso ao “ID Apple” da falecida, observada a necessidade de fornecimento dos dados solicitados pela ré. RECURSO PROVIDO. Relator: Carlos Alberto de Salles, 26/04/2024. Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/4/58F0CDD90C388F_tjsp-acordao.pdf. Acesso em: 02 out. 2024.

²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 5 out. 2024.

A grande questão surge quanto aos bens digitais, já que esses possuem certeza de transmissão apenas quando previstos em testamento, do contrário essa sucessão não se faz de maneira automática seguindo o princípio da *saisine* como os bens não digitais.

A transmissão encontra dificuldade por colidir com o direito da personalidade do *de cuius*, pois quando se trata de bens digitais, a seara da intimidade se alarga e esbarra na intimidade de terceiros envolvidos.

O pensamento dentro da sucessão digital é o de que podendo suceder “o mais”, poderá então suceder o “menos”, ou seja, para os herdeiros, se surge a possibilidade de suceder de maneira mais simples os bens que possuem valor econômico patrimonial, não seria diferente suceder senhas, contas, e ter acesso a conversas e dados privados daquele que confiou a herança aos sucessores.

No ordenamento jurídico brasileiro há o Projeto de Lei nº 1.689/2021²³ que fixa regras de provedor de aplicação de internet sobre o tratamento de dados pessoais de pessoas mortas, incluindo disposições no Código Civil e na Lei nº 9.610/1998, a Lei de Direitos Autorais.

O projeto traz a possibilidade de que na ausência de previsão em testamento as contas digitais, dados, direitos autorais, publicações, interações em redes sociais, os arquivos e os demais dados serão de fácil transmissão, a não ser que tenha proibição expressa em testamento sobre o contrário.

Diante disso, surge a preocupação quanto a segurança jurídica sobre o tema, isso porque além dos conflitos existente acerca dos direitos fundamentais da privacidade e da herança, os herdeiros ainda podem enfrentar a abusividades dos provedores que podem fazer surgir dificuldades para suceder.

Por fim, as licenças associadas aos e-books, músicas ou filmes, podem conceder maiores ou menores restrições referentes a transmissibilidade, dependendo do provedor e serviço. As restrições de uso associadas ao padrão “itunes plus”, por exemplo, são dramaticamente menores comparadas ao padrão tradicional com DRM (Digital Restrictions Management, modo de restringir a difusão por cópia de conteúdos digitais).²⁴

²³ BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.689, de 4 de maio de 2021**. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas, contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2003683&filename=PL%201689/2021.

1. Acesso em: 3 out. 2024.

²⁴ COSTA FILHO, Marco Aurélio de Faria. **Herança digital**: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Disponível em: [file:///C:/Users/azojj/Downloads/152-612-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/azojj/Downloads/152-612-1-PB%20(1).pdf) Acesso em: 06 out. 2024.



Os tribunais brasileiros enfrentam a matéria de acordo com o caso concreto, como foi o caso do Tribunal de Minas Gerais que reconheceu que os dados pessoais são personalíssimos e não podiam ser transmitidos, pois estão inerentes a pessoa humana. Já no tocante aos bens imateriais com valoração econômica vultosa, esses estariam vinculados ao valor unitário da herança.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. HERANÇA DIGITAL. DESBLOQUEIO DE APARELHO PERTENCENTE AO *DE CUJUS*. ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PESSOAIS. DIREITO DA PERSONALIDADE. A herança defere-se como um todo unitário, o que inclui não só o patrimônio material do falecido, como também o imaterial, em que estão inseridos os bens digitais de vultosa valoração econômica, denominada herança digital. A autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses que houver relevância para o acesso de dados mantidos como sigilosos. Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, necessitando de proteção legal, porquanto intransmissíveis. A Constituição Federal consagrou, em seu artigo 5º, a proteção constitucional ao direito à intimidade. Recurso conhecido, mas não provido²⁵.

De modo distinto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconheceu a necessidade de preservação dos perfis sociais na forma como o usuário deixou, pelos sucessores, em respeito ao próprio exercício do direito à memória, já que tais plataformas também possibilitam a manutenção em forma de memoriais.

Obrigação de fazer – recuperação de páginas do Facebook e Instagram invadidas e alteradas indevidamente – sucessores de usuária falecida – legitimidade reconhecida – direito à preservação da memória – procedência mantida com condenação ajustada – recurso dos autores provido e não provido o da requerida.²⁶

Considerando tais julgamentos e entendimentos distintos existentes em nosso ordenamento, a grande questão que se enfrenta é sobre a violação da intimidade e privacidade

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (3ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.190675-5/001**. Inventário. Herança digital. Desbloqueio de aparelho pertencente ao de cujus. Acesso às informações pessoais. Direito da personalidade [...]. Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, julgamento em 27/01/2022, publicação da súmula em 28/01/2022). Disponível em: [²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo \(10ª Câmara de Direito Privado\). **Apelação Cível 1074848-34.2020.8.26.0100**. Ação de obrigação de fazer. Recuperação de página do Facebook e instagram invadidas e alteradas indevidamente. Sucessores de usuária falecida\[...\]. Relator\(a\): Ronnie Herbert Barros Soares, julgamento em 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15217334&cdForo=0>. Acesso em: 7 out. 2024.](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?sessionId=5947EF1FE8AB890D49751EB17CAA7F04.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=heran%E7a+digital&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&listaOrgaoJulgador=1-3&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%Eancias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar. Acesso em: 7 out. 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

não só da pessoa falecida, mas também de terceiros envolvidos e que guardam dados nessas contas privadas.

Diante dos enfrentamentos existentes, questiona-se a possibilidade de suceder apenas bens digitais economicamente relevantes, apenas aquelas contas monetizadas que geram renda aos sucessores e herdeiros, como no caso dos direitos autorais.

No que tange aos perfis sociais, dados, senhas, conversas e tudo que envolve a privacidade dos usuários, a legislação necessitaria que proteção maior a toda a população.

Sem dúvida, o que está em jogo são os direitos da personalidade dos usuários, ainda que se encontrem divididos em contas profissionais e pessoais, uma vez que os efeitos econômicos decorrentes do exercício das situações existenciais são indiscutíveis e legítimos.²⁷

A Doutora Maici Barboza, em capítulo do livro *Herança digital* coordenado por Livia Leal e Ana Carolina Brochado reforça que não se trata de transmissão do direito da personalidade, mas de uma certa forma, surge uma proteção ao próprio direito fundamental pelos familiares, àquele que não pode mais exercê-la:

Em suma, a inviabilidade teórica de delegação do exercício dos direitos da personalidade não é justificativa jurídica suficiente para eximir terceiros de respeitar e proteger esses direitos, sobretudo quando a própria lei confere legitimidade para que determinadas pessoas atuem em sua defesa, como no caso da tutela póstuma. Nessa situação, o núcleo afirmativo da personalidade, construído pelo falecido ainda em vida, é intangível, fazendo-se da atuação dos familiares verdadeiro escudo protetivo desse núcleo. Reforce-se que não se trata, portanto, de transmissão do direito da personalidade, mas do surgimento de uma situação jurídica subjetiva complexa aos familiares, limitada à proteção da projeção póstuma da personalidade cujo titular não pode mais promover a sua tutela.²⁸

Ainda assim, é possível observar que o tema abordado desagua inclusive no Direito Penal, pois em alguns casos há o risco do crime de falsidade ideológica (artigo 307 do CP²⁹) quando agindo de má-fé, este que agora sucede essa conta a usa para causar danos a terceiros.

Portando, o tema *Herança Digital* se entrelaça com outros ramos do direito e cabe ao legislador fixar parâmetros concretos.

²⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital: controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021. *E-book*. Disponível em:

file:///C:/Users/azojj/Downloads/Heranca_digital_Ana_Carolina_Brochado.pdf. Acesso em: 15 out. 2024.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 7 out. 2024.



CONCLUSÃO

O mundo digital, hoje, faz-se presente na maior parte da vida do indivíduo em qualquer lugar do mundo. É possível observar que desde o nascimento até a morte tudo que se vê tem um toque digital, desde o registro do primeiro suspiro de vida ao último registro do “eu te amo” deixado por alguém.

O desejo por deixar viva uma memória, acaba por alcançar os bens, inclusive os digitais que permitem que não só a valoração econômica cabe a sucessão, mas também todo o patrimônio deixado por outro digitalmente em um universo digital.

A sucessão dos bens corpóreos e incorpóreos é regulado pelo atual Código Civil e com toda sua especialidade ao tratar sobre o assunto, tem causado dúvidas ao julgador quanto sua aplicação aos bens não regulamentados, ressalta-se ou bens digitais de caráter personalíssimo que são ou não monetizados e acrescidos ao patrimônio daquele que faleceu.

Com o avanço tecnológico, fica claro observar que a herança digital invade as searas de muitos ramos dos direitos que se encaixam como um grande quebra cabeça e que quando analisado sob a ótica de apenas de uma dessas ramificações, surgem dúvidas quanto a outros.

A necessidade de regulamentação específica se torna cada dia mais necessária e primordial, isso porque a medida em que a sociedade evolui, o direito acompanha essa evolução. Diante disso, o fechamento dessas lacunas duvidosas e principalmente a garantia dos direitos fundamentais, usando do método da ponderação entre os princípios, mostra que os bens digitais sucedem com caráter digital, e muitos deles não acabam com a transmissão.

Há quem defenda que o direito a intimidade e a privacidade terminam com a morte, mas diante das possibilidades muitos desses direitos não se esgotam com a esta e sob esse ponto se faz necessária a regulamentação para garantir a proteção de todos as partes envolvidas.

Por ora, de maneira muito inteligente, os Tribunais brasileiros têm agido conforme o caso concreto e observado suas peculiaridades, previstas ou não em testamento, mas isso não significa que não haja a necessidade de regulamentação específica.

Por fim, a regulamentação para herança digital se mostra importante e necessária pois trará a proteção completa ao direito a herança e ao ultimo desejo do usuário, bem como a garantia do direito a privacidade, a intimidade e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 7 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.689, de 4 de maio de 2021**. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2003683&filename=PL%201689/2021. Acesso em: 3 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (S2-segunda seção). **Recurso Especial 1633254/MG**. civil e processual civil. confirmação de testamento particular escrito por meio mecânico. omissão e obscuridade no acórdão recorrido. inocorrência. questão enfrentada e pré questionada. sucessão testamentária. [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 11 de março de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3Esenhas+sucess%E3o%3C%2Fb%3E&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=senhas+sucess%E3o>. Acesso em: 24 abr.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (3ª Câmara Cível). **Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.190675-5/001**. Inventário. Herança digital. Desbloqueio de aparelho pertencente ao de cujus. Acesso às informações pessoais. Direito da personalidade [...]. Relator(a): Des.(a) Albergaria Costa, julgamento em 27/01/2022, publicação da súmula em 28/01/2022). Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do;jsessionid=5947EF1FE8AB890D49751EB17CAA7F04.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=heran%E7a+digital&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&listaOrgaoJulgador=1-3&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&lis



taPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar. Acesso em: 7 out. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). **Ap. 1017379-58.2022.26.0068**. Alvará Judicial. Sentença de improcedência. Insurgência da autora. Pretensão da herdeira de acesso a arquivos digitais da filha falecida. Patrimônio digital da pessoa falecida pode integrar o espólio e, assim, ser objeto de sucessão. Enunciado 687 CJP. Memória digital de interesse afetivo da herdeira. Garantia ao direito de herança. Precedentes. Reforma da sentença para determinar a transferência à autora de acesso ao “ID Apple” da falecida, observada a necessidade de fornecimento dos dados solicitados pela ré. RECURSO PROVIDO. Relator: Carlos Alberto de Salles, 26/04/2024. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2024/4/58F0CDD90C388F_tjsp-acordao.pdf. Acesso em: 02 out. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (10ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 1074848-34.2020.8.26.0100**. Ação de obrigação de fazer. Recuperação de página do Facebook e Instagram invadidas e alteradas indevidamente. Sucessores de usuária falecida[...]. Relator(a): Ronnie Herbert Barros Soares, julgamento em 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15217334&cdForo=0>. Acesso em: 7 out. 2024.

DEVMEDIA. **Canal Mais**. Novo relatório da ONU declara internet como um direito humano. Disponível em: <https://www.devmedia.com.br/novo-relatorio-da-onu-declara-internet-como-um-direito-humano/21381#:~:text=De%20acordo%20com%20o%20Artigo,por%20qualquer%20tipo%20de%20ve%C3%ADculo>. Acesso em: 12 fev. 2024.

DINIZ, Maria H. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. v.6. Editora Saraiva, São Paulo, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627772/>. Acesso em: 20 mar. 2024.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Faria. **Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente**. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco. Disponível em: [file:///C:/Users/azojj/Downloads/152-612-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/azojj/Downloads/152-612-1-PB%20(1).pdf) Acesso em: 06 out. 2024.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624559/>. Acesso em: 21 fev. 2024.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624535/>. Acesso em: 29 nov. 2023.

IBDFAM. **A herança digital e o direito sucessório**: nuances da destinação patrimonial digital. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1989/A+heran%C3%A7a+digital+e+o+direito+sucess%C3%B3rio%3A+nuances+da+destina%C3%A7%C3%A3o+patrimonial+digital#_ftnref3 Acesso em: 24 abr. 2024.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital** (livro eletrônico). Porto Alegre: Edição do Autor, 2016. p. 56.

MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em: 24 abr. 2024.

NADROWSKI, Elisan. **A sucessão de bens digitais** - possibilidades e limitações. Disponível em: https://uni-contestado-site.s3.amazonaws.com/site/biblioteca/ebook/E-book_Evolucoes_recentes_do_direito_das_sucessoes.pdf. Acesso em: 24 abr. 2024.

OLHAR DIGITAL. **Pesquisa:** maioria das pessoas não consegue passar o dia sem internet. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2022/10/03/internet-e-redes-sociais/pesquisa-maioria-das-pessoas-nao-conseguem-passar-o-dia-sem-internet/>. Acesso em: 19 mar. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Introduções de Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil. 24. ed. V1. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SENADO. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**: Esboços e críticas. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/165/ril_v42_n165_p123.pdf. Acesso em: 24 abr. 2024.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital**: controvérsias e alternativas. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira. **Herança Digital**: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Foco, 2021. *E-book*. Disponível em: file:///C:/Users/azojj/Downloads/Heranca_digital_Ana_Carolina_Brochado.pdf. Acesso em: 15 out. 2024.

ZAMPIER, Bruno. **Bens Digitais**: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.



VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ART. 217-A DO CP SOB PERSPECTIVA DE GÊNERO

Esther Oliveira Inacio

Graduada pela Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro (UNESA - RIO). Advogada.

Resumo – esta pesquisa tem como objetivo analisar a prática delituosa do estupro de vulnerável, prevista no art. 217-A do CP, que estabelece como conduta ilícita ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Para isso, o estudo se volta ao princípio da proteção integral, bem como aos direitos e princípios constitucionais que tangenciam o tema. Percorrer-se-á o assunto trazendo a violência sexual sob ponto de vista crítico de gênero, apontando a maior vulnerabilidade das crianças do sexo feminino. Além disso, tem-se a indagação da possível falha preventiva dessa prática criminosa nas relações intrafamiliares. Ainda questiona-se o argumento de descrédito da palavra da vítima com a arguição de criação de memórias falsas em razão da tenra idade dentro do processo criminal acusatório.

Palavras-chave – Direito Penal e Processual Penal; Estupro de vulnerável; Sexualização de crianças do gênero feminino; Exceção das falsas memórias.

Sumário – Introdução. 1. Evolução histórica normativa e a inserção do delito de estupro de vulnerável pela Lei nº 12.015/2009 contestada pela funcionalidade preventiva. 2. A suscetibilidade à violência sexual intrafamiliar das crianças do sexo feminino. 3. A valoração da palavra da vítima contraposta pela exceção das falsas memórias. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objeto analisar o fenômeno social e criminal dos abusos sexuais de vulneráveis dentro do ambiente familiar, principalmente do sexo feminino. Com isso, examina-se essa temática sob a perspectiva de gênero e da hipervulnerabilidade dos incapazes.

A pesquisa adota o método hipotético-dedutivo, com aplicação da abordagem qualitativa, visto que o trabalho se desenvolve a partir de pesquisa bibliográfica, com consulta de livros doutrinários e precedentes judiciais, na qual permite a demonstração do tema no cenário brasileiro.

A infância exige proteção integral do Estado e da sociedade, conforme previsão do art. 227 da Constituição Federal de 1988. Essa proteção, origina-se do valor da dignidade da pessoa humana, a qual se extrai a dignidade sexual das crianças. Desta forma, o art. 217-A do Código Penal criminaliza como estupro de vulnerável a prática de conjunção carnal ou outro



ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo a idade fator elementar para a medida de proteção infantojuvenil.

Dentro dessa ótica, pretende-se demonstrar que as crianças do sexo feminino estão mais vulneráveis a serem sujeitos passivos desse crime, podendo-se apontar o subjugamento epistêmico histórico e estrutural do gênero feminino como fonte. No mais, volta-se a apurar a família como coeficiente simultâneo de proteção e perigo, uma vez que o volume de práticas do delito estudado ocorre no seio parental, às ocultas.

Para isso, é examinada a evolução histórica legislativa, jurisprudencial e social da criminalização desta conduta, principalmente a criação do art. 217-A do CP, pela Lei 12.015, em 2009.

Além disso, é abordado o questionamento da valoração da palavra da vítima como meio probatório dentro do processo-crime que apura tal delito, o qual tem sido contestado com a exceção das Falsas Memórias, concebida por Ivan Izquierdo, para desacreditar o testemunho infantil.

No primeiro capítulo, é estudada a introdução do art. 217-A do CP pela Lei nº 12.015/09 na qual estipulou o estupro de vulnerável como crime autônomo e específico, a fim de enfatizar mais rigor repressivo à conduta delitiva. Ainda, é vista a perspectiva da prevenção geral negativa - que tem o objetivo desestimular a prática - para apurar a possível ineficiência diante da doutrina da Proteção Integral, dado o crescente número de registros de violência sexual infantil, principalmente dentro das relações de parentesco e afinidade.

No capítulo seguinte, analisa-se a insegurança das meninas. Investiga-se a chamada “Cultura do Estupro” e como as pessoas do gênero feminino estão mais suscetíveis a sofrer tal violência calcada no patriarcado, no machismo e no subjugamento do gênero. Soma-se a isso a tenra idade e ao desenvolvimento pessoal no qual as torna hipervulneráveis. Além disso, são vistas as consequências psicossociais causadas à impúbere.

Por fim, são vistas essas concepções dentro do processo-crime especializado no qual apura tal delito. Nisso, verifica-se o depoimento especial - declaração da impúbere em juízo de maneira especializada, com equipe multidisciplinar - com o sopesamento do acervo probatório nos autos. Neste seguimento, é averiguado o uso da exceção das falsas memórias para desacreditar a palavra infantil, o que pode ocasionar na inibição de notificações de novas agressões ou desestimular as demais vítimas de se comunicarem

A partir desse raciocínio, é possível concluir pela falha na proteção da infantojuvenil, especialmente quando a família que tem o dever de salvaguarda abre espaço para o ambiente de violência sexual. Tal como a hipervulnerabilidade das crianças e adolescentes do gênero



feminino de sofrerem abuso sexual. E, ainda, a ineficácia protetiva do judiciário ao desprestigiar a palavra da vítima quando há defensivamente a alegação das falsas memórias devido à tenra idade

1. CONTEXTO HISTÓRICO E A INSERÇÃO DO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PELA LEI Nº 12.015/2009 CONTESTADA PELA FUNCIONALIDADE PREVENTIVA

Historicamente, o estupro era originalmente um delito que envolvia apenas vítimas do sexo feminino. A evolução das leis penais brasileiras, em cada momento, demonstra a extensão da proteção das vítimas dentro dos valores sociais vigentes à época. O Código Penal do Império de 1830¹ classificava o estupro como crime contra a Segurança da Honra, ou seja, era interligado à boa fama ou sentimento próprio do homem, pois este era sujeito de direitos enquanto que a mulher era vista como domínio. Diante disso, tinha-se como vítimas apenas mulheres virgens, honestas ou menores de 17 anos, excluindo do campo de proteção penal aquelas mulheres à margem da sociedade. O Código Penal de 1890², além de considerá-lo como delito contra a segurança da honra também era objeto de tutela a honestidade das famílias e o ultraje público ao pudor, mantendo-se a mesma lógica moralista baseada no patriarcado e na misoginia. Dispunha, inclusive, a exclusão da pena quando o autor do crime se casava com a vítima, pois, assim, afastava-se a reprovação social da conduta e restabelecia a honra da família da vítima, desprezando a ofensividade sofrida pela própria em razão da relação sexual forçada.

Em 1940, o Código Penal³ continuou com a proteção à moralidade, uma vez que o estupro era tratado como crime contra os costumes e excluía as vítimas que não se encaixavam nos padrões morais sociais. Isso porque não englobava as mulheres consideradas indignas de proteção penal e, justamente por não se encaixarem como sujeito passivo do delito, a conduta era impune. Em 2005 foi revogado o crime de sedução de mulheres virgens menores de dezoito anos e maiores de quatorze pela Lei nº 11.106⁴ com o intuito de eliminar

¹ BRASIL. **Lei nº 16, de 16 de dezembro de 1830**. Institui o Código Penal do Império. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1830. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 1 jun. 2024

² BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 1 jun. 2024

³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.

⁴ BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. DF, Presidência da República, 2005. Disponível em:



as disparidades de gênero no Código Penal. Além disso, a Lei nº 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente⁵, e a Lei nº 11.829/08⁶ buscaram aumentar as penas para indivíduos que cometem crimes sexuais contra menores, de modo que refletiu a maior preocupação legislativa em reprimir veementemente essas condutas voltadas aos infantes.

Nesse cenário, a Lei nº 12.015/09⁷ trouxe profundas alterações nos crimes sexuais, visto que passou a prever como bem jurídico tutelado a Dignidade Sexual - livre exercício da liberdade sexual-, corolário do valor da Dignidade da Pessoa Humana. Tal mudança propôs isonomia de gênero normativo para que a configuração de sujeito ativo ou passivo pudesse ser, independentemente do sexo, punida. Logo, considera-se estupro como o ato humano de constranger outrem, com uso de violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou ato libidinoso contra a sua vontade, sendo o dissenso da vítima elemento essencial para configuração.

A violência necessária à caracterização do tipo é qualquer ação física empregada pelo agente para anular a resistência da vítima e assim consumir o delito. E a grave ameaça é a promessa de praticar um mal grave (legal ou ilegal, justo ou injusto) contra a vítima ou terceiro e assim impedir que resista ao ilegal constrangimento que lhe é imposto⁸.

Ademais, essa reforma geral do Código Penal em 2009 promoveu a reinterpretação do direito sexual e passou a prever como crime autônomo o chamado Estupro de Vulnerável que consiste em espécie do delito de estupro com elementos especiais, cessando a discussão sobre a presunção de violência. Dessa forma, a modalidade especial do crime de estupro prevista no artigo 217-A do CP fica configurado quando há conjunção carnal ou ato libidinoso contra pessoa menor de 14 anos à época da conduta humana, tendo o escopo de conferir maior proteção à infância, sendo desnecessária a análise de possível consentimento da vítima, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente⁹. Essa tipificação não considera como elemento essencial o constrangimento, de maneira que a vítima é presumidamente considerada incapaz de consentir validamente com o ato de caráter

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 1 jun. 2024

⁵ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 1 jun. 2024

⁶ BRASIL. **Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008**. DF, Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm. Acesso em: 2 jun. 2024

⁷ BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 2 jun. 2024.

⁸ QUEIROZ, Paulo. COUTINHO, Lilian; **Crimes contra a honra e contra a dignidade sexual**. São Paulo: juspodivm, 2019.

⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 6 nov. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+593&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 5 jun. 2024



sexual, sendo o bem jurídico a própria vulnerabilidade absoluta no campo sexual¹⁰ da pessoa em desenvolvimento.

Nesse sentido, a infância e juventude, enquanto estágios do amadurecimento da pessoa humana, devem receber especial proteção do Estado, da Família e da sociedade a fim de assegurar o crescimento sadio e a integração social. O artigo 227 da CRFB/88¹¹ inaugurou a doutrina da Proteção Integral no Brasil e impôs ao Poder Público, em todas as suas esferas, legislativa, judiciária ou executiva, o respeito e o resguardo, com primazia, dos direitos fundamentais infantojuvenis¹². À vista disso, percebe-se que é imperativo que o Estado assegure a proteção dos incapazes contra abusos sexuais. De maneira que a criação do artigo 217-A pela Lei nº 12.015/09 constituiu importante marco da política criminal com o objetivo de repressão à violação sexual a menores. Isso porque, além de conceber como crime autônomo, deixando de ser forma qualificada da modalidade comum, a nova redação estatuiu a presunção de violência exercida contra o infante e agravou a reprimenda penal com a elevação das penas de reclusão.

Nessa premissa, pondera-se que, o tratamento jurídico do crime de estupro no Brasil passou por significativas transformações, refletindo a evolução das percepções sociais. E, apesar da nova disposição legal com a inclusão do crime de estupro de vulnerável, a serventia da prevenção geral, instrumento de intimidação difusa na sociedade através da pena para evitar delitos¹³, não alcançou a finalidade almejada pela norma.

2. A SUSCETIBILIDADE À VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR DAS CRIANÇAS DO SEXO FEMININO

Importante expor que pessoas do sexo feminino estão mais propensas a sofrerem abuso sexual, inclusive na infância. Isso porque, voltando-se para o plano global, a United Nations Population Fund já alertou que uma em cada três mulheres já foi ou tem o risco de sofrer agressão sexual na vida¹⁴, o que evidencia o maior risco de pessoas do sexo feminino

¹⁰ MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book.

¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

¹² MACIE, Katia Regina Ferreira Lobo A. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 1. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book.

¹³ ROSSETTO, Enio L. **Teoria e Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522492657/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

¹⁴ UNFPA; UNICEF; UN WOMAN; ILO; OSRSG/VAC. **Breaking the Silence on Violence against Indigenous Girls, Adolescents and Young Women**. 2013.



suportarem este tipo de ofensa. A violência sexual é, dentre as formas de hostilidade ao sexo feminino, a mais marcante e inumana. Com relação às meninas, a estatística não é diferente. De acordo com o Atlas da Violência do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada de 2024, as crianças de sexo feminino de 0 a 9 anos tem 30,4% de chance de sofrerem violência sexual, sendo o segundo tipo de agressão mais prevalente nessa fase, já na faixa etária de 10 a 14 anos a violência sexual é predominante, apontada em 49,6% dos casos, no ano de 2022, conforme o Sistema de Informação de Agravos de Notificação. Além do mais, registram que os agressores são, geralmente, homens do ambiente intrafamiliar: “homens que ocupam as funções de pai e padrasto como principais algozes”¹⁵. A violência intrafamiliar pode ser compreendida como qualquer conduta (ação ou omissão) que prejudique a integridade física e psicológica, o bem-estar, a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento, perpetrada por membro do núcleo familiar, isto é, a violência parte daqueles que assumem o papel de parentes e que exercem algum tipo de poder sobre a vítima, inclusive nos casos em que não haja laços de sangue¹⁶. Nesse contexto, Suzana Braun afirma que 80% das ocorrências dessa violência infantil acontecem nas relações intrafamiliares¹⁷. A maior incidência dentro do ambiente doméstico é devido à proximidade e ao acesso que os agressores têm, bem como a confiança e o poder que exercem no contexto familiar que tornam as meninas mais vulneráveis ao abuso e à coerção.

Pela perspectiva do sistema de proteção aos direitos e às garantias infantojuvenis, a família detém especial destaque, principalmente por ser o primeiro ambiente de socialização do indivíduo¹⁸ e responsável pelo desenvolvimento do Ser. Isto é, consiste no meio de estruturação do ser humano. Por esse ângulo, tem-se que, não obstante ao dever de cuidado, com relação à violência sexual, a instituição familiar na qual detém o dever de proteger e desguardar a criança é, em verdade, a sua maior agressora. Considerando que o maior volume de opressão sexual é cometido por seus cuidadores primários, conforme a campanha “Me Proteja” lançada em 2022 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

O UNICEF e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública realizaram estudo para traçar o panorama da violência contra a criança e o adolescente (...). Ainda, em quatro anos, 179.277 mil crianças e adolescentes sofreram estupro, sendo que 81% tinham até 14 anos de idade. É como se diariamente 100 crianças e adolescentes fossem estupradas. No caso da violência sexual, torna-se ainda mais complexa sua identificação, visto que em geral estão presentes apenas agressor e vítima no

¹⁵ CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). **Atlas da violência 2024**. Brasília: Ipea; FBSP, 2024. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/14031>. Acesso em: 06 ago. 2024.

¹⁶ SÁNCHEZ, D. C.; VARGAS, E. R.; MELÉNDEZ, A. P. **Casos de Violência Intrafamiliar, Extrafamiliar e Escolar**. 2020.

¹⁷ BRAUN, S. A. **A violência sexual infantil na família: do silêncio à revelação**. Porto Alegre: Age, 2002.

¹⁸ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.



momento do ato, sendo, na grande maioria das vezes, violência intrafamiliar ou doméstica¹⁹.

Estatisticamente, pode-se perceber que as crianças do sexo feminino, principalmente aquelas que estão no início do amadurecimento corporal na fase da puberdade, estão mais suscetíveis de suportar importunações e violações sexuais dentro de seus lares. Dentre os fatores que podem ser apontados como causa está a chamada “Cultura do Estupro”. Esse termo se traduz no conjunto de comportamentos e ações que toleram e normalizam o estupro praticado contra mulheres²⁰, enraizada na sociedade. O subjugamento do sexo feminino somado com tal tolerância faz com que esse atos sejam comumente impunes e perpetua a ideia de que as vítimas femininas são, de alguma forma, responsáveis pelo abuso. Por isso, constata-se que grande parte dos crimes de estupro de vulnerável caia na cifra negra da criminalidade, uma vez que não notificados às autoridades legais²¹. Dado isso, o IPEA estima que tão somente 8,5% dos estupros são levados ao conhecimento dos agentes do Estado²².

O professor Tilman Furniss denomina como Síndrome do Segredo ²³ o impasse do impúbere de expor a violência sexual, principalmente pela relação que guarda com o agressor quando familiar, apontando a possibilidade de ameaça, sentimento de culpa, vergonha, reavivamento do episódio traumático, bem como preocupação com as consequências que o relato causará na família. E, em paralelo há o tabu social e as represálias dos próprios familiares para manter a aparência de relação harmônica e exemplar. Ademais, outro ponto é que, por vezes, a tenra idade impede que a vítima reconheça que o ato praticado contra ela se trata de abuso sexual e, assim, não o verbalize.

É importante destacar a perpetuação da violência sexual intrafamiliar entre gerações. Nesse contexto, a assistente social Sandra Eloiza Paulino relata a ocorrência significativa de relações sexuais incestuosas, nas quais crianças e adolescentes são vítimas de abusos dentro do ambiente familiar. Em 74,5% dos casos estudados, a genitora também havia sofrido esse tipo de violência durante sua infância e/ou adolescência²⁴. A transgeracionalidade dos abusos

¹⁹ FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE (Brasil). **Campanha de enfrentamento da violência contra crianças e adolescentes**: Me Proteja. Conselho Nacional de Justiça, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/12/campanha-contra-violencia-infantojuvenil-foninj-2.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2024.

²⁰ CAMPOS, Carmen Hein de; MACHADO, Lia Zanotta; NUNES, Jordana Klein; SILVA, Alexandra dos Reis. **Cultura do estupro ou cultura antiestupro?** Revista Direito GV, v. 13, n. 3.

²¹ FERREIRA, Helder; COELHO, Danilo Santa Cruz; CERQUEIRA, Daniel; ALVES, Paloma; SEMENTE, Marcella. **Elucidando a prevalência de estupro no Brasil a partir de diferentes bases de dados**. Rio de Janeiro : Ipea, maio, 2023.

²² INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). **Elucidando a prevalência de estupro no Brasil a partir de diferentes bases de dados**. Rio de Janeiro: Ipea, maio de 2023. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11814/4/TD_2880_web.pdf. Acesso em: 06 ago. 2024

²³ FURNISS, Tilman. **Abuso sexual: uma abordagem multidisciplinar**. 1. ed. São Paulo: Artes Médicas, 2002.

²⁴ PAULINO, Sandra Eloiza. **Mães abusadas, filhas abusadas**: desvelando o abuso sexual incestuoso e sua



é atribuída principalmente ao pacto de silêncio, onde a falta de um espaço seguro para que essas mulheres pudessem relatar os abusos, juntamente com a dominação de gênero e o medo, foram fatores determinantes para que suas filhas também experimentassem a mesma angústia.

No mais, é possível que o infante apresente indícios de sofrer violência sexual. Tais sinais variam de acordo com a resposta à ofensa apresentada por cada indivíduo e geralmente não são bem definidos. Desse modo, segundo o Ministério da Saúde, esses sinais podem variar de acordo com a etapa do desenvolvimento humano e psicológico, idade, tipo de violência, frequência com que ocorre, lapso temporal, natureza e gravidade da agressão, assim como o vínculo afetivo entre o autor da violência e a vítima. Alerta que, crianças entre 5 a 9 anos apresentam tristeza, baixa autoestima, crises de choro, irritabilidade, isolamento, falta de limite, distúrbio alimentar, automutilação, falta de atenção, ansiedade, medo e, até mesmo, uso de drogas. Enquanto que adolescentes com idade entre 10 a 19 anos demonstram dificuldades de socialização, isolamento, doenças injustificáveis, especialmente as de fundo alérgico, afecções de pele (doenças dermatológicas) frequentes, sem causa aparente, dificuldade acadêmica, agressividade, ansiedade entre outros²⁵.

Dessa forma, é importante considerar que essa invasão ao corpo infantil causa sofrimento físico e psicológico duradouros, que ultrapassam o momento da conduta delituosa. Ou seja, trata-se de conduta com efeitos permanentes. Tal impacto pode afetar o desenvolvimento físico e psíquico, bem como a saúde mental e a capacidade de formar relacionamentos saudáveis ao longo da vida, podendo, inclusive, gerar Transtornos de Ansiedade e Estresse Pós-Traumático²⁶. Dessa forma, infere-se que a ofensa sexual pode comprometer todo desenvolvimento psicossocial da criança e/ou adolescente.

Nota-se que, apesar dos esforços por meio das alterações legislativas apresentadas com vias de agravar a reprimenda, o abuso sexual infantil é uma forma de violência e, justamente por isso está intrinsecamente ligada à condição humana e às estruturas sociais²⁷. E, sob essa ótica, é insuficiente a resposta estatal retributiva como único meio de proteção, uma vez que o encarceramento como reação não soluciona a problemática. Ainda mais quando se

repetição através de gerações. Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social, v. 1, n. 1, maio 2019.

²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Linha de cuidado para a atenção integral à saúde de crianças, adolescentes e suas famílias em situação de violências**: orientação para gestores e profissionais de saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/linha_cuidado_crianças_famílias_violencias.pdf. Acesso em: 1 set. 2024

²⁶ McCLAIN, K.; HARLOW, L. L. **The impact of child sexual abuse on adult psychological functioning: a review of the literature**. Journal of Child Psychology and Psychiatry, v. 41, n. 3, p. 351-362, 2000.

²⁷ SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. **Os Condenados da Terra**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002. p. 9-27.



trata de relação familiar porque é provável que os laços sejam desfeitos após o relato de relação sexual forçada.

3. A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA CONTRAPOSTA PELA EXCEÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS

O injusto penal do estupro, em sentido geral, trata-se de crime material ou causal em que se consuma com a prática da conjunção carnal ou de outro ato libidinoso²⁸. E, por isso, é imperiosa a produção de prova pericial para demonstrar a materialidade criminosa. Ocorre que, pode acontecer da conduta ilícita não ter deixado vestígios e, por isso, o depoimento da vítima ganha especial valor probatório²⁹, tendo em consideração que em geral a violação da dignidade sexual é cometida na clandestinidade, longe da vista e dos ouvidos de possíveis testemunhas, o que dificulta a obtenção de outros elementos de prova. Em contraponto a isso, criou-se a diretriz de confrontar a palavra da vítima com os demais elementos da persecução penal, como aponta Paula Stéphanhy Brandão Prado:

torna-se imprescindível que além da palavra da vítima que, por muitas vezes é tendenciosa e inverídica, é necessário o resultado de uma avaliação psíquica, ainda que esta, por si só, não seja suficiente para comprovar a materialidade do abuso sexual, a praxis demonstra a habitualidade de sua utilização pelo órgão acusatório e pelos próprios magistrados para afirmar com segurança a ocorrência de violência sexual³⁰.

Verifica-se que essa arguição tem como pretexto minar o relato da ofendida, de modo que Scarpatti e Koller apontam que outro fator determinante para o silenciamento da violência sexual é a desconfiança nas instituições de segurança e justiça³¹. Isso porque, a depreciação da narrativa da vítima é uma estratégia comum em processos criminais que envolvem violência sexual, levantando dúvidas sobre a veracidade dos fatos narrados. E, esse constante confronto do depoimento pode suceder em revitimização promovida pelo próprio Sistema de Justiça e, por consequência, fazer com que essas crianças e adolescentes revivam a dor e o sofrimento experimentados pela agressão sexual.

²⁸ MASSON, Cleber. **Direito Penal: Parte Especial** (arts. 213 a 359-t). v.3, 14 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1595939/GO**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 19 maio 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=109816096&num_registro=201902986242&data=20200527&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 1 set. 2024.

³⁰ PRADO, Paula Stéphanhy Brandão. **O estupro de vulnerável e a importância da avaliação psíquica da vítima**. Revista Direito em Foco, edição nº 15, 2023. p. 594.

³¹ SCARPATI, A. S.; KOLLER, S. H. **Atendimento a vítimas de violência sexual**: revisão da literatura acerca do treinamento de policiais. Psico, v. 51, n. 1, p. 1-13, 2020.



De acordo com Vera Regina de Andrade, “nos julgamentos de crime de estupro há uma inversão do ônus da prova, em que a mulher precisa provar que foi vítima de uma violação sexual”. Portanto, quando uma mulher busca por justiça após ter sofrido uma violência em seu corpo, ela é obrigada a passar por questionamentos repetitivos gerando uma dor ainda maior por ter que provar que foi violentada³².

Outra linha argumentativa que visa desacreditar o discurso da ofendida é o conceito das Falsas Memórias, no qual se volta a demonstrar a incerteza da lembrança. Aponta-se que a memória pessoal descarta determinados eventos e, às vezes, incorpora fatos irreais, assim, com o transcurso do tempo ocorre o esquecimento e o cérebro passa a repor essas lacunas e, o fragmento da lembrança poderá não retratar a realidade, como preleciona o neurocientista Ivan Izquierdo³³. Ou seja, afirma-se que com a indagação dos fatos o cérebro efetua autossugestão dos fatos para preencher rupturas da memória. Essa defesa ganha espaço principalmente no delito do art. 217-A do CP considerando que o cérebro infantil ainda está em desenvolvimento, o que pode, por vezes, impactar a precisão de suas lembranças.

A falta de evidências materiais faz com que o relato da vítima se torne fonte privilegiada - e por vezes, única - de informação para a investigação, ou meio de prova no julgamento. Neste cenário, para cada situação em que uma vítima é solicitada a relatar, incorre-se não apenas no risco de alguma forma de prejuízo ao seu bem-estar psicológico, mas também na maior probabilidade de distorções no relato, impactando no desfecho do caso³⁴.

Salienta-se que a memória humana é, de fato, um processo complexo e sujeito a distorções, influenciada por fatores como emoções, sugestões e o contexto social. No entanto, a utilização dessa falibilidade como argumento para desqualificar a experiência de uma vítima de violência é uma estratégia manipuladora e perversa. Tal abordagem pode não apenas contribuir para a impunidade dos agressores, mas também infligir novos danos às ofendidas, que já enfrentam enormes desafios em busca de justiça.

Cabe apontar também que a Lei nº 14.245/21³⁵ incluiu no Código de Processo Penal o art. 400-A com o escopo de proibir comportamentos e verbalização de ofensas que atinjam a dignidade da vítima por ocasião da audiência de instrução e julgamento de ações penais que

³² QUEIROZ, Ana Beatriz Ponzio de. **Estudo de caso Mariana Ferrer: a falta de credibilidade na palavra da vítima e as suas consequências**. Revista Fórum de Ciências Criminais (RFCC), Belo Horizonte, ano 8, n. 16, p. 47-62, jul./dez. 2021.

³³ IZQUIERDO, Ivan. **Memórias**, Estudos Avançados, São Paulo, Brasil, v. 3, n. 6, p. 89-112, 1989. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8522>. Acesso em: 1 set. 2024.

³⁴ SCARPATI, Arielle S.; CECCONELLO, William.; BERNARDES, Mônica.; BIANCHINI, Sabrina A.; STEIN, Lilian M. **Ouvir, respeitar, proteger**: recomendações para entrevista com mulheres vítimas de violência sexual. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 9, n. 3, p. 1257-1296, set./dez. 2023.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 14.245, de 24 de novembro de 2021**. Altera o Decreto-lei 3.689 de 1941. DF, Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114245.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.



apuram crimes contra a dignidade sexual. Já com relação específica às crianças e aos adolescentes, a Leiº 13.431/17³⁶ traz a orientação de colheita por Depoimento Especial ou Sem Dano em que o infante apresentará sua narrativa em local apropriado e perante profissional especializado a fim de afastá-lo da angústia possivelmente causada pela sala de audiência.

Embora a finalidade desse avanço legal seja positiva por conferir maior resguardo ao vulnerável que presta depoimento ao Estado, a realidade do sistema penal ainda apresenta desafios significativos. A interseccionalidade entre a violência sexual, de gênero e a misoginia estrutural resultam em um cenário em que meninas que têm a coragem de denunciar a violência que sofreram enfrentam múltiplos questionamentos por parte do Estado e da defesa técnica. Esses questionamentos recaem sobre a veracidade de seus relatos e a possível falha de memória devido à tenra idade.

Tem-se, com isso, que é imprescindível que, em processos de apuração de crimes sexuais, deve haver o exame do conteúdo probatório sob perspectiva de gênero, conforme orientação do Conselho Nacional de Justiça³⁷, com a finalidade de evitar sofrimento continuado e repetitivo à vítima. No mais, é imprescindível que haja filtragem no conteúdo probatório do processo criminal de maneira cautelosa com o escopo de não depreciar a narrativa da vítima, mas ao mesmo tempo conferir as garantias constitucionais do acusado.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível concluir que o crime de estupro de vulnerável nas relações intrafamiliares, especialmente os contra pessoas do sexo feminino, é um fenômeno de grande complexidade e persistência na sociedade. A análise histórica-evolutiva das leis penais demonstrou que as alterações refletiam os valores sociais relacionados à época em que vigoravam, especialmente com a apreciação constitucional da dignidade da pessoa humana e novas perspectivas sobre a dignidade sexual.

A criação do artigo 217-A pela Lei nº 12.015/09 foi um marco, pois estabeleceu tipificação penal específica para reconhecer a hipervulnerabilidade das crianças e dos adolescentes, conferindo-lhes proteção especial no âmbito jurídico e consolidando a dignidade sexual como bem jurídico essencial dos infantes. Entretanto, pragmaticamente, verifica-se

³⁶ BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. DF, Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm. Acesso em: 1 set. 2024.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**, 2021. Brasília



pelas estatísticas e pelas experiências das vítimas que, apesar dos avanços normativos, ainda há falha grave e deficiente na proteção das crianças, principalmente quando analisado no contexto intrafamiliar. Estrutualmente, o pensamento patriarcal e misogino ainda prevalece, perpetuando a "Cultura do Estupro" e colocando as meninas em uma posição de maior vulnerabilidade, justamente pela noção de impunibilidade e silenciamento. Esse cenário é agravado pela desconfiança e pelo desprezo que o sistema jurídico penal demonstra em relação à valorização do depoimento da vítima, especialmente quando acata o argumento de falsas memórias para desacreditar relatos infantis, simplesmente pelo fato do cérebro estar em desenvolvimento. De maneira que estando o relato coeso com os autos do processo não há que duvidar sobre a veracidade do depoimento. Salienta-se que, apesar da memória humana ser, de fato, suscetível a distorções, a utilização dessa teoria como argumento de defesa em processos criminais precisa ser vista com cautela a fim de evitar a perpetuação da impunidade e revitimizar o grupo infantojuvenil.

Portanto, a presente pesquisa enfatizou a imprescindibilidade de uma abordagem mais humanizada e empática por parte das instituições de segurança e de justiça que devem estar capacitadas para lidar com a complexidade dos crimes sexuais contra crianças. É fundamental que o depoimento seja conduzido com seriedade e tenha tratamento respeitoso e cordial para com as vítimas, reconhecendo-se as particularidades de sua condição e idade. De maneira que confira equilíbrio entre a garantia dos direitos do acusado e a proteção dos direitos das vítimas.

Além disso, é primordial que se invista em políticas públicas voltadas à prevenção e repressão desses crimes, principalmente destinadas à sociedade, como campanhas educativas e de conscientização que combatam a cultura misógina/machista e promovam a igualdade de gênero desde a infância. A resposta estatal não pode se limitar à repressão penal, tão somente, mas englobar medidas integradas de proteção, tais como apoio psicossocial e reabilitação para as vítimas, além de ações que fortaleçam a reestruturação familiar como um espaço de segurança e não de violência.

Em suma, o combate contra o abuso sexual infantojuvenil, notadamente nas relações familiares, demanda um esforço coletivo e contínuo da sociedade, do Estado, das forças de segurança pública e do judiciário a fim de formar rede de apoio às vítimas e assegurar que o direito à dignidade e à proteção integral das crianças e adolescentes sejam plenamente realizados, nos moldes constitucionais. Com o intuito de dirimir o máximo possível o abuso sexual infantil presente na sociedade.



REFERÊNCIAS

BRAUN, S. A. **A violência sexual infantil na família: do silêncio à revelação**. Porto Alegre: Age, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. DF, Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm. Acesso em: 1 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.245, de 24 de novembro de 2021**. Altera o Decreto-lei 3.689 de 1941. DF, Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2021-2022/2021/Lei/L14245.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 16, de 16 de dezembro de 1830**. Institui o Código Penal do Império. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1830. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, DF, Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. DF, Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 1 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.829, de 25 de novembro de 2008**. DF, Presidência da República, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11829.htm. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 2 jun. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Linha de cuidado para a atenção integral à saúde de crianças,**



adolescentes e suas famílias em situação de violências: orientação para gestores e profissionais de saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/linha_cuidado_crianças_famílias_violências.pdf. Acesso em: 1 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 1595939/GO.** Relator: Min. Ribeiro Dantas, 19 maio 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=109816096&num_registro=201902986242&data=20200527&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 1 set. 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 593.** Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 6 nov. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=SUMULA+593&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 5 jun. 2024.

CAMPOS, Carmen Hein de; MACHADO, Lia Zanotta; NUNES, Jordana Klein; SILVA, Alexandra dos Reis. **Cultura do estupro ou cultura antiestupro?** Revista Direito GV, v. 13, n. 3.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). **Atlas da violência 2024.** Brasília: Ipea; FBSP, 2024. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/14031>. Acesso em: 06 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, 2021.** Brasília.

FERREIRA, Helder; COELHO, Danilo Santa Cruz; CERQUEIRA, Daniel; ALVES, Paloma; SEMENTE, Marcella. **Elucidando a prevalência de estupro no Brasil a partir de diferentes bases de dados.** Rio de Janeiro: Ipea, maio, 2023.

FÓRUM NACIONAL DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE (Brasil). **Campanha de enfrentamento da violência contra crianças e adolescentes:** Me Proteja. Conselho Nacional de Justiça, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/12/campanha-contraviolencia-infantojuvenil-foninj-2.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2024.

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual:** uma abordagem multidisciplinar. 1. ed. São Paulo: Artes Médicas, 2002.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** 6. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (Ipea). **Elucidando a prevalência de estupro no Brasil a partir de diferentes bases de dados.** Rio de Janeiro: Ipea, maio de 2023. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11814/4/TD_2880_web.pdf. Acesso em: 06 ago. 2024.

IZQUIERDO, Ivan. Memórias. **Estudos Avançados**, São Paulo, Brasil, v. 3, n. 6, p. 89–112, 1989. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8522>. Acesso em: 7 set.



2024.

MACIE, Katia Regina Ferreira Lobo A. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 1. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. E-book. ISBN 9788553601813. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601813/>. Acesso em: 06 ago. 2024.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Especial (arts. 213 a 359-t). v.3, 14 ed.. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

McCLAIN, K.; HARLOW, L. L. **The impact of child sexual abuse on adult psychological functioning**: a review of the literature. *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, v. 41, n. 3, p. 351-362, 2000.

PAULINO, Sandra Eloiza. **Mães abusadas, filhas abusadas**: desvelando o abuso sexual incestuoso e sua repetição através de gerações. *Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social*, v. 1, n. 1, 21 maio 2019.

PRADO, Paula Stéphanny Brandão. **O estupro de vulnerável e a importância da avaliação psíquica da vítima**. *Revista Direito em Foco*, edição nº 15, 2023. p. 594.

QUEIROZ, Ana Beatriz Ponzio de. **Estudo de caso Mariana Ferrer**: a falta de credibilidade na palavra da vítima e as suas consequências. *Revista Fórum de Ciências Criminais (RFCC)*, Belo Horizonte, ano 8, n. 16, p. 47-62, jul./dez. 2021.

QUEIROZ, Paulo; COUTINHO, Lilian. **Crimes contra a honra e contra a dignidade sexual**. São Paulo: JusPodivm, 2019.

ROSSETTO, Enio L. **Teoria e Aplicação da Pena**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2014. E-book.

SÁNCHEZ, D. C.; VARGAS, E. R.; MELÉNDEZ, A. P. **Casos de Violência Intrafamiliar, Extrafamiliar e Escolar**. 2020.

SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. **Os Condenados da Terra**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002. p. 9-27.

SCARPATI, A. S.; KOLLER, S. H. **Atendimento a vítimas de violência sexual**: revisão da literatura acerca do treinamento de policiais. *Psico*, v. 51, n. 1, p. 1-13, 2020.

SCARPATI, Arielle S.; CECCONELLO, William.; BERNARDES, Mônica.; BIANCHINI, Sabrina A.; STEIN, Lilian M. **Ouvir, respeitar, proteger**: recomendações para entrevista com mulheres vítimas de violência sexual. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1257-1296, set./dez. 2023.

UNFPA; UNICEF; UN WOMAN; ILO; OSRSG/VAC. **Breaking the Silence on Violence against Indigenous Girls, Adolescents and Young Women**. 2013.

A UTILIZAÇÃO DA SUSPENSÃO DE LIMINAR CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA EM *HABEAS CORPUS* DE MATÉRIA PENAL: SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.395 E O CASO “ANDRÉ DO RAP”

Fabio David Villas Bôas Junior

Graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

Resumo – pretende o trabalho demonstrar que a tese jurídica esposada pela SL 1.395 cria hipóteses extremamente excepcionais quanto à interpretação dos institutos da suspensão de segurança e da suspensão de liminar em sede do Supremo Tribunal Federal, e que esta solução excepcional dada ao caso em concreto resulta da visibilidade midiática e social particulares do caso “André do Rap”. Por meio desta observação alerta o trabalho ao fenômeno da dupla função e da confusão entre a atuação técnica e política do STF, e como essa ausência de limites entre estas faces da Corte permite que esta traga ao caso fundamentos estranhos à controvérsia, afetando a interpretação das garantias processuais e direitos fundamentais.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Constitucional. *Habeas Corpus*. Prisão Preventiva. Suspensão de Liminar.

Sumário – Introdução. 1. Análise da Suspensão de Liminar 1.395 sob o foco da jurisprudência e as possíveis consequências do precedente. 2. A disciplina legal da Suspensão de Liminar e a independência funcional dos Ministros da Suprema Corte. 3. A pressão sócio-política sobre os julgados do órgão de cúpula do judiciário e suas consequências para o direito fundamental à liberdade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a decisão tomada na Suspensão de Liminar 1.395, manejada pelo então Procurador-Geral Humberto Jacques de Medeiros, e concedida monocraticamente pelo então Presidente do STF Ministro Luiz Fux, contra a decisão monocrática do Ministro marco Aurélio nos autos do Habeas Corpus 191.836.

Segundo o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é cabível a suspensão dos efeitos de liminar ou de decisão concessiva de Mandado de Segurança nos casos de perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia popular. Contudo, em relação ao cabimento do instituto frente à decisão monocrática, concessiva de pedido liminar em Habeas Corpus de matéria penal, há situação de vácuo normativo.

O tema gerou controvérsias tanto durante o julgamento do Habeas Corpus 191.836, quanto em discussões posteriores. Sendo assim, se faz necessário investigar tanto o caso que originou a celeuma, quanto a jurisprudência mais recente, bem como interpretar tais decisões conforme o momento em que foram tomadas, no sentido de observar as possíveis influências



do contexto sócio-político e das pressões da sociedade civil sobre os julgados da Suprema Corte.

Para elucidar o assunto o trabalho objetiva comentar o precedente mencionado do ponto de vista do procedimento e dos princípios norteadores do Habeas Corpus em questão criminal na Suprema Corte. Ademais, pretende demonstrar as consequências do julgado para as garantias processuais e direitos fundamentais sensíveis ao tema da prisão preventiva e do processo penal, bem como para com a independência funcional entre os Ministros da maior instância do poder judiciário.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tanto antes como após a decisão da Suspensão de Liminar 1.395, para determinar se, no sentido desta jurisprudência, seria cabível a concessão do pedido conforme manejado pelo então Presidente do STF. Neste sentido, digna-se o capítulo a demonstrar também as possíveis consequências desta nova interpretação ao procedimento do *Habeas Corpus* de natureza penal perante a última instância.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, se a disciplina legal da Suspensão de Liminar e da Suspensão de Segurança, bem como o regimento interno do Supremo Tribunal Federal preveem a aplicação destes institutos conforme veiculados durante a Suspensão de Liminar 1.395, levando a análise das consequências desta decisão para a função exercida pelos Ministros do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

O terceiro capítulo pesquisa as motivações e possíveis consequências que se extraem da análise dos votos proferidos na Suspensão de Liminar 1.395 e no Habeas Corpus 191.836. Nessa senda, o derradeiro capítulo conduz ao debate sobre a possibilidade de influência da opinião pública em casos de grande repercussão sobre as decisões da Corte Superior e, consequentemente, sobre a interpretação dada aos princípios de direito e garantias processuais que tutelam o direito fundamental à liberdade.

A pesquisa desenvolver-se-á sob o método de estudo de caso, o objeto em foco sendo a decisão da Suspensão de Liminar 1.395, com suporte também em pesquisa bibliográfica de obras nacionais e internacionais, incluindo artigos e trabalhos monográficos, para aprofundar as questões atinentes ao remédio constitucional do Habeas Corpus e o instituto da Suspensão de Liminar.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se aprofundar em seu objeto de estudo, utilizando-se de levantamento bibliográfico em torno da legislação, julgados, monografias e artigos pertinente

à temática em foco, analisados e fichados na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. ANÁLISE DA SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.395 SOB O FOCO DA JURISPRUDÊNCIA E AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DO PRECEDENTE

O incidente processual da Suspensão de Liminar e da Suspensão de Segurança são previstos nos arts. 15 da Lei nº 12.016/2009, 4º da Lei nº 8.437/1992, 25 da Lei nº 8.038/1990 e 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal define este incidente como meio processual autônomo, oferecido às pessoas jurídicas de direito público e do Ministério Público, para impugnar decisões judiciais¹. O meio impugnativo autônomo visa a salvaguarda do interesse público primário², ou como trata o art. 297 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, evitar grave lesão à saúde, economia ou segurança públicas³.

Em sua esparsa regência legal os instrumentos são tratados como meio de contracautela, e ao menos quando se trata da expressa referência em ato normativo regimental, a suspensão de segurança no âmbito do Supremo teria cabimento tão somente contra decisões liminares e concessivas de mandado de segurança, proferidas por tribunais locais ou federais⁴. Quanto a esta última referência normativa, a jurisprudência histórica interpreta que se tratam de decisões envolvendo matéria de cunho estritamente constitucional, vedado veicular o incidente como sucedâneo recursal⁵.

Diante do estreito cabimento de tais medidas, a corte maior já descreveu o cabimento da Suspensão de Liminar como sendo de excepcionalidade maior⁶. Mais especificamente, em

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **SL 1.581/GO**. Suspensão de liminar. Pedido de sustação de efeitos de ato decisório proferido em sede de procedimento de índole penal. Impossibilidade [...]. Presidente: Ministra Rosa Weber, 13 de fevereiro de 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766294987>. Acesso em: 16 ago. 2024.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 1.583/DF**. Suspensão de liminar. Pedido de sustação de ato decisório proferido em sede de procedimento de natureza penal. Inadmissibilidade [...]. Presidente: Ministra Rosa Weber, 18 de outubro de 2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354269385&ext=.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2024.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Diário de Justiça da União, 27 de outubro de 1980.

⁴ *Ibid.*

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **SL 56 AgR/DF**. Agravo regimental. Suspensão de liminar. Causa com fundamento infraconstitucional. Incompetência do supremo para exame do pedido [...]. Presidente: Ministro Nelson Jobim, 15 de março de 2006. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373018>. Acesso em: 17 ago. 2024.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **SL 933 AgR-segundo/PA**. Suspensão de liminar.

Excepcionalidade. Presidente: Ministro Marco Aurélio, 31 de maio de 2017. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375610>. Acesso em: 17 ago. 2024.



julgado recente da Suprema Corte, foi reconhecido que o mecanismo da suspensão de liminar só teria cabimento em demandas de arcabouço Cível⁷.

A partir deste breve apanhado sobre a jurisprudência em torno dos institutos de contracautela se torna possível analisar o contraste entre estes precedentes e a decisão da Suspensão de Liminar 1.395. Neste caso, sobre o qual o trabalho busca se debruçar, foi concedida a ordem de Suspensão de Liminar monocraticamente pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, à época o Min. Luiz Fux, ademais, a ordem de sustação de efeitos da decisão foi movida contra ordem concessiva de habeas corpus em questão penal, julgada monocraticamente pelo, hoje aposentado, Min. Marco Aurélio, em processo que se discutia medida cautelar penal, consubstanciada na prisão preventiva do réu André de Oliveira Macedo.

A discordância entre o incidente processual aqui estudado e a jurisprudência, tanto histórica quanto atual, da Suprema Corte desafiam, dentro de uma perspectiva acadêmica um questionamento mais profundo sobre os institutos de contracautela. Cumpre alertar desde este momento que se tratam a suspensão de liminar e a suspensão de segurança de institutos de constitucionalidade criticada, dado o seu atrito com os direitos fundamentais ao contraditório, ampla defesa e ao devido processo legal⁸.

Além disto, a breve normatização legislativa destas figuras processuais deixa lacunas, uma destas foi observada pelo Min. Alexandre de Moraes quando do julgamento do Habeas Corpus 191.836, onde em seu voto admitiu haver vácuo normativo quanto à possibilidade de suspensão dos efeitos da liminar concedida pelo próprio Supremo Tribunal Federal⁹. A previsão legal lacunosa gerou, em nome da aplicabilidade destes institutos, um histórico de interpretação jurisprudencial bem ancorado em critérios basilares, que acabaram descartados pelo próprio Tribunal que os ditou, quando este se deparou com um caso de grande repercussão social e midiática.

Primeiramente se torna necessário estabelecer sobre que bases sólidas o Supremo Tribunal Federal tratava o incidente de suspensão de liminar anteriormente à decisão da SL 1.395. Conforme já mencionado o incidente era tratado como meio autônomo de impugnação,

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **SL 1.581/GO**. Suspensão de liminar. Pedido de sustação de efeitos de ato decisório proferido em sede de procedimento de índole penal. Impossibilidade [...]. Presidente: Ministra Rosa Weber, 13 de fevereiro de 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766294987>. Acesso em: 16 ago. 2024.

⁸ MARQUES, Wilson. Mandado de Segurança. Lei nº12.016/09. A Suspensão da Liminar e dos Efeitos da Decisão Concessiva da Segurança. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 242-252, 2010.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. Impetrante: Ana Luisa Gonçalves Rocha. Coator: Relator do HC nº 591.759 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de novembro de 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755173854>. Acesso em: 16 ago. 2024.

que, conforme as normas de regência, está sob competência do Presidente do Tribunal competente para processar e julgar o recurso¹⁰ que tratasse da decisão liminar ou concessiva de Mandado de Segurança, no sentido da competência o Supremo Tribunal Federal estabeleceu em múltiplos precedentes que a matéria para atrair a competência da Presidência da Corte Superior deveria trazer matéria de cunho obrigatoriamente constitucional¹¹.

Fora assim tratada a questão da competência na Suspensão de Liminar 56 e reproduzida mais recentemente nas SL 1.214, 1.234 e 1.583. Outro critério estabelecido no julgado paradigmático da SL 56 foi a proibição do uso da Suspensão de Liminar ou da Suspensão de Segurança como sucedâneo recursal¹², fundamento reproduzido nos julgados da Suspensão de Segurança 3.450, e mais recentemente da SL 1.583. Neste ponto surge o primeiro contraste a ser comentado entre a jurisprudência duradoura da Suprema Corte e o precedente da Suspensão de Liminar 1.395, já que, em se tratando de prerrogativa da Fazenda Pública, para sustar decisão sobre matéria constitucional, surge no precedente em comento para retirar efeito de ordem concessiva de habeas corpus em matéria criminal.

Conforme fundamentou o Min. Alexandre de Moraes, quando referendou a decisão da Suspensão de Liminar 1.395, já nos autos do Habeas Corpus 191.836, disse que entendia ser despiciendo para a aplicação da suspensão de liminar se haveria matéria criminal ou civil envolvida na demanda, desde que houvesse arcabouço constitucional¹³. Sendo assim, tendo em vista que o procedimento em questão visava sustar decisão concessiva de habeas corpus, restou ao Ministro, quando de seu voto, expor qual direito fundamental que se sobressairia sobre o direito fundamental à liberdade e às garantias processuais quando da aplicação do método de sopesamento.

Em seu voto o Ministro expõe que entende haver no caso, conflito aparente entre as garantias fundamentais e o direito fundamental à segurança pública, caracterizando ainda este choque como um desafio institucional no ordenamento pátrio¹⁴. Entretanto, dentro desta

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do poder Público e da outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **SL 56 AgR/DF**. Agravo regimental. Suspensão de liminar. Causa com fundamento infraconstitucional. Incompetência do supremo para exame do pedido [...]. Presidente: Ministro Nelson Jobim, 15 de março de 2006. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373018>. Acesso em: 17 ago. 2024.

¹² *Ibid.*

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. Impetrante: Ana Luisa Gonçalves Rocha. Coator: Relator do HC nº 591.759 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de novembro de 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755173854>. Acesso em: 16 ago. 2024.

¹⁴ *Ibid.*



justificativa se destaca uma das polêmicas doutrinárias da decisão, tendo em vista que o risco ou a grave lesão à segurança é critério relevante para a concessão de liminar conforme as normas de regência do instituto, e ainda que no julgado em questão foi o direito fundamental a segurança invocado.

Porém, como já explicitado, a Suspensão de Liminar 1.395 foi operada contra ordem concessiva de habeas corpus que determinou o relaxamento de medida cautelar penal de prisão provisória, a questão nos transporta, portanto, à uma inconsistência na fundamentação. Este desdobramento vem do fato de que as prisões processuais, uma vez que guiadas pelos princípios da instrumentalidade, acessoriedade e excepcionalidade, devem servir apenas ao processo, ou à preservação de seu resultado útil, não podem ser decretadas, e nem mantidas com fundamento exclusivo na segurança pública, segundo a lição do doutrinador Aury Lopes Jr., logo, não podem existir autonomamente como medida de segurança pública sem levar ao grave desvirtuamento do instituto¹⁵.

Diante de um caso que veicula a suspensão de liminar, medida a ser concedida apenas em estrita excepcionalidade¹⁶, com o objetivo de manutenção de medida cautelar prisional, principiológicamente excepcional entre as cautelares penais¹⁷, tudo isto por meio de uma decisão que destoa da jurisprudência consolidada da própria Suprema Corte. Surge assim, a necessidade de questionar se a motivação por trás de tal decisão decorre realmente da interpretação de um instituto processual, ou da repercussão sócio-política do caso concreto subjacente.

O “Caso André do Rap”, como ficou conhecida a ação penal que resultou no Habeas Corpus 191.836, foi de intensa cobertura midiática. A atenção da mídia recaiu principalmente sobre o réu André de Oliveira Macedo, que nos autos da Apelação Criminal de 70.801/SP foi condenado pelo tráfico transnacional de drogas, além de estar na posse, ao momento da prisão, de um helicóptero e dois barcos avaliados em quantias milionárias¹⁸.

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 147.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **SL 933 AgR-segundo/PA**. Suspensão de liminar. Excepcionalidade. Presidente: Ministro Marco Aurélio, 31 de maio de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375610>. Acesso em: 17 ago. 2024.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1.152-1.153.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. Impetrante: Ana Luisa Gonçalves Rocha. Coator: Relator do HC nº 591.759 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de novembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755173854>. Acesso em: 16 ago. 2024.

2. A DISCIPLINA LEGAL DA SUSPENSÃO DE LIMINAR E A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MINISTROS DA SUPREMA CORTE

Conforme já mencionado, a disciplina legal da Suspensão de Liminar e da Suspensão de segurança está restrita a poucos dispositivos legais. Atenta-se para o fato de que entre os dispositivos regentes, um se origina da Lei nº 8.437/1992, que dispõe sobre decisões liminares concedidas contra o poder público, tratando do instituto como prerrogativa da fazenda pública, eis que expressamente se refere ao cabimento da medida tão somente nas ações contra agentes públicos, ou contra o próprio poder público¹⁹. Outro dispositivo legal a tratar do instituto é a nova Lei do Mandado de Segurança, onde por suposto está se disciplinando remédio constitucional diverso do habeas corpus.

Desde aqui se estabelece um estranhamento entre a previsão legal e a possibilidade de aplicação do instituto para sustar decisão concessiva de habeas corpus, primeiro pelo flagrante vácuo normativo, o qual é mencionado pelo Relator Ministro Alexandre de Moraes nos autos do HC 191.836²⁰. Segundamente, pois o instituto é previsto justamente como prerrogativa fazendária, de modo que aceitar seu cabimento contra o habeas corpus levaria à confusão entre as figuras processuais da autoridade coatora, contra a qual se impetra o habeas corpus, e a fazenda pública, que corporifica o Poder Público no processo.

Por isto, sugere ainda que o Poder Público tem interesse em prerrogativa fazendária que o permite manter alguém preso preventivamente com fundamento na saúde, economia ou segurança pública, todas estas finalidades estranhas a medida cautelar prisional, que deve servir ao processo, ou ao seu resultado útil²¹. Por fim, como já discutido, a competência do STF pressupõe para o manejo da suspensão de liminar matéria de índole constitucional²², e mais ainda, exige nesse caso o cotejo entre a segurança pública de um lado, e as garantias processuais, bem como o direito fundamental à liberdade do outro.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do poder Público e da outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. Impetrante: Ana Luisa Gonçalves Rocha. Coator: Relator do HC nº 591.759 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de novembro de 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755173854>. Acesso em: 16 ago. 2024.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1.130.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **SL 56 AgR/DF**. Agravo regimental. Suspensão de liminar. Causa com fundamento infraconstitucional. Incompetência do supremo para exame do pedido [...]. Presidente: Ministro Nelson Jobim, 15 de março de 2006. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373018>. Acesso em: 17 ago. 2024.



A consequência da aplicação do método de sopesamento sobre esta colidência específica de direitos fundamentais, é que restou estabelecido como precedente no caso do HC 191.836 que a segurança pública se sobressairia sobre a garantia processual que estava em jogo na discussão. Neste caso, mais especificamente prevaleceu sobre o direito à revisão periódica dos pressupostos da prisão preventiva, tudo isso com fundamento na segurança pública, que nem ao menos poderia figurar sozinha como arcabouço para manutenção de decreto prisional em primeiro lugar²³.

Criou-se, portanto, mecanismo capaz de atrair a competência do Presidente do Supremo Tribunal Federal, para análise de questão criminal, com ênfase no direito à liberdade, posto que o precedente permitiria suspensão de liminar se imiscuir em mérito de habeas corpus. Além disso, a discussão trazida a presidência obrigatoriamente se tratará da colidência entre direitos fundamentais, já que há exigência jurisprudencial de arcabouço constitucional²⁴. E ainda gerando precedente da Corte que tem a última palavra sobre questões constitucionais e penais, sobre quais direitos fundamentais devem prevalecer no caso concreto.

Entretanto, toda a inovação do julgado, conforme já mencionado, toma por partida um admitido vácuo normativo, enquanto as normas de regência jamais fizeram menção à possibilidade de suspensão de decisão de matéria criminal e muito menos menção ao cabimento frente decisão concessiva de habeas corpus. Quanto as demais consequências desta inovação jurisprudencial, tanto temporárias, visto que houve virada jurisprudencial posterior²⁵, quanto duradouras, posto a influência do julgado no tema das prisões provisórias, se discutirá oportunamente no capítulo seguinte.

Por fim, há também o dispositivo legal do art. 25 da Lei nº 8.038/1990, este tratando da suspensão de liminar e da suspensão de segurança no âmbito do STJ, traz interesse o dispositivo à discussão em tela na medida que ele delimita a competência do STJ para análise dos institutos de contracautela. Portanto, delimita que não haverá competência do STJ quando envolvida questão constitucional de fundo, favorecendo a interpretação de que o recorte da competência do Supremo Tribunal Federal, recai, a *contrario sensu*, sobre os procedimentos de suspensão

²³ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 147.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **SL 56 AgR/DF**. Agravo regimental. Suspensão de liminar. Causa com fundamento infraconstitucional. Incompetência do supremo para exame do pedido [...]. Presidente: Ministro Nelson Jobim, 15 de março de 2006. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373018>. Acesso em: 17 ago. 2024.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 1.583/DF**. Suspensão de liminar. Pedido de sustação de ato decisório proferido em sede de procedimento de natureza penal. Inadmissibilidade [...]. Presidente: Ministra Rosa Weber, 18 de outubro de 2022. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354269385&ext=.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2024.

que revelam índole constitucional, como já reverberava a jurisprudência e o recorte de competências constitucionalmente assinaladas ao tribunal.

Cumprе destacar que as previsões de competência para suspensão de liminar e suspensão de segurança, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, decorrem de ato normativo e de lei infraconstitucional respectivamente, qual sejam, o Regimento Interno da Suprema Corte e a Lei nº 8.038/1990. Contudo, a competência dos tribunais decorre de recorte constitucional, trata-se do princípio da taxatividade da competência dos tribunais superiores, de forma que o desembargador aposentado Wilson Marques afirma que o não atendimento a esse princípio quando da fixação desta competência aos tribunais superiores se soma aos argumentos pela inconstitucionalidade do instituto da suspensão de liminar²⁶.

Por fim, quanto à questão da competência para conceder o pedido de suspensão de liminar e suspensão de segurança, a mesma recai sobre os Presidentes dos Tribunais. Trata-se, portanto, em um primeiro momento, de decisão monocrática do Ministro que estiver cumprindo a função de Presidente do Tribunal, porém, se a decisão à qual foram sustados o efeito pelo procedimento de contracautela também tiver sido proferida monocraticamente, como foi o caso da decisão do então Ministro Marco Aurélio no HC 191.836 cria-se a hipótese de uma decisão monocrática com o poder para derrubar outra decisão monocrática proferida dentro do contexto de um mesmo órgão.

Sendo assim, a partir de um do vácuo normativo sobre o cabimento contra da suspensão de liminar contra decisão concessiva de habeas corpus, nasce uma situação onde o Presidente do Supremo Tribunal Federal pode sustar monocraticamente os efeitos da decisão monocrática de seu colega, que atua no mesmo órgão de cúpula do Judiciário. Tudo isso, recaindo em cima de habeas corpus, que representa remédio constitucional vocacionado a levar uma situação de privação de liberdade à revisão de tribunal, onde a regra deveria ser a decisão colegiada²⁷.

Por fim, quanto à possibilidade de revisão de decisão exarada pelo próprio Supremo, a mesma não encontra guarida na jurisprudência mais moderna que alerta para o cabimento apenas quanto às decisões exaradas por tribunal inferior. Além disto, a possibilidade trazida pelo HC 191.836 traz à tona um problema de independência entre os Ministros em relação às suas respectivas decisões, monocráticas.

²⁶ MARQUES, Wilson. Mandado de Segurança. Lei 12.016/09. A Suspensão da Liminar e dos Efeitos da Decisão Concessiva da Segurança. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 242-252, 2010.

²⁷ TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. Princípio da colegialidade: fundamento constitucional e necessidade de sua observância nos processos judiciais e administrativos—legitimidade/ilegitimidade de exceções. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 8, n. 8, 2011. P. 258.



Quanto a este ponto é importante ressaltar que no desenho do Judiciário brasileiro o Supremo Tribunal Federal cumpre uma dupla função, isto é, tanto como instância recursal quanto corte constitucional, levando à uma confusão entre a atuação técnica e a atuação política²⁸. Tal confusão, se transportada para a análise dos autos do HC 191.836 permitiria ressignificar a aplicação excepcional da suspensão de liminar em sede de habeas corpus, se cogitada a repercussão do caso.

3. A PRESSÃO SÓCIO-POLÍTICA SOBRE OS JULGADOS DO ÓRGÃO DE CÚPULA DO JUDICIÁRIO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE

O Supremo Tribunal Federal em sua conformação moderna, pós-constituição de 1988, atua em uma posição de privilégio e destaque no judiciário brasileiro, eis que, conforme estabelece o art. 102 da Lei Maior, essa corte possui como função precípua a guarda da Constituição. Considerando ainda que a constituição de 88 é uma carta analítica, ou prolixa, com maior densidade e detalhamento de suas normas, e consequentemente, maior influência sobre a esfera política²⁹, tal característica resulta no fato de que o Supremo hoje representa um tribunal superior vocacionado a uma atuação de enorme consequência tanto para os rumos da política nacional, quanto sobre os direitos fundamentais dos cidadãos individualmente considerados.

Tal atuação do órgão de cúpula, embora dialogue com a sua já discutida dupla função, por vezes pode levar à uma confusão entre estas duas funções³⁰. Isto é, o Tribunal quando instado a se manifestar sobre um caso concreto, sobre uma relação entre o particular e o Estado como uma causa criminal, por exemplo, se verá determinando ao caso uma solução que gera precedente relevante para a solução de casos pares perante as demais instâncias jurisdicionais.

Porém, ao mesmo tempo, o Tribunal pode se ver motivado a transpor para os méritos desta discussão singular questões que traduzem não só uma vontade de ver a lide submetida à sua análise resolvida, mas sim ver os efeitos desse *decisum* extrapolar a relação processual e ter

²⁸ BARBOSA, Claudia Maria. Algunos Aspectos de la Independencia del Poder Judicial en Brasil. In: BURGOS SILVA, Germá (ed.). **Independencia Judicial en América Latina**. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos - ILSA, 2003. p. 417-437.

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647828. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647828/>. Acesso em: 18 set. 2024.

³⁰ BARBOSA, Claudia Maria. Algunos Aspectos de la Independencia del Poder Judicial en Brasil. In: BURGOS SILVA, Germá (ed.). **Independencia Judicial en América Latina**. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos - ILSA, 2003. p. 417-437.

efeitos não só sobre a orientação dos demais tribunais, mas também sobre os rumos que toma a política nacional. Ademais, cria-se o risco de ver essas influências geradas também por conta de casos em que a decisão final conta com influências externas, estranhas ao procedimento do órgão como instância recursal.

Estabelecido este alerta, cumpre retornar a discussão sobre os autos da SL 1.395, que tratou de caso de tráfico transnacional de drogas, no contexto da atuação do crime organizado e envolvendo quantias milionárias, caso que conforme a própria admissão do Ministro Alexandre de Moraes gerou “escárnio” à Justiça, posto que o agente permaneceu 5 anos foragido, enquanto vivia uma vida que o Ministro descreveu como “nababesca”³¹.

Estes fundamentos, embora relevantes para o contexto sócio-político do caso, ainda mais considerando sua repercussão midiática e sobre a imagem do Judiciário aos olhos da sociedade civil, traduzem fundamentação estranha aos limites do julgamento do caso, que como já discutido, tem como questão de fundo a concessão de Habeas Corpus cujo o mérito envolvia o direito fundamental à liberdade tutelado pelos efeitos legais da ausência de reexame periódico da prisão preventiva.

Sendo assim, fica evidente que a posição do órgão de cúpula, ao topo das discussões de natureza constitucional, e ainda como instância derradeira dos casos de natureza penal postos para a sua análise, gera, quando aliado à sua atuação política crescente, fenômeno onde se torna indissociável o caráter técnico do político na atuação do Tribunal³², bem como cria confusão entre as motivações políticas e técnicas que geram o pano de fundo de suas decisões. Tal fenômeno que tende a ser exacerbado quando considerada a posição de destaque deste braço do Judiciário, não só pela determinação de seu desenho constitucional, mas também por ser o órgão de maior visibilidade pela imprensa e pela sociedade.

Utilizando como paradigma os precedentes da SL 1.395 e do caso mais amplo do HC 191.836 é possível indicar duas consequências diretas para a conformação jurídica sobre a interpretação institucional tanto do procedimento do Habeas Corpus e da Suspensão de Liminar quanto sobre a interpretação da Lei Processual Penal. Primeiramente, ficou estabelecido a partir do referendado da decisão monocrática do Ministro Presidente Luiz Fux a possibilidade da

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. Impetrante: Ana Luisa Gonçalves Rocha. Coator: Relator do HC nº 591.759 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de novembro de 2021. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755173854>. Acesso em: 16 ago. 2024.

³² BARBOSA, Claudia Maria. Algunos Aspectos de la Independencia del Poder Judicial en Brasil. In: BURGOS SILVA, Germá (ed.). **Independencia Judicial en América Latina**. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos - ILSA, 2003. p. 417-437.



concessão monocrática da Suspensão Liminar e da Suspensão de Segurança frente à outra decisão monocrática exarada por Ministro do próprio supremo.

Tal inovação jurisprudencial trazida pela SL 1.395 merece ser ressaltada não só por sua influência negativa sobre a independência institucional dos Ministros do STF entre seus pares da mesma casa, conforme pontuado no segundo capítulo deste trabalho, mas imprescindível é se notar também o fato de que esta implicação da decisão foi notada e aceita pelos Ministros do próprio tribunal. Neste sentido cumpre asseverar que quando referendou a decisão da SL 1.395 o Ministro Alexandre de Moraes afirma que em regra entende não ser cabível a suspensão de liminar contra decisão de membro do Suprema Corte, diante da ausência de previsão legal sobre esta possibilidade,³³ reconhece ainda que a questão implicaria no debate sobre a existência ou não de hierarquia entre o Presidente da corte e os demais membros do tribunal³⁴.

A outra consequência dos precedentes a ser notada são seus efeitos sobre a processualística penal, mais especificamente sobre a interpretação dada pela corte ao Parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, tal norma conforme introduzida pela Lei nº 13.964, também chama de “Pacote Anti Crime” previa o reexame necessário dos pressupostos da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, sob pena de tornar-se a prisão ilegal³⁵. Contudo, por conta do precedente fixado no HC 191.836, passou-se a interpretar que o lapso *in albis* deste prazo não conduziria à ilegalidade da prisão e seu consequente relaxamento, como comanda a norma do art. 5º, LXV da Constituição.

Como consequência, essa tese fixada traduz a interpretação da corte que dá a “última palavra” sobre as questões criminais, fazendo reverberar a sua leitura do caso sobre a aplicação da norma processual penal tuteladora do direito de liberdade, sobre as demais instâncias da justiça. Sendo assim, foi afastada a sanção pelo descumprimento da norma do art. 316 do Código de Processo Penal, colocando em xeque a efetividade da norma processual despenalizadora, que ao exigir a fundamentação sobre a manutenção dos pressupostos da prisão preventiva fazia valer os princípios da fundamentação, excepcionalidade e proporcionalidade³⁶, corolários das medidas cautelares prisionais.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. Impetrante: Ana Luisa Gonçalves Rocha. Coator: Relator do HC nº 591.759 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de novembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755173854>. Acesso em: 16 ago. 2024.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 1.191.

³⁶ *Ibid.*, p. 1.192.



Conforme se observa das análises do voto de referendamentado do Ministro Alexandre de Moraes nos autos da SL 1.395, bem como da decisão monocrática do então Presidente do Supremo Tribunal Federal o Ministro Luiz Fux. E além disto, mais tarde quando da conclusão da controvérsia nos autos do HC 191.836, fica demonstrado que o Tribunal esteve disposto, a por em risco tanto a independência funcional de seus demais colegas frente a Presidência do Tribunal quanto a relativizar norma processual defensora do direito fundamental à liberdade.

Entretanto extraem-se das observações feitas por este trabalho que as motivações ao fundo dessas decisões têm caráter estranho à resolução do caso em concreto, e ao procedimento do Habeas Corpus. Conforme já mencionado no primeiro capítulo do trabalho a Suspensão de Liminar e a Suspensão de Segurança, para seu cabimento dependem de lesão ou risco à ordem, saúde ou segurança públicos. Contudo, conforme também estabelecido no trabalho, a segurança pública em si não deve se confundir com os fundamentos que permitem a manutenção do decreto de prisão preventiva, já que o instituto é definido por sua instrumentalidade, ou ainda a sua utilidade ao processo e à concretização de uma possível futura decisão condenatória.

Neste ponto, deve ser asseverado que a concessão da SL 1.395 foi imprestável para a sua finalidade proposta de defender a segurança pública, eis que quando do reestabelecimento dos efeitos do decreto prisional o réu já se encontrava novamente foragido. Em contrapartida, a decisão fez gerar os desdobramentos já mencionados sobre a interpretação de normas processuais tuteladoras do direito fundamental a liberdade, incidindo sobre relações processuais de réus que individualmente considerados não figuram em casos de igual notoriedade quanto dos autos do caso “André do Rap”.

Isso ocorre, cumpre considerar, em um contexto de encarceramento em massa que o próprio Tribunal Superior já considerou como representante de um “estado de coisas inconstitucional”, conforme a conclusão da ADPF 347. Agravam-se assim as consequências de decisões que, mediante influência da repercussão do caso geram efeitos esvaziadores das medidas despenalizadoras, que em prol de evitar o “escárnio” ao Judiciário, pelo contrário, evidenciam conflitos internos e inconsistências entre as decisões de seu próprio órgão de cúpula.

Quanto a estes conflitos e inconsistências, torna-se ainda mais relevante a análise feita no segundo capítulo quanto às consequências do caso em comento para a independência funcional dos Ministros da Suprema corte, eis que a concessão da SL 1.395 resultou ainda que de forma excepcional na colocação do Presidente do Tribunal em um patamar acima de seus



colegas, o que evidentemente não dialoga com a colegialidade do órgão. Ademais, o próprio Ministro Alexandre de Moraes ressaltou que não entende em regra ser possível a Suspensão de Liminar nos moldes do caso em comento, colocando em pauta debates sobre a independência funcional dos Ministros, e seguindo na contramão da jurisprudência consolidada do Tribunal sobre necessidade de exaurimento das instâncias recursais para a admissibilidade da análise pelo STF, admitindo essa decisão apenas de modo “excepcionalíssimo e único”.

Sendo assim, postula-se como conclusão do trabalho de que a extrema excepcionalidade com que tratado o caso só se justifica se analisado pelo ângulo de sua notoriedade e repercussão, uma vez que casos nestes moldes trazem à tona a já comentada “área cinzenta” ou de indefinição entre a atuação técnica e política do STF. Sendo este fenômeno de confusão dentro da dupla função uma vulnerabilidade sistemática, que permite que a motivação da decisão sobre o caso concreto seja contaminada por fundamentos estranhos à relação processual e a análise dos conflitos submetidos ao órgão que atua na guarda da Constituição, e com consequência sobre a interpretação dos direitos fundamentais nela insculpidos.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BARBOSA, Claudia Maria. **Algunos Aspectos de la Independencia del Poder Judicial en Brasil**. In: BURGOS SILVA, Germá (ed.). *Independencia Judicial en América Latina*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos - ILSA, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559647828. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647828/>. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992**. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do poder Público e da outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8437.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 191.836/SP**. Impetrante: Ana Luisa Gonçalves Rocha. Coator: Relator do HC nº 591.759 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio, 23 de novembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755173854>. Acesso em: 16 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **SL 1.581/GO**. Suspensão de liminar. Pedido de sustação de efeitos de ato decisório proferido em sede de procedimento de índole penal. Impossibilidade [...]. Presidente: Ministra Rosa Weber, 13 de fevereiro de 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=766294987>. Acesso em: 16 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Diário de Justiça da União, 27 de outubro de 1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **SL 933 AgR-segundo/PA**. Suspensão de liminar. Excepcionalidade. Presidente: Ministro Marco Aurélio, 31 de maio de 2017. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375610>. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL 1.583/DF**. Suspensão de liminar. Pedido de sustação de ato decisório proferido em sede de procedimento de natureza penal. Inadmissibilidade [...]. Presidente: Ministra Rosa Weber, 18 de outubro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15354269385&ext=.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio, 18 de março de 2020, p. 24. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **SL 56 AgR/DF**. Agravo regimental. Suspensão de liminar. Causa com fundamento infraconstitucional. Incompetência do supremo para exame do pedido [...]. Presidente: Ministro Nelson Jobim, 15 de março de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=373018>. Acesso em: 17 ago. 2024.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARQUES, Wilson. Mandado de Segurança. Lei 12.016/09. A Suspensão da Liminar e dos Efeitos da Decisão Concessiva da Segurança. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50.

TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. Princípio da colegialidade: fundamento constitucional e necessidade de sua observância nos processos judiciais e administrativos— legitimidade/ilegitimidade de exceções. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 8, n. 8, 2011.



ACESSIBILIDADE DIGITAL PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL: ANÁLISE JURÍDICA DAS NORMAS, DESAFIOS E PROTEÇÃO CONTRA GOLPES DIGITAIS

Fernanda Emília Juliace Barbosa de Lima

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

Resumo – este artigo trata da proteção jurídica e da responsabilidade no contexto dos golpes digitais sofridos por pessoas com deficiência visual, com ênfase na acessibilidade digital. Inicialmente, o estudo apresenta os direitos assegurados pela legislação nacional e internacional, como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que garantem o acesso inclusivo ao ambiente online. Em seguida, são analisados os desafios na implementação dessas normas, evidenciando a vulnerabilidade das pessoas com deficiência diante da falta de acessibilidade. Por fim, o artigo aborda os mecanismos jurídicos de proteção e a responsabilidade das plataformas digitais, destacando a necessidade de ambientes acessíveis e seguros. Por fim, o trabalho demonstra a urgência de políticas eficazes e fiscalização para garantir a inclusão digital e a proteção contra fraudes.

Palavras-chave – Direito Digital. Acessibilidade digital para pessoas com deficiência visual. Golpes nos meios digitais.

Sumário – Introdução. 1. Acessibilidade Digital: fundamentos e direitos garantidos. 2. Desafios na implementação da acessibilidade digital. 3. Proteção jurídica e responsabilidade no contexto de golpes digitais contra pessoas com deficiência. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica oferece uma análise aprofundada da acessibilidade digital para pessoas com deficiência visual, considerando um contexto caracterizado pela contínua evolução das tecnologias e pela insuficiência na fiscalização e implementação de tecnologias assistivas, bem como pelo aumento de golpes digitais. À medida que a tecnologia avança e a dependência da sociedade em relação aos recursos digitais cresce, observa-se uma realidade em que as vantagens proporcionadas pela internet convivem com a necessidade de fortalecer as políticas de inclusão digital.

Nesse cenário, as pessoas com deficiência visual buscam não apenas o direito à acessibilidade digital em igualdade de condições com os demais cidadãos, mas também proteção contra os riscos e armadilhas cada vez mais sofisticadas presentes no ambiente online. A falta de medidas adequadas de acessibilidade por parte dos provedores de serviços digitais e das empresas, tanto públicas quanto privadas, em conjunto com a complexidade crescente dos golpes digitais, demonstra a necessidade de uma abordagem jurídica que

garanta não apenas a acessibilidade, mas também a segurança e a integridade desta parcela vulnerável da população.

Assim, a pesquisa tem como objetivo examinar como o ordenamento jurídico pode regulamentar de forma eficaz os mecanismos destinados a garantir a proteção e a integridade das pessoas com deficiência visual no ambiente digital. Para alcançar esse objetivo, serão abordadas questões essenciais, incluindo a negligência dos provedores e das empresas na implementação da acessibilidade digital, as consequências dessa ausência de medidas adequadas, como os impactos dos golpes digitais sobre essa população, e a adequação das normativas existentes para promover a inclusão e a proteção no ambiente digital.

Busca-se, portanto, identificar lacunas e desafios na legislação vigente e propor soluções que promovam uma maior igualdade de acesso e oportunidades no ambiente digital. Este estudo, desenvolvido sob o método hipotético-dedutivo e com uma abordagem qualitativa, pretende contribuir para a compreensão e o desenvolvimento de medidas que garantam a efetiva inclusão e proteção das pessoas com deficiência visual na era digital.

O artigo começa com o primeiro capítulo, que introduz o conceito de acessibilidade digital e explora sua importância para a inclusão plena de pessoas com deficiência. Neste capítulo, serão examinadas as principais legislações e políticas públicas que garantem a acessibilidade digital, incluindo a Lei Brasileira de Inclusão e as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web (WCAG). Além disso, será discutido o impacto dessas normas e diretrizes no avanço da inclusão digital.

Segue-se para o segundo capítulo, que aborda os principais obstáculos encontrados na aplicação efetiva da acessibilidade digital, tanto do ponto de vista técnico quanto social. O capítulo explora questões como a complexidade técnica envolvida na adaptação de plataformas digitais para atender às normas de acessibilidade e a resistência cultural que pode dificultar a adoção dessas práticas. Exemplos concretos ilustram as dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência devido à falta de acessibilidade, como o acesso limitado a informações e serviços essenciais.

Além disso, o capítulo enfatiza a necessidade de conscientização sobre a importância da acessibilidade digital e discute as consequências da ausência de sua implementação, incluindo a falta de fiscalização por parte dos órgãos competentes. Através de uma abordagem que inclui treinamento adequado e a aplicação eficaz das normas de acessibilidade, o capítulo argumenta que é possível avançar em direção a uma sociedade digital verdadeiramente inclusiva e segura para todos.



O terceiro capítulo busca analisar a proteção jurídica disponível para pessoas com deficiência no contexto de golpes digitais e a responsabilidade das empresas em prevenir e responder a esses incidentes. Inicialmente, serão identificados os tipos de golpes digitais que afetam particularmente pessoas com deficiência visual, como fraudes e *phishing* adaptados. Em seguida, serão brevemente exploradas as leis e regulamentos que oferecem proteção às vítimas de tais golpes, destacando como essas normas se aplicam às pessoas com deficiência. Em suma, o capítulo discutirá a responsabilidade das empresas em garantir a segurança digital e sugerirá estratégias de prevenção e resposta para mitigar riscos e proteger os usuários vulneráveis.

Por fim, deve-se destacar que a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, no qual será eleito um conjunto de proposições hipotéticas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou refutá-las argumentativamente. A abordagem desta pesquisa jurídica será qualitativa, utilizando-se da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a tese proposta.

1. ACESSIBILIDADE DIGITAL: FUNDAMENTOS E DIREITOS GARANTIDOS

A acessibilidade digital refere-se ao esforço contínuo para tornar plataformas e conteúdos digitais acessíveis e utilizáveis por todas as pessoas, incluindo aquelas com deficiências. Este conceito engloba uma ampla gama de tecnologias e práticas assistivas, que vão desde aplicativos móveis e *sites* até *softwares* e conteúdos multimídia.

De forma mais simples, e conforme se extrai do portal do Governo Federal, a acessibilidade digital é definida como a "eliminação de barreiras na Web"¹. O objetivo central é remover obstáculos digitais, permitindo que pessoas com diferentes tipos de deficiências — visuais, auditivas, motoras e cognitivas — possam interagir com o ambiente online de maneira plena e equitativa.

Ao tratar sobre acessibilidade nos meios digitais, Gonçalves defende que:

[...] há que se estipular mecanismos necessários para promover a acessibilidade para as pessoas com deficiência às tecnologias de informação e comunicação. Muitos programas de computador já criam esses meios, por exemplo, ao lerem as páginas de sítios para pessoas com deficiência visual. Entretanto, são muitas as barreiras

¹ BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Governo Digital. **Acessibilidade Digital**. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/acessibilidade-e-usuario/acessibilidade-digital>. Acesso em: 12 ago. 2024.

encontradas pelas pessoas com deficiência que as forcem a ser excluídas digitalmente.².

Segundo o autor³, faz-se necessário desenvolver uma política específica voltada para garantir a acessibilidade a todas as pessoas com deficiência. O objetivo dessa política seria criar ambientes inclusivos e integrar essas pessoas como participantes ativas na sociedade. Ou seja, garantir que as plataformas sejam acessíveis é de suma importância para evitar a exclusão e garantir que ninguém tenha sua participação reduzida ou prejudicada devido a barreiras tecnológicas, já que a internet e as tecnologias digitais desempenham um papel significativo na atualidade.

Um exemplo ilustrativo de mecanismo de acessibilidade é o uso da ferramenta de descrição de imagens no *Instagram*. Muitas empresas e indivíduos utilizam essa funcionalidade de descrição alternativa, frequentemente identificada pela *hashtag* "#paratodosverem". Em essência, isso implica em fornecer uma descrição textual do conteúdo visual, permitindo que ferramentas de acessibilidade transmitam os elementos da publicação para deficientes visuais. Dessa forma, essas ferramentas possibilitam que os usuários com deficiência visual interajam com o conteúdo de maneira inclusiva.

A acessibilidade digital não apenas promove a inclusão social, mas também é essencial para o cumprimento de normas e leis que asseguram direitos igualitários. Em um mundo cada vez mais digital, garantir que todos possam acessar e utilizar recursos online é um passo fundamental para a construção de uma sociedade verdadeiramente inclusiva.

Sob essa ótica, as legislações no campo da acessibilidade mostram-se indispensáveis para transpor barreiras que comprometem a inclusão digital e a igualdade de oportunidades, assegurando que todos os indivíduos possam participar plenamente da era tecnológica.

E visando proteger, sobretudo os mais vulneráveis, diversos tratados e convenções internacionais reconhecem a acessibilidade digital como um direito fundamental. Um dos principais documentos que estabelece este direito é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁴, adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) em 2006. Esse tratado internacional marca um avanço significativo na proteção dos direitos das pessoas com deficiência, estipulando que a acessibilidade deve ser garantida em todos os aspectos da vida, incluindo o ambiente digital.

² GONÇALVES, V. H. P. **Marco civil da internet comentado**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 50.

³ *Ibid.*

⁴ BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2009/08/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 17 set. 2024.



Destaca-se que outros documentos e diretrizes internacionais, como as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web (WCAG)⁵, também fornecem orientações detalhadas sobre como tornar conteúdos digitais acessíveis, sendo amplamente adotados como referência para a implementação de boas práticas em acessibilidade digital.

Conforme se passará a demonstrar, no Brasil a acessibilidade digital é protegida por uma série de leis e decretos que visam garantir os direitos das pessoas com deficiência.

A ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁶ pelo Brasil, em 2008, foi um ponto de virada significativo na defesa dos direitos desses indivíduos. Isso porque, foram estabelecidos referenciais essenciais para a promoção da igualdade e inclusão, delineando normas que visam garantir a plena participação dessas pessoas em todos os aspectos da vida social.

Ao aderir a esta Convenção, o Brasil demonstrou seu compromisso em alinhar suas políticas e práticas aos padrões globais de direitos humanos, destacando a necessidade de eliminar barreiras e assegurar acessibilidade em diversas áreas, como educação, trabalho e participação na sociedade. O tratado impõe a responsabilidade aos Estados-partes para criar condições que promovam a inclusão, de forma a erradicar as práticas discriminatórias, fornecendo uma base legal robusta para a proteção e valorização dos direitos das pessoas com deficiência.

Esse marco foi um grande ponto de partida para o avanço de uma sociedade inclusiva e equitativa, pois não só estabelece diretrizes claras para a implementação de políticas públicas e práticas acessíveis, mas também fortalece a conscientização sobre os direitos humanos das pessoas com deficiência.

Outrossim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela Lei nº 13.146/2015⁷, é um momento importante nesse contexto. Este Estatuto estabelece uma série de direitos e garantias para as pessoas com deficiência, incluindo a acessibilidade em ambientes físicos e digitais.

O art. 1º da referida lei estabelece que o Estatuto da Pessoa com Deficiência se destina a “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e

⁵ W3C BRASIL. **Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web (WCAG) 2.1**. Disponível em: <https://www.w3c.br/traducoes/wcag/wcag21-pt-BR/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁶ BRASIL, ref. 4.

⁷ BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

cidadania". É fundamental destacar que os direitos e garantias estabelecidos por essa norma visam assegurar tanto a igualdade formal quanto a material. Isso significa garantir que todos os indivíduos, independentemente de suas condições, tenham acesso pleno e efetivo aos seus direitos e possam participar de forma ativa e equitativa na vida social.

Indo além, o artigo 63 da Lei de Inclusão⁸ dispõe que as pessoas com deficiência devem ter acesso a tecnologias da informação e comunicação, incluindo a web. A norma também reforça a necessidade de que *websites*, aplicativos e outros recursos digitais sejam acessíveis, reprimindo qualquer forma de discriminação através de regulamentações e medidas específicas.

Somando-se a tal norma, o Decreto nº 5.296/2004⁹ estabelece diretrizes para a acessibilidade em diferentes áreas, incluindo normas para a adaptação de ambientes digitais, além de reforçar a responsabilidade dos órgãos públicos e entidades privadas em garantir a acessibilidade.

A adoção das normas de acessibilidade digital, conforme definido pela legislação tanto nacional quanto internacional, desempenha um papel crucial na proteção jurídica das pessoas com deficiência. Essas normas não apenas facilitam a inclusão plena no ambiente digital, mas também atuam na prevenção de práticas discriminatórias, garantindo que todos os indivíduos com deficiência possam usufruir de seus direitos de maneira integral no espaço online.

A supervisão e a aplicação dessas regulamentações são de responsabilidade dos órgãos reguladores e das entidades encarregadas da fiscalização. Para assegurar a conformidade com as normas de acessibilidade, é fundamental estabelecer mecanismos eficazes de denúncia e promover campanhas de conscientização. Essas medidas são essenciais para assegurar que as diretrizes sejam seguidas e que as pessoas com deficiência tenham acesso irrestrito a todos os recursos digitais.

⁸BRASIL, ref. 7.

⁹ BRASIL. **Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004**. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.



2. DESAFIOS NA IMPLEMENTAÇÃO DA ACESSIBILIDADE DIGITAL

A acessibilidade digital enfrenta desafios significativos para sua implementação eficiente, tanto no campo técnico quanto no social, os quais influenciam diretamente a criação e o uso de *websites* e aplicativos para pessoas com deficiência.

Do ponto de vista técnico, a ausência de aplicação uniforme dos padrões estabelecidos se mostra um dos principais obstáculos à acessibilidade digital. Embora as Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web (WCAG)¹⁰ ofereçam estrutura e funcionalidades amplamente aceitas para garantir a acessibilidade, a realidade é que sua aplicação varia substancialmente entre diferentes provedores e desenvolvedores. A diversidade na interpretação e implementação dessas diretrizes leva a uma execução desigual, resultando em plataformas digitais que frequentemente não atendem às necessidades de todos os usuários.

A título de exemplo, apesar de algumas plataformas online implementarem recursos como leitores de tela e navegação por teclado, outras apresentam grande falha em fornecer alternativas textuais para conteúdos visuais ou garantir contraste suficiente entre texto e fundo. Assim, essas contradições podem acabar por criar barreiras significativas para usuários com deficiência, limitando seu acesso a informações e serviços essenciais.

Além disso, a rápida evolução das tecnologias digitais e das práticas de desenvolvimento pode resultar em um abismo entre as diretrizes existentes e as novas ferramentas e técnicas. As atualizações regulares das WCAG e a necessidade de adaptar essas normas às novas tecnologias representam um desafio adicional para garantir que todas as plataformas sejam acessíveis.

No campo social, a conscientização e a priorização da acessibilidade digital ainda são limitadas. Muitas empresas e desenvolvedores não integram a acessibilidade em suas estratégias de desenvolvimento desde o início, apesar da implementação de acessibilidade nas instituições evidenciar o compromisso do negócio com a responsabilidade social. Além disso, é uma obrigação legal que as organizações assegurem condições acessíveis para todos.

Conforme se extrai do jornal online Carta Capital¹¹, segundo a pesquisa Panorama da Acessibilidade Digital, realizada pela *startup Hand Talk*, 54% das empresas ainda enfrentam

¹⁰ W3C BRASIL. **Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web (WCAG) 2.1**. Disponível em: <https://www.w3c.br/traducoes/wcag/wcag21-pt-BR/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

¹¹ CARTA CAPITAL. **Acessibilidade digital ainda desafia 54% das empresas no Brasil**. 23 jun.2024. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/do-micro-ao-macro/acessibilidade-digital-ainda-desafia-54-das-empresas-no-brasil/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

desafios relacionados à falta de conhecimento e políticas eficazes para promover a inclusão digital.

Fica evidente, portanto, que a falta de uma cultura inclusiva e a ausência de treinamento adequado são fatores que contribuem para essa situação. Sem uma compreensão clara da importância da acessibilidade, muitas mudanças necessárias para atender às necessidades de todos os usuários são insuficientes ou até mesmo negligenciadas.

Isso porque, a conscientização sobre a acessibilidade digital é bem fragmentada no Brasil. Enquanto alguns setores e organizações mostram maior compromisso com a inclusão, outros permanecem inertes. Isso se reflete em práticas de desenvolvimento que não consideram a acessibilidade como uma prioridade, resultando em soluções que não são universalmente acessíveis.

Barros e outros autores, ao tratarem sobre a inclusão no direito digital, destacam que:

[...] a inclusão digital é um elemento importante nas políticas para a Sociedade da Informação, especialmente naqueles países que apresentam um maior grau de desigualdade social, que advém de processos históricos de sua formação. Nesses casos, o desafio é duplo: superar antigas deficiências e criar competências requeridas pelas novas necessidades culturais e socioeconômicas da sociedade.¹²

Frisa-se que a ausência de políticas e práticas inclusivas pode refletir também na falta de pressão ou regulamentação externa para garantir a acessibilidade digital. Sem uma exigência clara e consistente para a conformidade com as normas de acessibilidade, as iniciativas podem ser vistas como opções secundárias em vez de uma necessidade fundamental.

Assim, enfrentar esses desafios e garantir a eficácia na implementação da acessibilidade digital depende de um esforço conjunto entre desenvolvedores, empresas e legisladores. É essencial que se incentive uma maior conscientização e o desenvolvimento de uma cultura inclusiva que atenda verdadeiramente às necessidades dos usuários no ambiente digital.

Nesse contexto, um dos principais problemas é a insuficiência dos mecanismos de fiscalização existentes. Apesar de legislação garantindo esse direito, a falta de um sistema robusto para garantir a fiscalização e efetiva implementação da acessibilidade prejudica que tais regras sejam seguidas rigorosamente. Isso porque, as instituições encarregadas da

¹²BARROS, S., *et al.* Digitalizando a Inclusão Social: o caso do Liceu de Artes e Ofícios da Bahia. In: JAMBEIRO, O.; SILVA, H.P.; BORGES, J. (org.). **Cidades Contemporâneas e Políticas de Informação e Comunicações**. Salvador: Ed. UFBA, 2007.



fiscalização podem não dispor dos recursos necessários para realizar auditorias extensivas ou frequentes, o que limita a capacidade de identificação e correção de problemas.

Ademais, a falta de uma estrutura robusta para monitorar e penalizar práticas contrárias às normas de acessibilidade digital compromete toda a sociedade. Sem sanções claras e proporcionais, as empresas podem não ter incentivos adequados para investir em acessibilidade, resultando em uma cultura de condescendência.

A insuficiência de recursos financeiros e humanos e a baixa prioridade atribuída ao tema por parte de governos e entidades reguladoras contribuem para a implementação ineficaz das leis. Para superar esses desafios, é imperativo fortalecer os mecanismos de fiscalização, bem como alocar recursos adequados para auditorias regulares, definir responsabilidades claras e instituir sanções efetivas para não conformidades. Uma abordagem estruturada e consistente é essencial para assegurar o cumprimento rigoroso das normas e promover uma inclusão digital mais abrangente e eficiente.

Destaca-se que a negligência na implementação dessas medidas pode ter consequências graves e prejudiciais para a população com deficiência. A ausência de acessibilidade nas plataformas digitais reduz o acesso desses indivíduos a informações essenciais, além de afetar a confiabilidade dos navegadores, tornando-os mais suscetíveis a golpes.

Como ilustração, usuários com deficiência visual frequentemente encontram dificuldades ao tentar acessar informações em sites bancários que não são compatíveis com leitores de tela, o que os torna mais vulneráveis a fraudes financeiras. Da mesma forma, a ausência de alternativas de entrada adaptadas para pessoas com deficiência motora pode limitar o acesso a serviços essenciais, colocando-as em situações de maior vulnerabilidade.

Esses entraves não apenas limitam suas opções e oportunidades, mas também contribuem para o aumento da desigualdade social e da marginalização dessas pessoas, visto que a falta de acessibilidade digital pode intensificar a sensação de isolamento e exclusão, impactando negativamente a qualidade de vida e a autonomia das pessoas com deficiência.

De acordo com Wolfgang:

[...] é importante – em uma direção proativa – criar arquiteturas de decisão adequadas para proteção. Trata-se especialmente da proteção por meio da configuração técnica (Protectionby Design)³³ sob e por intermédio de configurações padrão de proteção amigável (Protectionby Default). Essa proteção sistêmica tem

sido usada há muito tempo como meio de proteção de dados, mas também é adequada para salvaguardar outros interesses de proteção¹³.

Nota-se, portanto, que a acessibilidade digital é essencial não apenas para garantir uma experiência inclusiva e satisfatória, mas também para oferecer segurança e proteção adequada contra golpes e ameaças online, especialmente para pessoas com deficiências. Nesse sentido, uma postura proativa em relação à inclusão envolve não apenas o cumprimento dos requisitos mínimos de implementação da acessibilidade, mas também o empenho para otimizar a experiência dos usuários e proteger sua segurança no ambiente digital.

Garantir a compatibilidade das plataformas digitais com tecnologias assistivas, como leitores de tela e dispositivos de entrada alternativos, é fundamental para a acessibilidade e também para a proteção dos usuários contra fraudes e ataques. Possuir acessibilidade bem implementada facilita a detecção e a prevenção de ameaças, tornando mais difícil para os golpistas explorar vulnerabilidades que poderiam ser utilizadas em ataques direcionados.

Ademais, a acessibilidade digital permite que todos os usuários, incluindo aqueles com deficiências, tenham acesso completo às ferramentas e informações necessárias para identificar e evitar ameaças. Isso contribui para uma navegação mais segura e confiável, reduzindo o risco de golpes que visam indivíduos com dificuldades em perceber sinais de alerta ou acessar recursos de proteção.

Portanto, adotar uma abordagem inclusiva e acessível não apenas melhora a experiência geral dos usuários, mas também reforça a segurança digital, protegendo os indivíduos mais vulneráveis contra possíveis ameaças e assegurando que todos possam interagir com o ambiente online de maneira segura e confiável.

Quando as plataformas digitais não são projetadas com acessibilidade em mente, as pessoas com deficiência enfrentam barreiras significativas no acesso a informações e serviços, além de uma maior exposição a riscos e prejuízos. Assim, por meio de conscientização, treinamento adequado e aplicação eficaz das normas de acessibilidade, é possível avançar em direção a uma sociedade digital verdadeiramente inclusiva e segura para todos.

¹³ WOLFGANG, Hoffmann-Riem. **Teoria Geral do Direito Digital**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 158. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642267/>. Acesso em: 19 ago. 2024.



3. PROTEÇÃO JURÍDICA E RESPONSABILIDADE NO CONTEXTO DE GOLPES DIGITAIS CONTRA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A era digital trouxe inegáveis avanços para a sociedade, mas também expôs fragilidades, especialmente no que se refere a grupos vulneráveis, como as pessoas com deficiência. Um dos principais desafios enfrentados por esse grupo é o crescimento de golpes e fraudes digitais, que se tornam mais intensos devido à falta de acessibilidade nas plataformas tecnológicas. Nesse cenário, a proteção jurídica dessas pessoas ganha ainda mais relevância, uma vez que a ausência de mecanismos adequados de inclusão digital e de prevenção contra fraudes levanta questões profundas sobre responsabilidade e reparação.

As pessoas com deficiência visual, em particular, são alvo de ataques digitais mais sofisticados, como fraudes e phishing, que exploram as limitações de acessibilidade nos sites e aplicativos. Exemplos comuns incluem e-mails fraudulentos, muitas vezes disfarçados de mensagens oficiais de bancos ou empresas, que utilizam texto em imagens de difícil leitura para usuários de leitores de tela. Outro exemplo recorrente é o uso de sites de compras e serviços financeiros que não possuem descrições adequadas para navegadores de tela ou formulários acessíveis, tornando impossível para o usuário identificar corretamente as informações ou verificar se o site é seguro.

A omissão das empresas em garantir a acessibilidade digital pode ser caracterizada como violação de direitos fundamentais, especialmente o direito à igualdade material, o que reforça a urgência em debater as implicações jurídicas dessa falta de inclusão, bem como as obrigações que recaem sobre as plataformas digitais.

As empresas de tecnologia e plataformas digitais têm um papel essencial na criação de um ambiente virtual seguro e acessível. Ao ofertarem produtos e serviços digitais, devem observar as normativas de acessibilidade previstas em legislações nacionais e internacionais, que impõem o dever de assegurar que os serviços oferecidos sejam acessíveis a todos. O não cumprimento dessas normas pode gerar sérias consequências jurídicas para as empresas.

Contudo, não é raro encontrar falhas na segurança de instituições diversas, que deixam de implementar medidas necessárias à proteção e orientação de seus consumidores com deficiência visual. Por exemplo, ao contratar serviços online, muitas dessas pessoas não conseguem identificar se os links são seguros, ou ainda, se os termos e condições são claros e compreensíveis. A falta de recursos de leitura adequados em sites de compras ou serviços bancários aumenta a vulnerabilidade desse grupo frente a fraudes digitais.

Destaca-se que a responsabilidade civil das plataformas que não adotam práticas inclusivas ou que falham em garantir segurança digital adequada às pessoas com deficiência pode ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990¹⁴), que em seus artigos 12 e 14, estabelece a responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços, que devem garantir que suas atividades sejam seguras e apropriadas ao uso.

Além disso, o CDC¹⁵ prevê a devolução em dobro de valores cobrados indevidamente (art. 42, parágrafo único) e a reparação por danos morais (art. 6º, VI), caso se demonstre que a vítima foi prejudicada por um serviço inadequado. Sob essa ótica, ao negligenciarem a inclusão digital, as plataformas podem ser responsabilizadas pelos danos causados, já que tal omissão cria um ambiente propício à ocorrência de fraudes e golpes.

O Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014¹⁶) também reforça o dever de promover um ambiente seguro, de modo que as plataformas digitais têm a obrigação de garantir que as pessoas com deficiência não sejam marginalizadas no que diz respeito à segurança digital. A falta de acessibilidade pode, assim, ser interpretada como uma grave falha nesse dever, ensejando a reparação dos danos sofridos pelos usuários.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência¹⁷, por sua vez, determina a obrigação de assegurar a acessibilidade em todos os serviços, inclusive os digitais. Embora a legislação seja abrangente, muitos de seus dispositivos ainda não são aplicados de forma eficaz, o que resulta na exclusão digital e em uma maior vulnerabilidade das pessoas com deficiência a golpes. A jurisprudência brasileira já tem reconhecido que a ausência de acessibilidade digital configura uma violação aos direitos desse grupo, podendo gerar a responsabilização das plataformas.

Apesar disso, a eficácia das sanções ainda é limitada, e as pessoas com deficiência frequentemente enfrentam dificuldades adicionais ao buscar reparação judicial. A falta de acesso à informação sobre direitos e a complexidade dos sistemas de denúncia online contribuem para a baixa efetividade das medidas de proteção. Nesse sentido, é crucial fortalecer os mecanismos de denúncia e simplificar os processos de reclamação, de modo a garantir que as pessoas com deficiência possam acessar a justiça de forma ágil e eficiente.

Além das implicações jurídicas, a ausência de acessibilidade digital pode comprometer a reputação das empresas, que, ao não atenderem aos padrões inclusivos, violam

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/8078.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

¹⁷ BRASIL, ref. 7.



princípios éticos e sociais amplamente aceitos. Empresas que não priorizam a acessibilidade tendem a enfrentar pressão crescente para ajustar seus serviços às necessidades de todos os usuários, o que pode resultar em sanções, multas e perdas financeiras decorrentes de ações judiciais de consumidores lesados. As empresas devem estar cientes de que, ao ignorar as necessidades das pessoas com deficiência, não só prejudicam a experiência do usuário, mas também expõem sua marca ao risco de ações públicas e críticas sociais, o que pode prejudicar sua imagem no mercado competitivo.

Diante desse panorama, é fundamental que as empresas de tecnologia e plataformas digitais adotem uma postura proativa na promoção da acessibilidade e da segurança digital. O cumprimento das normas de acessibilidade não apenas protege as empresas de litígios, mas também contribui para a criação de um ambiente digital mais inclusivo e equitativo, reduzindo as vulnerabilidades enfrentadas pelas pessoas com deficiência e promovendo a plena cidadania digital. As empresas podem implementar estratégias para mitigar riscos e garantir a proteção dos usuários vulneráveis, especialmente os com deficiência visual.

Uma dessas estratégias é o desenvolvimento de interfaces de usuário que sejam compatíveis com tecnologias assistivas, como leitores de tela e teclados alternativos. Isso inclui a criação de *websites* e aplicativos que garantam uma navegação intuitiva, com elementos interativos que sejam identificados corretamente por softwares de leitura. Além disso, é crucial que as empresas adotem medidas de segurança cibernética robustas, incluindo a implementação de autenticação de múltiplos fatores e criptografia de dados, para proteger as informações dos usuários, especialmente aqueles mais vulneráveis a fraudes digitais, como pessoas com deficiência visual.

As empresas também podem promover campanhas de conscientização sobre segurança digital direcionadas a seus usuários com deficiência. Estas campanhas podem incluir alertas sobre os riscos de *phishing*, fraudes e golpes financeiros, utilizando formatos acessíveis, como vídeos com áudio descritivo, materiais em braile digital e fontes ampliadas. Além disso, é importante que os canais de atendimento ao cliente sejam completamente acessíveis, oferecendo suporte técnico eficiente e com profissionais treinados para lidar com as necessidades de usuários com deficiência visual.

Outro ponto importante é a criação de um processo ágil e eficiente de resposta a incidentes de fraude ou violação de segurança. As empresas devem fornecer meios rápidos e seguros para que os usuários reportem incidentes, com garantias de que as denúncias serão tratadas com a urgência necessária. A implementação de plataformas de denúncias *online* acessíveis e a disponibilização de suporte telefônico inclusivo são medidas essenciais para

garantir que todos os usuários, independentemente de suas limitações, possam buscar reparação de forma justa e eficaz.

Essas ações não apenas protegem os direitos dos consumidores com deficiência, mas também reforçam o compromisso das empresas com a inclusão social, estabelecendo um ambiente digital mais seguro, acessível e ético para todos. O investimento contínuo em práticas inclusivas e na melhoria da acessibilidade digital contribuirá para o fortalecimento da confiança do usuário e para a construção de um mercado digital mais justo e responsável.

CONCLUSÃO

A acessibilidade digital constitui um direito fundamental para as pessoas com deficiência, assegurando não apenas sua inclusão social, mas também o pleno exercício de sua cidadania no ambiente virtual. Com a crescente digitalização de serviços e atividades cotidianas, garantir o acesso igualitário a essas plataformas é imprescindível para a promoção da autonomia e da equidade entre os indivíduos.

Ao longo deste trabalho, foi possível destacar a importância da acessibilidade digital para a inclusão e proteção das pessoas com deficiência no espaço online. O estudo inicial dos fundamentos legais demonstrou que tanto a legislação nacional quanto os tratados internacionais, como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, já reconhecem o direito à acessibilidade como um pilar da igualdade de oportunidades. Esses documentos, em conjunto com diretrizes técnicas como as *Web Content Accessibility Guidelines* (WCAG), formam um sólido arcabouço normativo que visa a assegurar o acesso pleno ao ambiente digital.

No entanto, o estudo evidenciou que, apesar da existência dessas normas, sua implementação ainda enfrenta diversos obstáculos. O avanço da acessibilidade digital tem sido dificultado tanto por limitações técnicas quanto culturais, e muitas plataformas digitais permanecem excludentes, perpetuando barreiras que deveriam ser superadas. A falta de comprometimento por parte das empresas e desenvolvedores é um dos principais desafios para garantir a equidade no acesso ao mundo digital.

Adicionalmente, foi analisada a vulnerabilidade das pessoas com deficiência diante da falta de acessibilidade digital, o que as expõe a um maior risco de golpes e fraudes no ambiente online. Nesse sentido, o trabalho examinou as responsabilidades das plataformas digitais à luz da legislação brasileira, enfatizando que a omissão em garantir acessibilidade pode ser vista como uma violação de direitos fundamentais, ensejando responsabilizações



civis e reparações. Ainda que existam mecanismos legais de proteção, como o Código de Defesa do Consumidor e o Marco Civil da Internet, é urgente fortalecer esses instrumentos para garantir maior segurança e proteção às vítimas.

Portanto, fica claro que promover uma verdadeira cultura de acessibilidade digital exige mais do que o simples cumprimento de normas formais. A criação de ambientes inclusivos deve ser uma prioridade compartilhada por governos, empresas e desenvolvedores, que precisam adotar uma postura proativa na eliminação das barreiras digitais. Além disso, é essencial ampliar a conscientização sobre a importância da acessibilidade, de modo a engajar toda a sociedade na construção de um ambiente digital mais inclusivo e seguro.

Conclui-se, assim, que a acessibilidade digital é indispensável para garantir a plena participação das pessoas com deficiência no ambiente online, com autonomia, segurança e igualdade de condições. O desafio de promover a inclusão digital requer um esforço conjunto, que vai desde o desenvolvimento de tecnologias acessíveis até a implementação de políticas públicas eficazes, visando assegurar que os direitos dessas pessoas sejam respeitados e que sua vulnerabilidade seja minimizada. Somente com a combinação desses esforços será possível garantir que as pessoas com deficiência possam usufruir de todos os benefícios do mundo digital, com dignidade e cidadania plena.

REFERÊNCIAS

BARROS, S., *et al.* Digitalizando a Inclusão Social: o caso do Liceu de Artes e Ofícios da Bahia. In: JAMBEIRO, O.; SILVA, H.P.; BORGES, J. (org.). **Cidades Contemporâneas e Políticas de Informação e Comunicações**. Salvador: Ed. UFBA, 2007.

BRASIL. **Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004**. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/8078.htm. Acesso em: 19 set. 2024.



BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Governo Digital. **Acessibilidade Digital.** Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/acessibilidade-e-usuario/acessibilidade-digital>. Acesso em: 12 ago. 2024.

CARTA CAPITAL. **Acessibilidade digital ainda desafia 54% das empresas no Brasil.** 23 jun.2024. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/do-micro-ao-macro/acessibilidade-digital-ainda-desafia-54-das-empresas-no-brasil/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

GONÇALVES, V. H. P. **Marco civil da internet comentado.** São Paulo: Atlas, 2017.

W3C BRASIL. **Diretrizes de Acessibilidade para Conteúdo Web (WCAG) 2.1.** Disponível em: <https://www.w3c.br/traducoes/wcag/wcag21-pt-BR/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

WOLFGANG, Hoffmann-Riem. **Teoria Geral do Direito Digital.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 158. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642267/>. Acesso em: 19 ago. 2024.



RECUPERAÇÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE A EFETIVIDADE DO INSTITUTO E AS SINGULARIDADES DAS COMPANHIAS AÉREAS

Gabriel de Abreu Marinatto

Graduado pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Advogado.

Resumo – com a vigência da Lei nº 11.101/05, foi permitida às empresas de aviação a possibilidade de pedir recuperação judicial. Um dos primeiros processamentos desse instituto visto em solo brasileiro foi de uma empresa aérea, cujos desdobramentos culminaram em alterações legislativas que tornaram praticamente inviável, para este seguimento em específico, a aplicação do instituto. Neste trabalho, procura-se entender o motivo para a efetivação de tais alterações legislativas, demonstrando-se, com o estudo de casos concretos, como tais mudanças subvertem os princípios basilares do direito recuperacional. Após, discute-se algumas das pontuais reformas feitas pela Lei nº 14.112/20, e como uma maior aproximação com o direito norte-americano pode ser a solução para a resolução dos problemas encontrados – tornando, em última instância, o mercado aeronáutico brasileiro mais atrativo para o aporte de capital.

Palavras-chave – Direito Empresarial. Recuperação Judicial. Empresas de aviação. Lei nº 11.101/05. Lei nº 14.112/20.

Sumário – Introdução. 1. As disposições do artigo 199 da Lei nº 11.101/05 e a inviabilidade do processo de recuperação judicial nas companhias aéreas; 2. Vulnerabilidade empresária: um retrato de extinções de companhias e seu impacto no setor aeronáutico brasileiro; 3. Vigência da Lei nº 14.112/20 e a aproximação ao microsistema recuperacional norte-americano. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico busca analisar o processamento da recuperação judicial no que concerne às empresas de aviação, sob à luz dos entraves legislativos impostos pela Lei nº 11.101/05. As exceções feitas a essas empresas - por meio das quais os bens essenciais à atividade ficam desprotegidos - tornam a utilização do instituto praticamente inviável, deixando as companhias aéreas ao arbítrio dos credores e das flutuações do mercado.

Com esse propósito, abordam-se as posições doutrinárias sobre a matéria, em adição à apresentação de casos práticos em que empresas aéreas tiveram a falência decretada no Brasil.

O instituto da recuperação judicial é uma ferramenta amplamente utilizada por sociedades empresárias para consolidar o processo de soerguimento financeiro. Sua premissa é a abertura de uma via negocial direta entre a empresa devedora e seus credores,



de modo a permitir a reversão do estado de crise econômica da empresa sem a necessidade de fechamento das unidades produtivas.

Trata-se da inauguração de uma fase de valia notória à atividade empresária, em que se reconhece a importância da prática empresarial para a sociedade, em consonância com os ditames constitucionais que privilegiam a ordem econômica, a função social.

O tema é absolutamente relevante tanto na doutrina quanto na jurisprudência, merecendo completa atenção. Isso porque os contínuos insucessos relativos aos procedimentos recuperacionais dessas empresas no Brasil causam insegurança no mercado, impedindo a criação de novas companhias e a potencial instalação de empresas estrangeiras.

O primeiro capítulo do presente trabalho se inicia com a apresentação dos obstáculos legislativos apresentados pela Lei nº 11.101/05 ao processamento da recuperação, com a exposição dos motivos pelos quais ela é desaconselhada para empresas desse ramo.

No segundo capítulo, examina-se a situação de vulnerabilidade da atividade empresária. Além dos aludidos embaraços legais, é importante registrar que o ramo aeronáutico, por si só, possui diversos fatores que tornam o mercado de difícil exploração. O principal resultado desse cenário é uma grave crise no setor, com o encerramento das atividades de diversas companhias em solo brasileiro.

O terceiro capítulo aponta os principais aspectos trazidos pela Lei nº 14.112/20, analisando se estes são suficientes para uma futura mudança de cenário. As novidades legislativas, moldadas à semelhança do processo de recuperação judicial norte-americano, denotam preocupação do legislador em instituir ferramentas de financiamento para o devedor, estimulando a realização de investimentos e maior fluxo de caixa.

O presente trabalho é elaborado por meio do método explicativo, considerando que o pesquisador busca apurar as causas para a formação da situação-problema apresentada, justificando seus fatores e, também, apresentando eventuais soluções.

Sem embargo, o objeto desta pesquisa utiliza uma abordagem qualitativa, em que o pesquisador se vale da bibliografia pertinente à matéria na fase exploratória da pesquisa, para expor e defender sua tese.



1. AS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 199 DA LEI Nº 11.101/05 E A INVIABILIDADE DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL NAS COMPANHIAS AÉREAS

A equação entre empresas aéreas e o direito recuperacional e falimentar sempre se mostrou de difícil resolução. O legislador foi – e ainda é – bastante reticente no tocante à possibilidade de utilização desses institutos por tais empresas, com o intuito de afastar àquelas cujo soerguimento é absolutamente inviável.

Historicamente, o Código Brasileiro de Aeronáutica, regido pela Lei nº 7.565/86¹, proibia expressamente a utilização do instituto da concordata - antecessora da recuperação judicial, prevista na antiga Lei de Falências - às empresas que prestassem serviços aéreos de qualquer natureza. Esta era a redação do art. 187, revogado pela Lei nº 14.368/22².

Com o advento da Lei nº 11.101/05³, o raciocínio do legislador foi preventivo: de acordo com o art. 198, aqueles que não podiam requerer concordata por dispositivo de lei específica também ficariam proibidos de requerer recuperação judicial ou extrajudicial. No artigo seguinte, todavia, o legislador excepcionou as empresas aéreas, permitindo que se valessem de tais institutos. O parágrafo único desse artigo, ainda, previa em sua redação original que em nenhuma hipótese ficaria suspenso o exercício de direitos derivados de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves, ou de suas partes.

Antes de prosseguir, é importante asseverar sobre a importância dos contratos de arrendamento no meio aeronáutico. Isso ocorre porque a principal forma de aquisição de bens por parte das companhias aéreas ocorre por meio desta modalidade contratual, que se traduz em uma forma maleável de financiamento, tornando o valor desembolsado para a formação da frota substancialmente menor.

¹BRASIL. **Lei nº 7.565, de 10 de dezembro de 1986.** Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: https://planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7565compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.565%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201986.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20C%C3%B3digo%20Brasileiro%20de%20Aeron%C3%A1utica.&text=Art.,C%C3%B3digo%20e%20pela%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20complementar. Acesso em: 29 ago. 2024.

²BRASIL. **Lei nº 14.368, de 14 de junho de 2022.** Altera a Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/___Ato2019-2022/2022/Lei/L14368.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

³BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

Isso porque algumas características do mercado da aviação civil revolvem sob o fato de que, ainda que as companhias trabalhem com níveis elevados de receita, costumam operar com ínfimas margens de lucro. Trata-se de negócio que requer grande mobilização de capital, pois exige altíssimos investimentos. Adicione-se, ainda, o fato de que o mercado de fabricação de aeronaves é centralizado em poucas empresas – como Airbus, Embraer e Boeing - de modo que os preços para a aquisição de equipamentos são bastante altos.

Em linhas gerais, sobre o contrato de *leasing*, Victor Eduardo Rios Gonçalves preconiza:

O arrendamento mercantil ou ‘leasing’ é o contrato segundo o qual uma pessoa jurídica arrenda a uma pessoa física ou jurídica, por tempo determinado, um bem comprado pela primeira de acordo com as indicações da segunda, cabendo ao arrendatário a opção de adquirir o bem arrendado findo o contrato, mediante um preço residual previamente fixado.⁴

No Brasil, os contratos de arrendamento mercantil são regidos pela Lei nº 6.099/74⁵, que os divide em três espécies: a primeira é o *leasing* financeiro, em que existem três figuras: (i) a arrendatária, que indica o bem a ser comprado e terá a posse direta do bem; (ii) o arrendador, que compra o bem e o aluga à arrendatária e (iii) o fornecedor, de quem a arrendadora adquire o bem. A segunda espécie é o *leasing* operacional, ocasião em que não há a figura do fornecedor, pois o objeto do contrato é pertencente ao arrendador. A terceira é o *leasing* de retorno, ou *lease back*, em que o proprietário do bem que se deseja arrendar o vende a outra pessoa que, por sua vez, arrenda-o ao antigo proprietário.

Feitas tais considerações, é necessário asseverar sobre o primeiro grande pedido de recuperação judicial, que foi da Viação Aérea Rio Grandense (VARIG S.A), empresa aérea tradicionalmente brasileira com grande espaço mercado aeronáutico. Apesar da

⁴GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito empresarial:** títulos de crédito e contratos mercantis. V. 22. Rio de Janeiro, Grupo GEN, 2019. *E-book. apud* MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁵BRASIL. **Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974.** Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1974. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6099.htm?origin=instituicao#:~:text=LEI%20No%206.099%2C%20DE,mercantil%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 29 ago. 2024.



origem porto-alegrense, o pedido foi protocolado no Rio de Janeiro, local do principal estabelecimento da companhia, como dispõe o art. 3º da Lei nº 11.101/05⁶.

Com o deferimento do processamento da recuperação judicial da companhia – e, consequentemente, o início da vigência do *stay period*, intervalo em que ficam suspensas as execuções contra a recuperanda, não se podendo retirar bens essenciais de seu patrimônio –, algumas empresas de *leasing* de aeronaves ingressaram com medidas de reintegração de posse, justamente com fulcro no parágrafo único do art. 199 da Lei nº 11.101/05⁷.

Nesse sentido, após muita discussão entre as empresas arrendadoras e a companhia, chegou-se à conclusão pelo indeferimento de tais pedidos. A justificativa para tanto era que o arrendamento firmado pela companhia aérea era da modalidade operacional, ao passo que o parágrafo único do art. 199 da Lei nº 11.101/05⁸ versava apenas sobre os arrendamentos mercantis (ou seja, financeiros).

Adicione-se, também, o fato de o Código Brasileiro de Aeronáutica fazer distinção entre as duas modalidades de arrendamento. Para o *leasing* operacional, o Código utilizava a expressão “arrendamento”; e para o *leasing* financeiro, utilizava a expressão “arrendamento mercantil”. Um exemplo da diferença de tratamento entre tais modalidades consistia na redação do art. 137, revogado também pela Lei nº 14.368/22⁹.

Diante dos insucessos junto a varas cíveis e empresariais no Rio de Janeiro, iniciou-se uma forte pressão para que fosse alterado o parágrafo único do art. 199 da Lei nº 11.101/05¹⁰, o que foi feito em novembro de 2005. Dessa vez, ao final do dispositivo, foi incluída a expressão “qualquer outra modalidade de arrendamento de aeronaves ou de outras partes”, de modo que o meio utilizado para a celebração do contrato de arrendamento não mais influenciasse nos efeitos da disposição do *caput* do artigo.

⁶BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁷BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁸*Ibid.*

⁹BRASIL. **Lei nº 14.368, de 14 de junho de 2022**. Altera a Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/___Ato2019-2022/2022/Lei/L14368.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁰BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. *Op. cit.*

Além de tal alteração, a Lei nº 11.196/05¹¹ também foi responsável pela inclusão de mais dois parágrafos ao art. 199 – renumerando, assim, o antigo parágrafo único, que passou a ser o primeiro -. A primeira inclusão – parágrafo segundo – passou a determinar que os créditos decorrentes de tais contratos não se submeteriam à recuperação judicial, ainda que existentes e devidos antes de seu pedido. Significa dizer, nesse sentido, que os aluguéis devidos em função da vigência de contrato de arrendamento pela arrendatária ao arrendador continuariam a ser pagos, independente da hipótese de suspensão prevista no *stay period*. Por sua vez, a segunda inclusão fez menção à falência, determinando que os direitos de propriedade de tais contratantes prevaleceriam sobre os demais.

Tais modificações, nessa linha de ideias, apenas tornaram praticamente impossível aquilo que já era considerado difícil. Isso porque, como visto acima, praticamente toda a frota de aeronaves de uma companhia aérea é composta de contratos de arrendamento. Em tese, o processamento de uma recuperação judicial deveria conferir proteção à empresa, protegendo seu patrimônio e evitando grandes perdas em seu fluxo de caixa.

O principal mantra da recuperação judicial – que foi a grande novidade trazida por este instituto – é a manutenção da unidade produtiva, com a abertura de negociação de uma via de negociação direta entre a empresa recuperanda e seus devedores, sem que esta precise interromper suas atividades.

Gladston Mamede, nesse esboço, leciona que:

uma das metanormas que orienta o Direito Empresarial é o princípio da preservação da empresa, cujos alicerces estão fincados no reconhecimento da sua função social. Por isso, a crise econômico-financeira da microempresa é tratada juridicamente como um desafio passível de recuperação, ainda que se cuide de atividade privada, regida por regime jurídico privado.¹²

É possível depreender, assim, uma evidente contrariedade: se, por um lado, o instituto prega a superação do estado de crise econômico-financeira por meio da manutenção de suas atividades, por outro lado, confere aos credores a possibilidade de reaver os bens essenciais à tal execução a qualquer momento, de forma discricionária, gerando impacto direto em seu fluxo de caixa e prejudicando sua atuação.

¹¹BRASIL. **Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPES [...] altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2004-2006/2005/Lei/L11196.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹²MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book*.



Além da possibilidade de perda de tais bens a qualquer momento, as empresas aéreas beneficiárias da recuperação também ficam obrigadas ao pagamento dos valores atinentes à sua utilização, sem que haja qualquer tipo de suspensão para renegociação.

A respeito do tema, Marcelo Sacramone¹³ demonstra que, ainda que a regra geral seja a submissão de todos os créditos à recuperação, aqueles decorrentes de contratos de arrendamento referentes a aeronaves não se submetem à recuperação. Significa dizer que as ações e execuções que versem sobre tais pontos continuam a tramitar, apesar de serem bens de capital essenciais ao desempenho da atividade empresarial, por simples opção legislativa.

Desse modo, é patente a inviabilidade do processamento de recuperação judicial quanto às empresas aéreas, considerando a possibilidade de perda de bens essenciais a qualquer tempo, com direto impacto nas finanças – já prejudicadas – da empresa em recuperação.

2. VULNERABILIDADE EMPRESÁRIA: UM RETRATO DE EXTINÇÕES DE COMPANHIAS E SEU IMPACTO NO SETOR AERONÁUTICO BRASILEIRO

Diante do já difícil cenário imposto pela redação original da Lei nº 11.101/05¹⁴, assim como os entraves legislativos promulgados à custa do processamento da recuperação judicial da VARIG, é possível perceber uma grande vulnerabilidade à atividade empresarial no setor aeronáutico no Brasil.

Tal afirmação vai além das dificuldades encontradas pelas companhias no que concerne ao direito recuperacional: faz parte, também, de um contexto de crise econômica. Os custos para o funcionamento de uma empresa aérea são notadamente altos, e o fato de um dos instrumentos de proteção – recuperação judicial – serem inofensivos apenas torna a situação pior.

Nesse sentido, é importante reconhecer que a pandemia da COVID-19 agravou alguns problemas que o setor já enfrentava. Além dos próprios custos com arrendamento e manutenção de aeronaves, o chamado querosene de aviação (QAV) também responde por grande parte dos dispêndios encontrados. Vale ressaltar que as despesas, para esse

¹³SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentário à lei de recuperação de empresas e falência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. *E-book*.

¹⁴BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

setor, são empenhadas em dólar, tanto para os contratos de arrendamento - diante do fato da maioria das fabricantes e arrendadoras serem empresas estrangeiras - quanto ao querosene, que depende da cotação internacional do petróleo.

Esses fatos apenas são potencializados quando se chega à conclusão de que as empresas aéreas, para atuarem no mercado brasileiro, não possuem possibilidade de proteção de seu patrimônio. Tudo isso contribui para um cenário em que o mercado se torna pouco atrativo para investimentos, repelindo a entrada de empresas estrangeiras, diante da iminente possibilidade de perda de ativos.

Apesar de alguns incentivos governamentais – como a Lei nº 14.592/23¹⁵, que concedeu isenção de determinados tributos às empresas aéreas e a criação do Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC) pela Lei nº 12.462/11¹⁶ -, pode-se dizer que a crise no setor aeronáutico, no Brasil, é parte de uma realidade concreta.

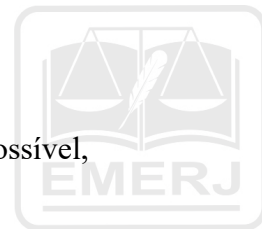
Feitas tais considerações, é vital a análise dos insucessos nos processamentos de recuperação judicial das companhias aéreas, que, de certa forma, contribuíram para o cenário enfrentado atualmente. Retomando ao pioneiro caso da VARIG¹⁷, por exemplo, é possível encontrar diversos problemas durante a tramitação do feito, cujo Plano de Recuperação Judicial foi palco de diversas objeções. A empresa, inclusive, chegou a propor uma alteração no Plano, para que pudesse alienar uma de suas unidades operacionais, o que foi aprovado pelos credores.

O encerramento da recuperação judicial se deu em setembro de 2009, ocasião em que se constatou o cumprimento de todas as obrigações. Contudo, o fluxo de caixa da empresa já se encontrava em queda acentuada, o que culminou em sua falência em agosto

¹⁵BRASIL. **Lei nº 14.592, de 30 de maio de 2023**. [...] reduz a 0% (zero por cento) as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre as receitas decorrentes da atividade de transporte aéreo regular de passageiros. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/___Ato2023-2026/2023/Lei/L14592.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁶BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui [...] a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12462.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo nº 0071323-87.2005.8.19.0001**. Juiz de Direito Alexander dos Santos Macedo, 17 de junho de 2005. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0071323-87.2005.8.19.0001>. Acesso em: 29 ago. 2024.



do ano seguinte. Bem de ver que se tratou de pedido de autofalência, o que é possível, nos moldes do art. 105 da Lei nº 11.101/05¹⁸.

Outro exemplo emblemático de insucesso em recuperações judiciais no setor de aviação é o da Viação Aérea São Paulo (VASP)¹⁹. Junto com a VARIG, foi uma das principais companhias aéreas atuantes no Brasil durante os anos 90, mas não sobreviveu à crise econômica e à tomada do mercado por empresas cujo modelo de gestão revolvía na redução de custos, como a GOL e a TAM. Seu pedido de recuperação judicial também foi em 2005 – em julho - e sua falência foi decretada no ano de 2008.

O fundamento para a decretação da falência foi a ausência de pagamento de créditos trabalhistas dentro do prazo acordado no plano de recuperação judicial. Diferentemente da VARIG, não houve o encerramento do processo de recuperação e depois o pedido de falência – tudo aconteceu nos mesmos autos, pois houve a convalidação de uma em outra, o que é permitido pela Lei nº 11.101/05²⁰.

O caso envolvendo a Avianca Brasil, por outro lado, é um grande retrato recente da complexidade do soerguimento para tais empresas. Isso porque o contexto que envolve a sua trajetória – desde antes do pedido de recuperação judicial até a decretação de sua falência – é bastante peculiar, pois não se tratou de empresa que entrou progressivamente em crise, para depois pedir a recuperação – pelo contrário, a empresa estava em expansão e andava bem, quando subitamente pediu a recuperação judicial.

Fundada em 1998, sob a alcunha de OceanAir Linhas Aéreas – a mudança da razão social para Avianca ocorreu em abril de 2010 -, a Avianca Brasil mostrava progresso até pouco tempo antes do pedido de recuperação judicial, que ocorreu em dezembro de 2018. Um ano antes, em abril, a companhia aérea havia anunciado o início de operações diretas internacionais em duas rotas, ambas saindo de São Paulo – Aeroporto Internacional de Guarulhos (GRU); uma para Santiago e a outra para Miami. Ato contínuo, em dezembro, a companhia inaugurou a rota São Paulo - Nova York, consolidando sua projeção internacional. Em junho de 2018, a Avianca inaugurou rotas para a região Norte do Brasil.

¹⁸BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 0070715-88.2005.8.26.0100**. Juiz de Direito Alexandre Alves Lazzarini. 1º de julho de 2005. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2SZX5RMGR0000&processo.foro=100&process.o.numero=0070715-88.2005.8.26.0100>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁰BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

Em dezembro de 2018, apenas cinco meses após a mais recente expansão, a empresa protocolou seu pedido de recuperação junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo²¹. Nessa época, a empresa declarou um passivo de R\$ 494 milhões, sem incluir os débitos decorrentes dos contratos de arrendamento – em março de 2019, a dívida saltou para R\$ 2,7 bilhões. Em abril do mesmo ano, o Plano de Recuperação Judicial da empresa foi aprovado pelos credores.

Nesse sentido, grande discussão que foi travada durante o processamento da recuperação judicial da empresa foi no tocante a dívidas referentes ao contrato de arrendamento das aeronaves e, também, a necessidade de devolução da frota. Este foi um dos principais motivos para o pedido da recuperação: os arrendadores realizaram diversos pedidos de reintegração de posse, o que gerou intensas discussões no Tribunal bandeirante. Eventualmente, contudo, determinou-se a aplicação literal do art. 199 e parágrafos, da Lei nº 11.101/05²².

Um ponto que facilitou a comunicação entre os credores – pessoas jurídicas estrangeiras – e o processo de recuperação judicial foi uma das reformadas trazidas à Lei nº 11.101/05²³ pela Lei nº 14.112/20²⁴: a insolvência transnacional. Trata-se de ferramenta que busca simplificar a comunicação entre credores situados em jurisdições distintas – ou, ainda, nos casos em que haja ativos do devedor fora do país. Tem-se, assim, um sistema de cooperação, à semelhança das normas sobre cooperação internacional, previstas no Código de Processo Civil.

Diante da diminuição cada vez mais latente em sua frota de aeronaves, junto da suspensão de suas atividades, ocorrida em maio de 2019, a Avianca teve sua falência decretada em julho de 2020. Assim como no caso da VASP, houve convalidação do processo

²¹BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 1125658-81.2018.8.26.0100**. Juiz de Direito Tiago Henriques Papaterra Limongi, 10 de dezembro de 2018. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000YK350000&processo.foro=100&uuidCapcha=sajcaptcha_0f3b9215f0914472b59ff26caa1b520b. Acesso em: 29 ago. 2024.

²²BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

²³BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁴BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020**. Altera as Leis n os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Lei/L14112.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.



de recuperação judicial em falência, diante da impossibilidade de arcar com as obrigações contidas no Plano de Recuperação.

Tais histórias, assim, refletem um cenário de absoluta descrença na efetividade do instituto, fazendo com que cada vez menos empresas aéreas se utilizem dele no país. Por conta dos obstáculos legislativos que apenas pioraram com o caso VARIG – aliado à crise mundial no setor –, chega-se à conclusão de que a recuperação judicial é altamente ineficiente no tocante ao soerguimento de empresas aéreas. Por opção, o legislador tomou decisões que deixam as companhias sem qualquer tipo de proteção, repelindo investimentos e tornando a crise do mercado aeronáutico cada vez mais evidente.

3. VIGÊNCIA DA LEI Nº 14.112/20 E A APROXIMAÇÃO AO MICROSSISTEMA RECUPERACIONAL NORTE-AMERICANO

A Lei nº 11.101/05²⁵ foi profundamente alterada pela Lei nº 14.112/20²⁶. Dentre as diversas modificações implantadas, observou-se maior atenção do legislador quanto à possibilidade de realização de financiamentos pelo devedor, com a inclusão do chamado *DIP Financing*, ou financiamento DIP.

Antes da reforma, a legislação era absolutamente silente no tocante à possibilidade de realização de financiamentos pelo devedor. Por isso, não se pode dizer que os financiamentos, antes, eram proibidos; a despeito da omissão da legislação, eles poderiam acontecer, ainda que fossem mais raros – apenas a título de exemplo, havia a previsão de financiamento na recuperação judicial da OGX²⁷, ainda antes da vigência da Lei nº 14.112/20. Isso porque, como o devedor está em processo de recuperação judicial, torna-se pouco atrativa a realização de financiamentos, sobretudo pela falta de garantias para o pagamento dos valores.

²⁵BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁶BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.** Altera as Leis n.os 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/___Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001.** Juiz de Direito Gilberto Clóvis Farias Matos. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0377620-56.2013.8.19.0001>. Acesso em: 29 ago. 2024.

Previamente à reforma, o assunto era tratado de forma genérica e pontual, em dispositivos espalhados. O art. 66 da Lei nº 11.101/05²⁸ previa que, depois da distribuição do pedido de recuperação, o devedor não poderia alienar direitos de seu ativo permanente sem anterior previsão no Plano de Recuperação sem autorização judicial, com a oitiva do Comitê de Credores, órgão facultativo representante de seus interesses. O artigo seguinte, por sua vez, determina que os créditos decorrentes de contrato de mútuo – como, por exemplo, o financiamento – não seriam submetidos aos efeitos da recuperação judicial.

A necessidade de cumprimento de diversas etapas, aliada à incipiente previsão legal, afastava a realização de tais investimentos. A maior preocupação do legislador, assim, foi criar uma ferramenta que possibilitasse a realização de financiamentos pelo devedor – permitindo, assim, maior injeção de fluxo de caixa, com o aumento de capital de giro –, com a inclusão de algumas garantias que tornassem tal modalidade atrativa para os financiadores.

O DIP – *debtor-in-possession* – surgiu neste cenário. Topograficamente, está localizado do art. 69-A ao art. 69-F da Lei nº 11.101/05²⁹. Trata-se de modalidade de financiamento que pode ser utilizada durante o curso da recuperação judicial, cujo contrato deve ser autorizado por decisão do juízo recuperacional. Nesse sentido, uma das formas de tornar tal modalidade mais atrativa é, justamente, a disposição do art. 69-B, que diz que o crédito referente ao financiamento não se sujeitará aos efeitos da recuperação, ainda que a decisão que autorize a contratação seja modificada pelo Tribunal.

Trata-se, nas palavras de Marcelo Sacramone³⁰, de ato de limitação do risco jurídico, pois a possibilidade de revogação da decisão judicial concessiva do financiamento pode inviabilizar, por completo, a celebração do contrato.

O financiamento também poderá ser garantido, seja pela oneração ou por alienação fiduciária. Ele pode, ainda, atingir bens do próprio devedor em recuperação judicial, desde que pertencente ao seu ativo não circulante. Caso a recuperação judicial seja convolada em falência – diz a lei – o contrato de financiamento é considerado

²⁸BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁹BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

³⁰SACRAMONE, *ref.* 13.



automaticamente rescindido, cujas garantias constituídas são conservadas até o limite dos valores entregues ao devedor antes da data da convolação.

Outra inovação importante faz menção aos legitimados para a concessão do financiamento – qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, está apta a realizá-lo, inclusive eventuais credores, cujos valores estejam ou não sujeitos à recuperação judicial. Além disso, até sócios e integrantes do grupo devedor – se for o caso – podem realizar o financiamento, cabendo ao juízo recuperacional – detentor do poder de cautela – a análise casuística da celebração do contrato de financiamento, com base nos ditames da boa-fé objetiva.

Este modelo de financiamento foi importado, assim como o próprio instituto da recuperação judicial, do direito norte-americano. Trata-se de alternativa interessante às recuperações judiciais de empresas aéreas, já que estas demandam alto fluxo de capital para que possam continuar a prestar seus serviços.

Nesse sentido, é importante avaliar que os pedidos de recuperação judicial de empresas aéreas é mais comum em solo norte-americano. Isso porque, ainda que o Brasil tenha importado o instituto dos Estados Unidos, existem pontuais diferenças que tornam o processo mais célere e vantajoso por lá.

Inicialmente, é importante ressaltar que a legitimidade para a apresentação dos pedidos de recuperação, nos EUA, é ampla. Tanto o devedor – por meio de petição voluntária – quanto os próprios credores – por meio de petição involuntária – podem pedir a recuperação judicial. O pedido feito pelo devedor, nesse sentido, é realizado por meio de petição simples de reorganização.

Aqui, podem ser percebidas duas diferenças: a primeira é relativa à legitimidade ativa, pois, nos EUA, os credores também podem pedir recuperação judicial. Não se trata de medida comum, no entanto – Marcelo Sacramone³¹ atesta que “apesar da faculdade legal do *involuntary petition*, a maioria dos pedidos de reorganização, mais de 99%, é realizada pelos próprios devedores, com apenas pequeno percentual de pedidos formulados pelos credores”.

A segunda diferença faz menção à documentação necessária para o pedido de recuperação. Nos EUA, basta que o polo ativo apresente simples requerimento, sem que seja necessária a apresentação de vários documentos; no Brasil, a lista de documentos –

³¹SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Recuperação judicial:** dos objetivos ao procedimento. Incentivos regulatórios do sistema de insolvência brasileiro. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. *E-book*.



na forma do art. 51 da Lei nº 11.101/05³² - é muito extensa, tornando o procedimento deveras burocrático. No caso de consolidação processual, ainda – litisconsórcio ativo para o pedido de recuperação judicial, no caso de as sociedades constituírem único grupo -, cada uma das empresas deve apresentar tais documentos de forma individual.

É necessário ressaltar, ainda, que alguns dos documentos previstos no rol do já mencionado art. 51 da Lei nº 11.101/05³³ são muito extensos – tais quais a relação nominal de credores, sujeitos ou não à recuperação judicial, bem como a relação integral dos empregados -, ou, ainda, preservam informações sensíveis – tais como a relação dos bens particulares dos sócios controladores.

Por fim, uma terceira e importante diferença é que, enquanto no Brasil as obrigações decorrentes de contratos de arrendamento mercantil de aeronaves não se sujeitam à recuperação judicial, nos Estados Unidos não há previsão legislativa para tal exceção.

O resultado, nesse sentido, é o relativo sucesso das recuperações de empresas aéreas processadas em solo americano, assim como uma preferência de tais empresas em pedir recuperação judicial por lá. Um exemplo recente é a companhia aérea GOL, que apesar de ser brasileira, em janeiro de 2024, preferiu ingressar com pedido de recuperação judicial apenas nos Estados Unidos³⁴, que foi aceito pela justiça americana. Como exemplos de sucesso de recuperações judiciais na aviação na jurisdição americana, é possível verificar a conclusão do processo da companhia aérea chilena LATAM³⁵, encerrado em novembro de 2022.

³²BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

³³BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

³⁴NAKAMURA, João. **Entenda por que a Gol abriu processo de recuperação judicial nos EUA.** São Paulo, 29 de janeiro de 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/negocios/entenda-por-que-a-gol-abriu-processo-de-recuperacao-judicial-nos-eua/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

³⁵NASCIMENTO, Houldine. GONZAGA, Bernardo. **Latam anuncia saída da recuperação judicial.** 3 de novembro de 2022. Disponível em: [https://www.poder360.com.br/poder-economia/economia/latam-anuncia-saida-da-recuperacao-judicial/#:~:text=A%20Latam%20saiu%20oficialmente%20nesta,York%20em%20junho%20deste%20ano](https://www.poder360.com.br/poder-economia/economia/latam-anuncia-saida-da-recuperacao-judicial/#:~:text=A%20Latam%20saiu%20oficialmente%20nesta,York%20em%20junho%20deste%20ano.). Acesso em: 30 ago. 2024.



CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o trabalho apresentado procurou trazer à baila as principais peculiaridades no tocante ao processamento de recuperações judiciais em empresas aéreas no Brasil, com vistas a demonstrar a insustentabilidade do instituto. Através de fontes doutrinárias e, principalmente, estudos de caso – o que se configura como material jurisprudencial –, procurou-se investigar as principais causas para o insucesso do instituto.

Para além da demonstração de um contexto histórico, também foi necessária a explanação no tocante à importância dos contratos de arrendamento mercantil no meio aeronáutico, sendo esta uma das principais formas utilizadas no mercado para a composição de frotas por parte das empresas aéreas.

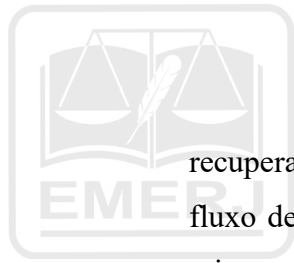
Verificou-se que os desdobramentos de uma das primeiras recuperações judiciais processadas em solo brasileiro – a da Viação Aérea Rio Grandense – foi responsável por significativa alteração legislativa, que praticamente minou as possibilidades de sucesso de qualquer procedimento recuperacional referente a empresas desse ramo.

Observa-se, com a ausência de proteção ao patrimônio destas empresas, a possibilidade de que percam parte de sua frota a qualquer momento durante o procedimento recuperacional. Isso ocorre a despeito da vigência do *stay period*, que busca justamente conferir fôlego de caixa à empresa recuperanda, ao determinar a suspensão das execuções em curso contra o devedor por determinado prazo, a contar da publicação da decisão que deferiu o processamento da recuperação.

Tais questões evidenciam claro desvio aos princípios basilares do direito recuperacional, como o princípio da preservação da empresa, a manutenção da fonte produtora e, ainda, o soerguimento econômico-financeiro da empresa em estado de crise.

Demonstrou-se, também, alguns casos de empresas aéreas que não sobreviveram ao procedimento recuperacional. Dentre eles, merece particular destaque a Avianca, que estava em franca ascensão no mercado nacional quando começou a ter problemas com os contratos de arrendamento de aeronaves. Tais desencontros levaram a companhia a pedir recuperação, e estes permaneceram sendo os principais entraves discutidos durante todo o curso do processo. A empresa teve sua falência decretada em 2020.

Ao final, buscou-se demonstrar algumas das inovações trazidas à Lei nº 11.101/05, por meio da grande reforma feita pela Lei nº 14.112/20. Algumas dessas novidades, espelhadas no direito norte-americano, são benéficas e podem auxiliar os processos de



recuperação a curto prazo – como a possibilidade de aporte de investimentos -, pois geram fluxo de caixa e possibilitam a chegada de “dinheiro novo” aos cofres da empresa em crise.

Apesar da reforma, contudo, conclui-se que o cenário permanece muito difícil para que as empresas aéreas, no Brasil, possam se valer da recuperação judicial. Uma possível solução é uma maior aproximação com o direito norte-americano, em que se verifica resultados positivos com as companhias aéreas que se utilizam do procedimento. Em verdade, não é incorreto afirmar que as empresas evitam pedir a recuperação em solo brasileiro, preferindo passar pelo procedimento apenas nos Estados Unidos - recente exemplo é a Gol, que apesar de brasileira, apenas pediu recuperação por lá.

Sob todos os ângulos que se veja, o atual retrato é preocupante, pois a instabilidade e a falta de proteção ao patrimônio das empresas aéreas faz com que o mercado brasileiro seja pouco atrativo para a instalação de companhias aéreas estrangeiras. De qualquer modo, tal situação tem reflexos não só jurídicos, mas também socioeconômicos, importando em repetidas crises no setor aéreo – o que impacta, de forma direta, no desenvolvimento do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974.** Dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1974. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6099.htm?origin=instituicao#:~:text=LEI%20No%206.099%2C%20DE,mercantil%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 7.565, de 10 de dezembro de 1986.** Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: https://planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7565compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%207.565%2C%20DE%2019%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201986.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20C%C3%B3digo%20Brasileiro%20de%20Aeron%C3%A1utica.&text=Art.,C%C3%B3digo%20e%20pela%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20complementar. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.** Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação –



REPES [...] altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2004-2006/2005/Lei/L11196.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.** Institui [...] a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12462.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020.** Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/2019-2022/2020/Lei/L14112.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.368, de 14 de junho de 2022.** Altera a Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica). Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/2019-2022/2022/Lei/L14368.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.592, de 30 de maio de 2023.** [...] reduz a 0% (zero por cento) as alíquotas da Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Contribuição para o PIS/Pasep) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) incidentes sobre as receitas decorrentes da atividade de transporte aéreo regular de passageiros. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/2023-2026/2023/Lei/L14592.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 0070715-88.2005.8.26.0100.** Juiz de Direito Alexandre Alves Lazzarini. 1º de julho de 2005. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2SZX5RMGR0000&processo.foro=100&processo.numero=0070715-88.2005.8.26.0100>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo nº 1125658-81.2018.8.26.0100.** Juiz de Direito Tiago Henriques Papaterra Limongi, 10 de dezembro de 2018. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S000YK350000&processo.foro=100&uuidCaptcha=sajcaptcha_0f3b9215f0914472b59ff26caa1b520b. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo nº 0071323-87.2005.8.19.0001.** Juiz de Direito Alexander dos Santos Macedo, 17 de junho de 2005. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#!/consultapublica?numProcessoCNJ=0071323-87.2005.8.19.0001>. Acesso em: 29 ago. 2024.



BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001**. Juiz de Direito Gilberto Clóvis Farias Matos. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#!/consultapublica?numProcessoCNJ=0377620-56.2013.8.19.0001>. Acesso em: 29 ago. 2024.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas**. 13. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book*.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NAKAMURA, João. **Entenda por que a Gol abriu processo de recuperação judicial nos EUA**. São Paulo, 29 de janeiro de 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/negocios/entenda-por-que-a-gol-abriu-processo-de-recuperacao-judicial-nos-eua/>. Acesso em: 30 ago. 2024.

NASCIMENTO, Houldine. GONZAGA, Bernardo. **Latam anuncia saída da recuperação judicial**. 3 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poder-economia/economia/latam-anuncia-saida-da-recuperacao-judicial/#:~:text=A%20Latam%20saiu%20oficialmente%20nesta,York%20em%20junho%20deste%20ano>. Acesso em: 30 ago. 2024.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentário à lei de recuperação de empresas e falência**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2023. *E-book*.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Recuperação judicial: dos objetivos ao procedimento. Incentivos regulatórios do sistema de insolvência brasileiro**. São Paulo: Saraiva Jur, 2024. *E-book*.



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE INCÊNDIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E O CONFLITO ENTRE O ÓRGÃO ESPECIAL DO TJRJ E O STF

Gabriel Moura Cury

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Pós-Graduado pela Escola de Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) em Direito
do Consumidor e Responsabilidade Civil.
Advogado.

Resumo – o Estado do Rio de Janeiro realiza a cobrança de taxa de incêndio como contraprestação ao serviço de prevenção e combate a incêndios. A constitucionalidade da cobrança de taxa em razão dos serviços prestados pelos corpos de bombeiros militares, órgãos de segurança pública, é objeto de divergência doutrinária e jurisprudencial. Diante disso, no presente trabalho, visa-se à análise desses posicionamentos divergentes, com a finalidade de sustentar a inconstitucionalidade do referido tributo, considerado sua natureza e base de cálculo, bem como enfrentar o problema da divergência entre o TJRJ e o STF, e suas possíveis soluções processuais.

Palavras-chave – Direito Tributário. Direito Constitucional. Taxa de incêndio. FUNESBOM. Inconstitucionalidade.

Sumário - Introdução. 1. Taxa de incêndio: um debate sobre a divisibilidade e especificidade do serviço de prevenção e combate ao incêndio. 2. A base de cálculo da taxa de incêndio do Estado do Rio de Janeiro à luz da CRFB/88 e do CTN. 3. A problemática da divergência entre o órgão especial do TJRJ e o STF à luz do princípio da isonomia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objeto a análise da (in)constitucionalidade da taxa de incêndio e o conflito entre a decisão do órgão especial do TJRJ e as decisões do STF sobre o tema.

O Estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de custear o serviço de prevenção e combate a incêndio prestado pelo Corpo de Bombeiro Militar, instituiu a taxa de incêndio, destinada ao Fundo Especial do Corpo de Bombeiro Militar do Estado do Rio de Janeiro – FUNESBOM.

Porém, no campo doutrinário, consolidou-se o entendimento de que o serviço de prevenção e combate a incêndio deveria ser custeado mediante impostos, devido a sua indivisibilidade e ausência de especificidade. Já no campo jurisprudencial, a matéria mostrou-se controvertida, de modo que o STF proferiu decisões com fundamentos divergentes daqueles emitidos pelo órgão especial do TJRJ no julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade nº 0000115-34.2020.8.19.0028.

Nesse contexto, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro defende a constitucionalidade da referida taxa, pois ela teria características distintas daquelas de outros estados-membros que foram reconhecidas pelo STF como inconstitucionais. Diante disso, mostra-se necessário analisar as especificidades da taxa de incêndio instituída pelo Estado do Rio de Janeiro, à luz das disposições constitucionais, em confronto com as decisões judiciais sobre o tema.

O tema em questão torna-se ainda mais relevante, diante da recente decisão do STF de afetar o RE 1.417.155 (tema de repercussão geral nº 1.282), reconhecendo a repercussão geral quanto a constitucionalidade das taxas de prevenção e combate a incêndios, busca, salvamento e resgate instituídas por estados-membros.

No primeiro capítulo, busca-se investigar se o serviço de prevenção e combate a incêndio atende aos requisitos de divisibilidade e especificidade exigidos pelo artigo 145, II, da CRFB/88, a fim de estabelecer a constitucionalidade ou não do custeio desse serviço mediante taxa.

Já no segundo capítulo, faz-se uma análise da base de cálculo da taxa de incêndio do Estado do Rio de Janeiro, à luz dos dispositivos constitucionais, para verificar se a forma de cálculo desse tributo observa os parâmetros estabelecidos pela legislação vigente.

Por fim, o terceiro capítulo traz à baila a divergência entre o órgão especial do TJRJ e o STF sobre o tema, enfatizando a possível violação ao princípio da isonomia, bem como investiga as consequências e as possíveis soluções jurídicas a serem adotadas pelos contribuintes. Assim, procura-se fornecer orientações que possam ser úteis tanto para os contribuintes quanto para os operadores do direito.

Dessa forma, tem-se uma visão abrangente sobre a taxa de incêndio, os principais argumentos de ambas as perspectivas, a fim de enriquecer o debate e fornecer informações para os contribuintes, as autoridades e os profissionais do Direito.

A pesquisa segue uma abordagem qualitativa, com objetivo explicativo, buscando analisar o instituto da taxa de incêndio, sua natureza e base de cálculo, a fim de verificar a tese da sua (in)constitucionalidade, e as possíveis consequências para os contribuintes. Para tanto, utiliza-se um procedimento de pesquisa bibliográfica, tendo como fontes a doutrina, a legislação e a jurisprudência.



1. TAXA DE INCÊNDIO: UM DEBATE SOBRE A DIVISIBILIDADE E ESPECIFICIDADE DO SERVIÇO DE PREVENÇÃO E COMBATE AO INCÊNDIO

Entre os tributos previstos na CRFB/88, a taxa se apresenta como espécie tributária que visa remunerar uma atividade do Estado efetivamente prestada ou disponibilizada ao contribuinte.¹ Ela está prevista no artigo 145, II da CRFB/88² e suas normas gerais são estabelecidas pelos artigos 77 a 80 do CTN³.

São duas as espécies de taxa previstas pela legislação: a taxa de fiscalização e a taxa de serviço. A primeira resulta do exercício do poder de polícia administrativa, e a segunda visa remunerar os serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

A competência para a instituição de taxas é do ente federativo que presta o serviço ou exerce a fiscalização. No caso dos serviços prestados pelos Corpos de Bombeiros Militares, caso seja possível a sua cobrança, a taxa deverá ser instituída pelo estado-membro ou pelo Distrito Federal, pois estes órgãos de segurança pública estão subordinados aos Governadores dos estados e do Distrito Federal, na forma do art. 145, § 6º da CRFB/88⁴.

Diante disso, o Estado do Rio de Janeiro instituiu uma taxa para o serviço de prevenção e extinção de incêndios, popularmente conhecida como taxa de incêndio, conforme artigos 104 e 107 do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro – Decreto-Lei nº 5, de 15 de março de 1975⁵, regulamentado pelo Decreto nº 3.856, de 29 de dezembro de 1980⁶.

¹ QUINTANILHA, Gabriel Sant'anna. **Manual de direito tributário**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 30-31

² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 de ago. 2024.

³ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 de ago. 2024.

⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5, de 15 de março de 1975**. Institui o Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1975. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/c8ea52144c8b5c950325654c00612d63/3997a1158a18789d03256aee00647cd6?OpenDocument>. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁶ BRASIL. **Decreto nº 3.856, de 29 de dezembro de 1980**. Regulamenta a cobrança da taxa de serviços estaduais relativa à prevenção e extinção de incêndio. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1980. Disponível em: http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03856.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024.

Porém, o serviço prestado pelos Corpos de Bombeiro Militares é um serviço de segurança pública, exercido para a preservação da ordem pública e para incolumidade das pessoas e do patrimônio, nos termos do artigo 144, V, da CRFB/88⁷.

Com isso, há posicionamento doutrinário no sentido de que se trata de serviço que não preenche os requisitos da divisibilidade e especificidade, exigidos pela legislação vigente, sendo classificado como serviço público geral ou genérico, ou serviço *uti universi*, “no qual os administrados fruem coletivamente da atividade estatal”⁸. Esses serviços devem, portanto, ser remunerados mediante impostos, uma vez que são atividades desenvolvidas em benefício de toda a comunidade⁹.

Com efeito, serviços públicos que comportam cobrança mediante taxa são aqueles específicos e divisíveis, isto é, serviços *uti singuli*. Diz-se específica a atividade estatal utilizada individualmente por cada contribuinte e divisível aquela passível de mensuração desse uso individual.¹⁰

Nessa linha, Luciano Amaro explica que o essencial é, em verdade, a divisibilidade do serviço. Ao se aparelhar para executar o serviço, o Estado cumpre o requisito da especificidade, mas somente quando o segrega das demais tarefas estatais, a eles é possível vincular a cobrança de taxas.¹¹

Feitas essas considerações, percebe-se que o serviço prestado pelos corpos de bombeiros militares é considerado um serviço de segurança pública, conforme artigo 145, *caput* da CRFB/88¹². Tomada em seu sentido normativo, a segurança pública é definida por Lincoln D’Aquino Filocre da seguinte maneira¹³:

Segurança Pública é o conjunto de princípios, norma e valores jurídicos que orientam ações preventivas e reativas, de natureza pública, voltadas ao alcance ou à manutenção da ordem pública e que tem como fim último proporcionar os indivíduos, na convivência social a fruição das relações e que tem como fim último proporcionar aos

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 de ago. 2024.

⁸ COSTA, Regina Helena. **Código tributário nacional comentado**: em sua moldura constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 197.

⁹ QUINTANILHA, Gabriel Sant’anna. **Manual de direito tributário**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 38

¹⁰ COSTA, Regina Helena. **Código tributário nacional comentado**: em sua moldura constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 197.

¹¹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book.

¹² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 de ago. 2024.

¹³ FILOCRE, Lincoln D. **Direito Policial Moderno: Polícia de Segurança Pública no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Grupo Almedina, 2017. E-book.



indivíduos, na convivência social, a fruição de relações pautadas no direito básico de liberdade, garantidas a segurança jurídica – proteção contra repressão autoritária do Estado – e a segurança material – proteção contra agressões de todo tipo.

Nota-se, portanto, que é uma atividade destinada a toda a coletividade¹⁴, pois a função dos órgãos de segurança pública é evitar a violação de direitos, não se limitando a atender o cidadão, individualmente¹⁵.

De fato, quando se trata de incêndio, ele não tem o potencial de apenas afetar determinado proprietário, titular do domínio útil ou possuidor, a qualquer título, da unidade imobiliária, os quais são considerados contribuintes da taxa de incêndio do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do artigo 3º do Decreto nº 3.856, de 29 de dezembro de 1980¹⁶.

O incêndio é “o fogo intenso que tem forte poder de destruição e de causação de prejuízos”¹⁷, é algo capaz de se propagar por radiação, convecção, condução e, também, por projeção das partículas inflamadas pelo vento¹⁸.

Apesar de gerar danos à propriedade privada, o incêndio também atinge uma gama indeterminada de pessoas. Dessa forma, não há como atribuir apenas aos contribuintes da taxa, em razão da titularidade de direitos sobre a propriedade, os custos pelo serviço que beneficiam a comunidade como um todo.

Reforça essa compreensão, o fato do crime de incêndio, tipificado no artigo 250 do Código Penal¹⁹, ser considerado um crime contra a incolumidade pública. Trata-se de crime vago, que tem como sujeito passivo toda a sociedade²⁰.

Assim, considerando a potencialidade lesiva do incêndio, passível de atingir sujeitos indeterminados, bem como a própria natureza dos serviços de segurança pública prestados pelos Corpos de Bombeiros Militares, tem-se que o serviço de combate a incêndio não atende o requisito de divisibilidade, constitucionalmente exigido.

¹⁴ FILOCRE, Lincoln D. **Direito Policial Moderno**: Polícia de Segurança Pública no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Grupo Almedina, 2017. E-book.

¹⁵ QUINTANILHA, Gabriel Sant’anna. **Manual de direito tributário**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 38.

¹⁶ 16 BRASIL. **Decreto nº 3.856, de 29 de dezembro de 1980**. Regulamenta a cobrança da taxa de serviços estaduais relativa à prevenção e extinção de incêndio. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1980. Disponível em: http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03856.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de S. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book.

¹⁸ PORTUGAL. Serviço Regional de Proteção Civil e Bombeiros dos Açores. **Riscos naturais incêndios**. Disponível em: <https://www.prociv.azores.gov.pt/sensibilizacao/riscos/ver.php?id=4>. Acesso em: 10 ago. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

²⁰ NUCCI. *Op. Cit.*

Trata-se, portanto, de serviço *uti universi*, que tem como beneficiários toda a coletividade, não podendo seu custo ser atribuído há apenas uma parcela dos usuários do serviço, de modo que deve ser custeado pela receita dos impostos, estes sim tributos não vinculados a uma atividade estatal.

Esse, porém, não foi o entendimento do órgão especial do TJRJ, ao julgar o incidente de arguição de inconstitucionalidade nº 0000115-34.2020.8.19.0028²¹. Na ocasião, o Tribunal entendeu que o fato da taxa de incêndio incidir sobre imóveis construídos confere ao tributo o caráter de divisibilidade, pois passível de utilização separada por cada usuário.

Parece, no entanto, que o Tribunal ignorou a própria natureza do serviço de segurança pública e a capacidade do incêndio de lesionar terceiros, estranhos a relação tributária. Ainda, está em desconformidade com o tema de repercussão geral nº 16 do STF, que teve como *leading case* o Recurso Extraordinário nº 643.247 – SP²², sendo fixada a seguinte tese:

A segurança pública, presentes a prevenção e o combate a incêndios, faz-se, no campo da atividade precípua, pela unidade da Federação, e, porque serviço essencial, tem como a viabilizá-la a arrecadação de impostos, não cabendo ao Município a criação de taxa para tal fim.

A referida decisão, apesar de tratar da incompetência dos Municípios para a instituição da taxa de incêndio, deixou claro que a prevenção e combate a incêndio é serviço essencial a ser custeado por impostos. Ainda assim, alguns estados-membros, entre eles o Estado do Rio de Janeiro, permanecem efetuando a cobrança de taxa de incêndio, levando o STF a afetar o Recurso Extraordinário nº 1.417.155- RG²³ para rediscutir a matéria.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (órgão especial). **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000115-34.2020.8.19.0028**. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETOS Nº 3856 E Nº 23695 - TAXA DE INCÊNDIO COBRADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – CONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO – REJEIÇÃO DO INCIDENTE – Incidente de arguição de inconstitucionalidade no bojo de ação declaratória de inexistência de débito. Questão prejudicial envolvendo a análise da constitucionalidade da taxa de incêndio cobrada pelo Estado do Rio de Janeiro. Remessa dos autos ao Órgão Especial por força de cláusula constitucional de reserva de plenário. Constitucionalidade da taxa de incêndio que se reconhece [...]. Relator: Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos, 05 de julho de 2021. Disponível em:

<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000404B64E3CCD5858E46BD3BA3435D69DAEC50F345B0435&USER=>. Acesso em: 10 ago. 2024.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 643.247/ SP. TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO – INADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL**. Descabe introduzir no cenário tributário, como obrigação do contribuinte, taxa visando a prevenção e o combate a incêndios, sendo imprópria a atuação do Município em tal campo. Relator Ministro Marco Aurélio, 01 de agosto de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222458>. Acesso em: 10 ago. 2024.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.417.155 Rio Grande do Norte**. Repercussão geral em recurso extraordinário. Direito tributário. Constitucionalidade das taxas de prevenção e combate a incêndios, busca, salvamento e resgate instituídas por



2. A BASE DE CÁLCULO DA TAXA DE INCÊNDIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO À LUZ DA CRFB/88 E DO CTN

As taxas de serviço, como visto, são tributos devidos em razão da utilização, potencial ou efetiva, de um serviço específico público e divisível. Por essa razão, sua base de cálculo corresponde ao custo do serviço desempenhado pelo Estado, sendo chamadas de tributos retributivos, ou seja, que visam remunerar o serviço público colocado à disposição ou efetivamente prestado ao contribuinte²⁴.

Nos termos do artigo 145, § 2º da CRFB/88²⁵, as taxas não podem ter base de cálculo própria dos impostos, isto é, não podem se dar em razão de uma manifestação de riqueza do contribuinte. Isso, porém, não impede que ela contenha um ou mais elementos da base de cálculo própria de determinado imposto, bastando que não haja integral identidade entre uma e outra, nos termos da súmula vinculante nº 29 do STF.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, a base de cálculo da taxa de incêndio é a área construída da unidade imobiliária, nos termos do artigo 4º do Decreto nº 3.856, de 29 de dezembro de 1980²⁶. Assim, não se confunde com a base de cálculo própria de impostos sobre a propriedade, como o IPTU, que tem como base de cálculo o valor venal do imóvel, conforme o disposto no artigo 33 do CTN²⁷.

Portanto, a base de cálculo da taxa de incêndio do Estado do Rio de Janeiro não viola o art. 145, § 2º da CRFB/88²⁸. Isso, porém, não é suficiente para determinar sua constitucionalidade, pois, conforme explicado, seu valor deve refletir o custo do serviço prestado.

estados-membros. Presença de matéria constitucional e de repercussão geral. Relator Ministro Dias Toffoli, 07 de novembro de 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773119923>. Acesso em: 10 ago. 2024.

²⁴ QUINTANILHA, Gabriel Sant'anna. **Manual de direito tributário**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 42.

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 de ago. 2024.

²⁶ BRASIL. **Decreto nº 3.856, de 29 de dezembro de 1980**. Regulamenta a cobrança da taxa de serviços estaduais relativa à prevenção e extinção de incêndio. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1980. Disponível em: http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03856.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

²⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 de ago. 2024.

Nessa linha, verifica-se que a referida taxa de incêndio é calculada considerando o metro quadrado da área construída, sendo estabelecido um valor de UFERJ para cada faixa de metragem, conforme o disposto na tabela anexa ao artigo 107 do Código Tributário Estadual²⁹, também encontrada no artigo 4º do Regulamento da Taxa de Incêndio³⁰, e atualizado pela Portaria CBMERJ nº 1235, de 16 de outubro de 2023³¹.

Ressalta-se que o UFERJ foi utilizado até 31 de dezembro de 1995, sendo convertido em UFIR pelo Decreto nº 21.945, de 27 de dezembro de 1995³², e, posteriormente, a partir de 1º de novembro de 2001, substituído pelo UFIR-RJ, em razão do Decreto nº 27.518, de 28 de novembro de 2000³³.

Percebe-se que ao longo dos anos permaneceu o critério de cobrança original, desde sua instituição, vindo apenas a ser atualizado conforme as unidades fiscais de referência, sem, contudo, encontrar-se na legislação pertinente qualquer referência ao custo do serviço.

Ocorre que, quando se fala em incêndio, não é apenas o tamanho da área construída que determina como será realizada sua prevenção e eventual extinção. Diante disso, o Estado de Minas Gerais, por exemplo, estabelece valor conforme o coeficiente de risco de incêndio (CRI), resultado da multiplicação da carga de incêndio específica (CIE) pelo fator de graduação de risco (FGR) e pela área construída, chegando a seguinte fórmula: $CRI = CIE \times FGR \times A$ ³⁴.

Além disso, no Rio de Janeiro, a cobrança considera uma faixa de metros quadrados, de modo que dois usuários com imóveis muito distintos pagam o mesmo valor pelos serviços prestados.

²⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5, de 15 de março de 1975**. Institui o Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1975. Disponível em:

<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/c8ea52144c8b5c950325654c00612d63/3997a1158a18789d03256aee00647cd6?OpenDocument>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³⁰ BRASIL. **Decreto nº 3.856, de 29 de dezembro de 1980**. Regulamenta a cobrança da taxa de serviços estaduais relativa à prevenção e extinção de incêndio. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1980. Disponível em: http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03856.pdf. Acesso em: 10 ago. 2024.

³¹ BRASIL. **Portaria CBMERJ nº 1235, de 16 de outubro de 2023**. Fixa os prazos de pagamento da taxa de prevenção e extinção de incêndio, referente ao exercício de 2023, e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Comandante-Geral do CBMERJ, 2023. Disponível em: <https://www.funesbom.rj.gov.br/wp-content/uploads/2023/12/PORTARIA-CBMERJ-No-1235-DE-16-DE-OUTUBRO-DE-2023.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³² BRASIL. **Decreto nº 21.945, de 27 de dezembro de 1995**. Adota a Unidade Fiscal de Referência – UFIR para a finalidade que menciona e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1995. Disponível em: https://legislacao.fazenda.rj.gov.br/wcc/?web_id=80748. Acesso em: 10 ago. 2024.

³³ BRASIL. **Decreto nº 27.518, de 28 de novembro de 2000**. Institui a Unidade Fiscal de Referência do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 2000. Disponível em: https://legislacao.fazenda.rj.gov.br/wcc/?web_id=81041. Acesso em: 10 ago. 2024.

³⁴ BRASIL. Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais. **Crítérios para o cálculo da taxa de incêndio**. Disponível em: https://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/taxas/taxa_incendio/criterios.html. Acesso em: 10 ago. 2024.



A título de exemplo, verifica-se que, para imóveis residenciais acima de 300 m² é cobrado o mesmo valor, de forma que a propriedade de 300 m² tem uma taxa de incêndio no mesmo valor de uma mansão de 1.000 m², demonstrando que a tributo cobrado não reflete o real custo do serviço, além de favorecer o grande proprietário em detrimento de residências mais modestas.

Com isso, tem-se uma clara violação do princípio da isonomia tributária que, segundo Quintanilha³⁵, autoriza o tratamento diferenciado entre contribuintes, conforme sua riqueza e capacidade de contribuir com o Estado. Tem como corolário a capacidade contributiva, pela qual as pessoas devem ser tributadas de acordo com sua capacidade econômica³⁶, o que se aplica as taxas, segundo orientação do STF³⁷.

Portanto, além da taxa de incêndio do Estado do Rio de Janeiro não representar o real custo do serviço efetivamente prestado ou posto à disposição do contribuinte, ela viola a isonomia tributária e a capacidade contributiva, na medida em que tributa com os mesmos valores contribuintes em situações fáticas e econômicas muito distintas.

3. A PROBLEMÁTICA DA DIVERGÊNCIA ENTRE O ÓRGÃO ESPECIAL DO TJRJ E O STF À LUZ DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Ao longo dos anos, a jurisprudência do STF oscilou entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade da cobrança de taxa como contraprestação ao serviço de prevenção e combate a incêndio. A título de exemplo, a Corte analisou a taxa instituída pelo Estado de Pernambuco, gerando duas súmulas sobre o tema.

Primeiro, o STF concluindo pela sua inconstitucionalidade, editando a súmula nº 274. Esta teve como um de seus precedentes o RE 48879³⁸, no qual a maioria dos Ministros concluiu

³⁵ QUINTANILHA, Gabriel Sant'anna. **Manual de direito tributário**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 101.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 707.948 com Agravo**. Hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra c não configurada. Alegada violação do art. 150, IV, da Constituição Federal. Ausência de fundamentação. Tributário. Taxa. Capacidade contributiva. Aplicabilidade. Taxa de Utilização de Serviços Públicos Notariais ou de Registros (TSNR). Base de cálculo. Alíquota. Correspondência com o serviço prestado [...] Relator Ministro Dias Toffoli, 26 de maio de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8713070>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 48879/PE**. Taxa de bombeiros. Recurso de mandado de segurança. Provimento. Código Tributário do Estado de Pernambuco, art. 786. O imposto único não exclui, de modo absoluto, a incidência de taxas remuneratórias de serviço público. O serviço de incêndio participa da natureza dos encargos de ordem geral da administração pública, a que incumbe prestá-lo ou pô-lo a

que o serviço de combate a incêndio se destina a toda população, tal como os serviços de defesa nacional, de ensino privado e de polícia, de modo que devem ser custeados por impostos.

Posteriormente, diante de nova previsão de taxa de incêndio pelo Estado de Pernambuco, o Supremo modificou sua posição, editando a súmula nº 549. Em um dos precedentes deste enunciado, o RMS 16163³⁹, entendeu pela constitucionalidade da taxa de incêndio, considerando que o serviço contra fogo interessa a todos os moradores de uma cidade, para a segurança dos bens e da propriedade.

Assim, nos precedentes acima mencionados, em um primeiro momento, o STF entendeu que o serviço prestado pelos Corpos de Bombeiros Militares atende a toda a sociedade e, posteriormente, analisou a questão por um viés privatista, associando o combate a incêndios à defesa da propriedade privada.

Tem-se que, ao editar a súmula nº 574, o Supremo ignorou questões relevantes como o fato de o combate a incêndio ser um serviço que beneficia toda a população, diante da capacidade do fogo de se propagar no espaço, sendo potencialmente lesivo a terceiros, e não apenas aos proprietários, possuidores e titulares do domínio útil.

Contudo, analisando o tema à luz da CRFB/88⁴⁰, que em seu art. 145, II, reproduziu a norma prevista no art. 77 do CTN⁴¹, o STF se manifestou pela inconstitucionalidade da taxa de incêndio em diversas ocasiões.

Primeiro, ao tratar da taxa de incêndio instituída pelo Município de São Paulo, no RE 643247/SP (tema de repercussão geral nº 16)⁴², o Supremo fixou a tese de que o serviço de prevenção e combate a incêndios é serviço de segurança pública, essencial, que deve ser viabilizado pela arrecadação de impostos e, ainda, que não cabe a ao Município criação de taxas para tal fim.

disposição, não apenas de determinado número ou classe de estabelecimentos comerciais ou industriais, mas, sim, a toda a população de uma localidade [...]. Relator: Min. Ribeiro da Costa, 06 de agosto de 1963. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=148035>. Acesso em 01 ago. 2024.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso em Mandado de Segurança 16163/PE**. Taxa de Bombeiros do Estado de Pernambuco; constitucionalidade - Recurso de mandado de segurança desprovido. Votos vencidos. Relator Min. Victor Nunes, 03 de abril de 1968. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=113552>. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁴⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 de ago. 2024.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Institui o Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 643247/ SP. TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO – INADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL**. Descabe introduzir no cenário tributário, como obrigação do contribuinte, taxa visando a prevenção e o combate a incêndios, sendo imprópria a atuação do Município em tal campo. Relator Ministro Marco Aurélio, 01 de agosto de 2017. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222458>. Acesso em: 10 ago. 2024.



Apesar desse tema versar sobre taxa imposta por um Município, que não é o ente federativo ao qual os Corpos de Bombeiros Militares estão vinculados, ficou claro que o serviço de prevenção e combate a incêndios deve ser custeado por impostos.

Porém, muitos estados-membros mantiveram a cobrança da referida taxa, o que levou o STF a se pronunciar novamente pela inconstitucionalidade, no caso das taxas instituídas pelo Estado de Sergipe e pelo Estado de Minas Gerais, na ADI 2908/SE⁴³ e na ADI 4411/MG⁴⁴. Em ambos os julgados, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da taxa de prevenção e combate a incêndio, pois o tributo tem como fato gerador a atividade essencial, geral e indivisível, prestada pelos Corpos de Bombeiros, sendo de utilidade genérica, devendo ser custeada pela receita dos impostos.

A situação, até então, parecia ser simples de resolver. Com a posição do STF pela inconstitucionalidade, especialmente diante do tema de repercussão geral nº 16, que reconheceu a necessidade de custear o serviço de prevenção e combate a incêndio com a receita de impostos, bastaria o contribuinte ingressar com uma demanda para ter reconhecido o direito de não pagar o tributo. Caso as instâncias ordinárias negassem o pedido, seria possível ajuizar Reclamação perante o STF, na forma do art. 988 do CPC⁴⁵.

Contudo, em 2021, ignorando os precedentes do STF, o TJRJ entendeu pela constitucionalidade da taxa de incêndio do Estado do Rio de Janeiro, concluindo que ela corresponde a contraprestação de um serviço específico e divisível pelas seguintes razões: 1) o serviço é posto à disposição de forma individualizada e mensurável a determinados contribuintes, o que se comprova pelo fato de não ser cobrada a taxa em Municípios não abrangidos pelo sistema de prevenção e extinção de incêndio; e 2) a taxa incide sobre imóveis

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2908/SE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. LEI SERGIPANA N. 4.184/1999. INSTITUIÇÃO DE TAXAS REMUNERATÓRIAS DE ATIVIDADES DE ÓRGÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA. CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. TAXA ANUAL DE SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO E DE APROVAÇÃO DE PROJETOS DE CONSTRUÇÃO. ANÁLISE DE SISTEMAS DE SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO E PÂNICO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.** [...]. Relator Min. Cármen Lucia, 11 de outubro de 2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751318187>. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4411/MG. TAXA – SEGURANÇA PÚBLICA – INCONSTITUCIONALIDADE.** A atividade desenvolvida pelo Estado no âmbito da segurança pública é mantida ante impostos, sendo imprópria a substituição, para tal fim, de taxa. Relator Min. Marco Aurélio, 18 de agosto de 2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910256>. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁴⁵ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

construídos, de modo que o serviço pode ser utilizado separadamente por cada um dos usuários, como proprietários, possuidores e titulares do domínio útil⁴⁶.

Na ocasião, o voto divergente da Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo, além de observar que o serviço de prevenção e combate a incêndio não goza de divisibilidade, pois prestado de forma indistinta a toda população, reconheceu a existência de jurisprudência do STF pela inconstitucionalidade de taxas sobre serviços de prevenção e combate a incêndio.

Nota-se, portanto, que o TJRJ e o STF, até o momento, divergem quanto aos requisitos de especificidade e divisibilidade, exigidos pela legislação vigente. Esse fato leva o contribuinte do Estado do Rio de Janeiro a experimentar uma situação de insegurança jurídica, pois o Tribunal local diverge da compreensão da mais alta Corte do país.

Essa situação gerou debates nas redes sociais⁴⁷, pois os contribuintes, muitas vezes leigos, não sabem se devem ou não pagar a taxa de incêndio. Como resposta aos cidadãos, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro emitiu nota de esclarecimento⁴⁸ defendendo que: 1) a taxa de incêndio do Estado do Rio de Janeiro tem características distintas daquelas julgadas inconstitucionais pelo STF; e 2) a arrecadação se destina ao reequipamento do Corpo de Bombeiros, nas áreas de salvamento e combate e prevenção de incêndio, proporcionando maior proteção à população do Estado do Rio de Janeiro.

Primeiro, observa-se que, a alegação de que a taxa de incêndio instituída pelo Estado do Rio de Janeiro é dotada de características distintas das taxas instituídas por outros estados-membros, julgadas inconstitucionais pelo STF, não corresponde à realidade. A taxa do Rio de Janeiro, assim como a de Minas Gerais e Sergipe, é cobrada como contraprestação ao serviço

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (órgão especial). **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000115-34.2020.8.19.0028**. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETOS Nº 3856 E Nº 23695 - TAXA DE INCÊNDIO COBRADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – CONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO – REJEIÇÃO DO INCIDENTE – Incidente de arguição de inconstitucionalidade no bojo de ação declaratória de inexistência de débito. Questão prejudicial envolvendo a análise da constitucionalidade da taxa de incêndio cobrada pelo Estado do Rio de Janeiro. Remessa dos autos ao Órgão Especial por força de cláusula constitucional de reserva de plenário. Constitucionalidade da taxa de incêndio que se reconhece [...]. Relator: Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos, 05 de julho de 2021. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000404B64E3CCD5858E46BD3BA3435D69DAEC50F345B0435&USER=>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁴⁷ MAGALHÃES, Luiz Ernesto Magalhães; LYRA, Julio Cesar. **Taxa de incêndio: devo pagar ou não?** Entenda a polemica. Globo, Rio de Janeiro, 22 de fev. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/taxa-de-incendio-devo-pagar-ou-nao-entenda-polemica-2-25404136#:~:text=Especialistas%20em%20Direito%20Tribut%C3%A1rio%20ouvidos,STF%20e%20de%20forma%20individual>. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁴⁸ BRASIL. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. **Nota de esclarecimento sobre a taxa de incêndio**. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2023/02/nota-de-esclarecimento-sobre-a-taxa-de-incendio>. Acesso em 01 ago. 2024.



de prevenção e combate a incêndio, este considerado como um serviço de segurança pública, geral e indivisível, a ser custeado pela receita de impostos.

Ainda, a Procuradoria informa que os recursos arrecadados com a taxa de incêndio são destinados à proteção da população do Rio de Janeiro, reforçando a ideia de indivisibilidade do tributo, que tem como contribuinte apenas o proprietário, o possuidor e o detentor do domínio útil, apesar de beneficiar uma gama indeterminada de pessoas.

Nesse cenário, o contribuinte do Rio de Janeiro se vê em uma situação de desigualdade frente ao contribuinte de outros estados-membros, nos quais as taxas de incêndio foram reconhecidas como inconstitucional. Eles pagam por um serviço que atende a toda população e, assim, suportam um custo maior para manter suas residências e atividades econômicas, em clara violação ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CRFB/88⁴⁹, segundo o qual todos são iguais perante a lei.

No âmbito tributário, a isonomia se traduz na ideia de que os contribuintes somente poderão ser tratados de forma desigual, desde que estejam em uma situação fática desigual⁵⁰. No caso, porém, os contribuintes do Rio de Janeiro estão na mesma situação fática dos contribuintes dos demais estados-membros, pois o serviço de prevenção e combate a incêndio é o mesmo, mas apenas em alguns estados-membros existe a obrigação de pagar por serviço de caráter geral, que beneficia toda a população, enquanto em outros, os Corpos de Bombeiros são mantidos pela receita de impostos, assim como os demais órgãos de segurança pública.

Em 2023, chegou ao STF o RE 1.417.155/RN (tema de repercussão geral nº 1.282)⁵¹, interposto pela Governadora do Estado do Rio Grande do Norte, em razão do reconhecimento, pelo TJRN, da inconstitucionalidade das taxas decorrentes dos serviços de prevenção e combate a incêndios, busca, salvamento e resgate em imóveis e em veículos.

Ao julgar pela repercussão geral, o STF afastou o tema de repercussão geral nº 16, alegando que este está limitado a taxa instituída por Municípios⁵², desconsiderando que fixou

⁴⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 de ago. 2024.

⁵⁰ QUINTANILHA, Gabriel Sant'anna. **Manual de direito tributário**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 102

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.417.155 Rio Grande do Norte**. Repercussão geral em recurso extraordinário. Direito tributário. Constitucionalidade das taxas de prevenção e combate a incêndios, busca, salvamento e resgate instituídas por estados-membros. Presença de matéria constitucional e de repercussão geral. Relator Ministro Dias Toffoli, 07 de novembro de 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773119923>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.417.155 Rio Grande do Norte**. Repercussão geral em recurso extraordinário. Direito tributário.

a tese de que o serviço de prevenção e combate a incêndio deveria ser custeado por impostos. Assim, concluiu que não há repercussão geral sobre o tema, o que causa diferença de tratamento entre os estados-membros⁵³.

Com isso, novamente, o contribuinte se encontra em uma situação de incerteza. Enquanto a questão pendente de julgamento pelo STF, não se pode mais afirmar, com certeza, que a Corte considera o serviço de prevenção e combate a incêndio como geral, indivisível, destinados a toda a população.

Dessa forma, ainda permanece para o contribuinte a opção de questionar a constitucionalidade da taxa de incêndio do Estado do Rio de Janeiro. Porém, agora, após o esgotamento das instâncias ordinárias, não mais será possível o ajuizamento de Reclamação, considerando a atual posição da Corte quanto ao tema de repercussão geral nº 16. Então, resta ao contribuinte a possibilidade de interpor recurso extraordinário, na forma do art. 1.029 e seguintes do CPC⁵⁴.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar a inconstitucionalidade da cobrança de taxa de incêndio. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e da jurisprudência, evidenciar que o tema não é unânime e que provoca relevantes discussões de interesse do contribuinte e da comunidade jurídica.

Primeiro, verificou-se que o serviço de prevenção e combate a incêndio é um serviço de segurança pública, destinado a defesa de direitos de toda a população. Ainda, demonstrou-se que o incêndio que se pretende evitar e combater, em razão de sua capacidade de propagação no espaço, não tem o poder de atingir esse ou aquele sujeito, mas sim a comunidade como um todo, o que descaracteriza o serviço prestado como específico e divisível.

No caso específico da taxa de incêndio do Estado do Rio de Janeiro, além do contribuinte estar sendo cobrado por um serviço geral e indivisível, a base de cálculo da taxa

Constitucionalidade das taxas de prevenção e combate a incêndios, busca, salvamento e resgate instituídas por estados-membros. Presença de matéria constitucional e de repercussão geral. Relator Ministro Dias Toffoli, 07 de novembro de 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773119923>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.



cobrada não reflete o real custo da atividade, bem como favorece o grande proprietário, violando a isonomia entre os contribuintes e o princípio da capacidade contributiva.

Apesar de sua inconstitucionalidade, a taxa de incêndio permanece sendo cobrada pelo Estado do Rio de Janeiro, e o TJRJ a considera constitucional, divergindo da jurisprudência do STF, que decidiu pela inconstitucionalidade da taxa de incêndio do Estado de Minas Gerais e do Estado de Sergipe, com base na indivisibilidade do serviço prestado.

Porém, a temática voltou a ser objeto de discussão perante o Supremo, que entendeu que o tema ainda não é objeto de repercussão geral, o que gera tratamento distintos pelos estados-membros. Com isso, a questão permanece em aberto, aguardando a decisão do tema de repercussão geral nº 1.282, deixando o contribuinte em uma situação de insegurança jurídica e, ainda, de desigualdade frente aqueles que não mais são obrigados a pagar o tributo.

Contudo, espera-se que os profissionais do direito, especialmente os integrantes dos Tribunais, atentem-se para a natureza do serviço prestado pelos Corpos de Bombeiros, para a capacidade do incêndio em atingir terceiros, de modo a reconhecer que o serviço de prevenção e combate a incêndio atende a toda a população, não estando limitado a defesa da propriedade de determinados sujeitos.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. E-book.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 de ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5, de 15 de março de 1975**. Institui o Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1975. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/c8ea52144c8b5c950325654c00612d63/3997a1158a18789d03256aee00647cd6?OpenDocument>. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 3.856, de 29 de dezembro de 1980**. Regulamenta a cobrança da taxa de serviços estaduais relativa à prevenção e extinção de incêndio. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1980. Disponível em: http://www.dgf.rj.gov.br/legislacoes/Decretos_Estaduais/Dec_Est_N_03856.pdf. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 21.945, de 27 de dezembro de 1995.** Adota a Unidade Fiscal de Referência – UFIR para a finalidade que menciona e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1995. Disponível em: https://legislacao.fazenda.rj.gov.br/wcc/?web_id=80748. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 27.518, de 28 de novembro de 2000.** Institui a Unidade Fiscal de Referência do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 2000. Disponível em: https://legislacao.fazenda.rj.gov.br/wcc/?web_id=81041. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Institui o Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. **Portaria CBMERJ nº 1235, de 16 de outubro de 2023.** Fixa os prazos de pagamento da taxa de prevenção e extinção de incêndio, referente ao exercício de 2023, e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Comandante-Geral do CBMERJ, 2023. Disponível em: <https://www.funesbom.rj.gov.br/wp-content/uploads/2023/12/PORTARIA-CBMERJ-No-1235-DE-16-DE-OUTUBRO-DE-2023.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. **Nota de esclarecimento sobre a taxa de incêndio.** Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2023/02/nota-de-esclarecimento-sobre-a-taxa-de-incendio>. Acesso em 01 ago. 2024.

BRASIL. Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais. **Critérios para o cálculo da taxa de incêndio.** Disponível em: https://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/taxas/taxa_incendio/criterios.html. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 48879/PE.** Taxa de bombeiros. Recurso de mandado de segurança. Provimento. Código Tributário do Estado de Pernambuco, art. 786. O imposto único não exclui, de modo absoluto, a incidência de taxas remuneratórias de serviço público. O serviço de incêndio participa da natureza dos encargos de ordem geral da administração pública, a que incumbe prestá-lo ou pô-lo a disposição, não apenas de determinado número ou classe de estabelecimentos comerciais ou industriais, mas, sim, a toda a população de uma localidade [...]. Relator: Min. Ribeiro da Costa, 06 de agosto de 1963. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=148035>. Acesso em 01 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso em Mandado de Segurança 16163/PE.** Taxa de Bombeiros do Estado de Pernambuco; constitucionalidade - Recurso de mandado de segurança desprovido. Votos vencidos. Relator Min. Victor Nunes, 03 de abril de 1968. Disponível em:



<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=113552>. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 707.948 com Agravo**. Hipótese de cabimento do recurso extraordinário pela letra c não configurada. Alegada violação do art. 150, IV, da Constituição Federal. Ausência de fundamentação. Tributário. Taxa. Capacidade contributiva. Aplicabilidade. Taxa de Utilização de Serviços Públicos Notariais ou de Registros (TSNR). Base de cálculo. Alíquota. Correspondência com o serviço prestado [...] Relator Ministro Dias Toffoli, 26 de maio de 2015. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8713070>. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 643247/ SP. TAXA DE COMBATE A INCÊNDIO – INADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL**. Descabe introduzir no cenário tributário, como obrigação do contribuinte, taxa visando a prevenção e o combate a incêndios, sendo imprópria a atuação do Município em tal campo. Relator Ministro Marco Aurélio, 01 de agosto de 2017. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14222458>. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2908/SE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. LEI SERGIPANA N. 4.184/1999. INSTITUIÇÃO DE TAXAS REMUNERATÓRIAS DE ATIVIDADES DE ÓRGÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA. CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. TAXA ANUAL DE SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO E DE APROVAÇÃO DE PROJETOS DE CONSTRUÇÃO. ANÁLISE DE SISTEMAS DE SEGURANÇA CONTRA INCÊNDIO E PÂNICO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE**. [...] Relator Min. Cármen Lucia, 11 de outubro de 2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751318187>. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4411/MG. TAXA – SEGURANÇA PÚBLICA – INCONSTITUCIONALIDADE**. A atividade desenvolvida pelo Estado no âmbito da segurança pública é mantida ante impostos, sendo imprópria a substituição, para tal fim, de taxa. Relator Min. Marco Aurélio, 18 de agosto de 2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910256>. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.417.155 Rio Grande do Norte**. Repercussão geral em recurso extraordinário. Direito tributário. Constitucionalidade das taxas de prevenção e combate a incêndios, busca, salvamento e resgate instituídas por estados-membros. Presença de matéria constitucional e de repercussão geral. Relator Ministro Dias Toffoli, 07 de novembro de 2023. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773119923>. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (órgão especial). **Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0000115-34.2020.8.19.0028**. INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – DECRETOS Nº 3856 E Nº 23695 - TAXA DE INCÊNDIO COBRADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – CONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO – REJEIÇÃO DO INCIDENTE – Incidente de arguição de inconstitucionalidade no bojo de ação declaratória de inexistência de débito. Questão prejudicial envolvendo a análise da constitucionalidade da taxa de incêndio cobrada pelo Estado do Rio de Janeiro. Remessa dos autos ao Órgão Especial por força de cláusula constitucional de reserva de plenário. Constitucionalidade da taxa de incêndio que se reconhece [...]. Relator: Desembargador Edson Aguiar de Vasconcelos, 05 de julho de 2021. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000404B64E3CCD5858E46BD3BA3435D69DAEC50F345B0435&USER=>. Acesso em: 10 ago. 2024.

COSTA, Regina Helena. **Código tributário nacional comentado**: em sua moldura constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

FILOCRE, Lincoln D. **Direito Policial Moderno: Polícia de Segurança Pública no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Grupo Almedina, 2017. E-book.

MAGALHÃES, Luiz Ernesto Magalhães; LYRA, Julio Cesar. **Taxa de incêndio**: devo pagar ou não? Entenda a polemica. Globo, Rio de Janeiro, 22 de fev. 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/taxa-de-incendio-devo-pagar-ou-nao-entenda-polemica-2-25404136#:~:text=Especialistas%20em%20Direito%20Tribut%C3%A1rio%20ouvidos,STF%20e%20de%20forma%20individual>. Acesso em: 01 ago. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book.

PORTUGAL. Serviço Regional de Proteção Civil e Bombeiros dos Açores. **Riscos naturais incêndios**. Disponível em: <https://www.prociv.azores.gov.pt/sensibilizacao/riscos/ver.php?id=4>. Acesso em: 10 ago. 2024.

QUINTANILHA, Gabriel Sant'anna. **Manual de direito tributário**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2024.



VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE FATURAMENTO PERCENTUAL NOS CONTRATOS DE *SHOPPING CENTER* DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Gabriella do Espírito Santo Mendes Vinagre

Graduada pelo Centro Universitário La Salle. Advogada. Pós-graduada em Direito Privado pela Universidade Uni São Vicente.

Resumo - o trabalho científico analisa as violações contratuais no contexto de *shopping centers*, especialmente em transações de *e-commerce* que não são devidamente contabilizadas para o cálculo do aluguel variável. A pesquisa se concentra na cláusula de faturamento percentual e nas novas modalidades de compra, como *pick-up* e *ship from store*, que desafiam a tradicional dinâmica comercial dos *shoppings*. A introdução do *e-commerce* e outras tecnologias trouxeram mudanças significativas que podem impactar negativamente o faturamento e, consequentemente, o valor do aluguel cobrado. O artigo aborda sob a perspectiva jurisprudencial as implicações legais dessas novas práticas, evidenciando a necessidade de adaptação dos contratos para garantir a equidade entre lojistas e administradores dos *shoppings*. Além disso, discute a legalidade das ações de fiscalização adotadas pelas administradoras e a importância de adaptar o sistema contratual à nova realidade do comércio digital, buscando soluções que atendam a ambos os lados na relação locatícia.

Palavras-chave - Direito Civil. Contrato de *Shopping Center*. Violação da Cláusula de Faturamento Percentual.

Sumário - Introdução. 1. Os avanços tecnológicos e o reconhecimento dos atos caracterizadores da violação da cláusula de faturamento no contrato de *shopping center*. 2. Aspectos jurídicos consequenciais da violação da cláusula de faturamento ante novas modalidades de compra. 3. Medidas fiscalizatórias preventivas no tocante a violação contratual: são elas suficientes ou necessárias novas medidas para evitar o faturamento irregular? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico possui como tema central a análise das possíveis violações contratuais e suas consequências jurídicas face às transações realizadas via *e-commerce* que dependem necessariamente da estrutura do *shopping center* para serem finalizadas ou retiradas pelos consumidores, mas que não são contabilizadas para o cálculo do valor referente ao aluguel incidente sobre o faturamento percentual. Logo, o objetivo é discutir se há violação da cláusula de faturamento percentual nos contratos de *shopping center* diante das novas tecnologias e modalidades de compra, sob a perspectiva da evolução do direito contratual e comercial. Neste artigo, busca-se evidenciar que as inovações tecnológicas trouxeram alterações substanciais no que tange aos negócios dos *shoppings centers*, impactando diretamente o cálculo do faturamento percentual.

Desse modo, serão abordadas as diferentes óticas doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, objetivando analisar as eventuais consequências pelo descumprimento da cláusula de faturamento, ante as transformações ocasionadas pelo avanço tecnológico. Busca ainda abordar sobre a legalidade da fiscalização das contas por parte da administradora do *shopping* face aos lojistas.

A Constituição Federal de 1988 traz como uma das premissas fundamentais das relações privadas a liberdade contratual. Entretanto, com o célere e intensificado avanço da tecnologia, surgiu a necessidade de adaptar os contratos de *shopping center* à nova realidade do mercado digital.

Grande parte dos contratos celebrados entre os lojistas e empreendedores preveem a cláusula de faturamento. Porém, essa cláusula vem sendo amplamente discutida em razão da possibilidade de compra nas modalidades *ship from store*, quando realizadas no totem da loja física e entregue na casa do consumidor ou na modalidade *pick-up* que ocorre quando o produto é comprado por meios virtuais e retirado na loja física, ocasião em que estas compras são faturadas com CNPJ diverso da loja física que integra o empreendimento. Assim, essas vendas irregulares fazem surgir um desafio para os empreendedores de *shopping*, uma vez que traz à tona um faturamento subestimado das lojas físicas.

O tema é atual, portanto, escassas são as decisões que discutem o tema abordado, razão pela qual merece atenção, já que a interpretação da violação desta cláusula pode acarretar diversas consequências negativas e impactar diretamente as relações comerciais. Portanto, diante desse panorama é essencial a análise em específico desta conduta de faturar compras com CNPJs diferentes a fim de verificar se constitui efetivamente uma violação contratual e, se positiva a resposta, quais medidas podem ser priorizadas a fim de atenuar esse imbróglio.

Diante do contexto, a presente pesquisa visa investigar os impactos jurídicos face à utilização de CNPJs diversos quando do faturamento dentro das lojas físicas. Busca ainda analisar se já foi implementada alguma medida que vise mitigar essa prática e garantir a eficácia dos contratos e o cumprimento de seus deveres anexos mediante o comércio eletrônico dentro dos *shopping centers*.

O primeiro capítulo do trabalho traz uma breve definição do contrato de *shopping center* e da cláusula de faturamento, dá ênfase sobre as novas modalidades de compra proporcionadas pelo avanço tecnológico e expõe sobre os atos considerados violação do contrato e de seus deveres anexos.

Em seguida, o segundo capítulo aborda os aspectos jurídico-financeiros no âmbito das consequências da violação da cláusula de faturamento por parte dos lojistas, analisando



especificamente o Recurso Especial 1295808 / RJ conjuntamente com os institutos da resolução contratual, do despejo, do enriquecimento sem causa, lucro na intervenção e dos lucros cessantes. Nesse mesmo capítulo há ainda uma análise se há abusividade na inserção da cláusula de faturamento nos contratos de *shopping center*.

O terceiro capítulo visa analisar se as medias fiscalizatórias já utilizadas pelas administradoras dos *shoppings* são suficientes para conter o faturamento irregular e quais outras medidas podem ser implementadas para frear a burla da cláusula de faturamento.

Para tanto, a pesquisa é desenvolvida de forma parcialmente exploratória, por meio do método bibliográfico pois este fornece uma base mais sólida para embasamentos das ideias que exploradas no artigo. Além disso, por meio da pesquisa bibliográfica é possível o estudo de casos e exemplos concretos trazidos pela literatura visando fortalecer a credibilidade dos dados apresentados, caso existam, ou revelar as lacunas sobre o tema abordado.

Assim, diante da natureza multidisciplinar do tema, a pesquisa bibliográfica permitirá explorar diferentes perspectivas, proporcionando uma análise mais rica e abrangente e consequentemente trazer contribuições sólidas para a comunidade científica.

1. OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS E O RECONHECIMENTO DOS ATOS CARACTERIZADORES DA VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE FATURAMENTO NO CONTRATO DE *SHOPPING CENTER*

Os *shopping centers* chegaram ao Brasil por volta do ano de 1966 e ao longo do tempo sua estrutura foi evoluindo visando atender as necessidades específicas de sua clientela, proporcionando uma experiência àqueles que se utilizam do espaço.

Segundo a Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE), os *shopping centers* podem ser definidos como “[...] os empreendimentos com Área Bruta Locável (ABL), normalmente, superior a 5 mil m², formados por diversas unidades comerciais, com administração única e centralizada, que pratica aluguel fixo e percentual. Na maioria das vezes, dispõe de lojas âncoras e vagas de estacionamento [...]”.¹

Wanderson Marcello observa que:

Shopping Centers, também conhecidos como centros comerciais, são prédios e locais especialmente destinados a tipos de negócios em que há um complexo de atividades

¹ABRASCE. **Números do setor:** Definições e convenções. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/definicoes-e-convencoes/#:~:text=A%20Abrasca%20considera%20shopping%20center,pratica%20aluguel%20fixo%20e%20percentual>. Acesso em: 15 ago. 2024.

que centralizam o comércio de vários ramos, proporcionando certo conforto e felicidades à clientela (estacionamento, diversões, restaurantes, enfim, um misto de lazer e comércio).²

Juridicamente há quem entenda que o contrato de *shopping center* possui natureza jurídica de contrato de locação ou coligação contratual ou contrato atípico misto, sendo esta última a classificação levada em consideração para este artigo, tendo em vista ser o entendimento fixado pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 178908 / CE³. Logo, o denominado contrato de *shopping center* é de natureza atípica que pode ser entendida como a união de um conjunto de contratos formando um novo contrato.

A união desses contratos vai além da relação locatícia, do uso do espaço locado e traduz a complexidade do mesmo, uma vez que o *shopping* proporciona uma estrutura pensada e organizada a fim de projetar vantagens para seus lojistas, visando a finalidade econômica em comum. Para tanto, deve haver harmonia entre esse contrato e a convenção de normas gerais de locação, o estatuto da associação dos lojistas e o regimento interno, principalmente.

Necessário destacar ainda que não há uma legislação específica que trate acerca do contrato de *shopping center*, sendo aplicável a essas relações a Lei nº 8.245/91, o Código Civil e as cláusulas pactuadas livremente entre as partes do contrato. Sob tal ótica é preciso mencionar o artigo 425 do Código Civil⁴, o qual traz a possibilidade de inserção de cláusulas das mais variadas possíveis, desde que não contrariem a lei, os bons costumes, os princípios gerais do direito e respeitadas as vontades das partes.

No tocante especificamente à locação no âmbito comercial, os contratos comumente preveem um aluguel fixo ou mínimo e um aluguel variável.⁵ O fixo é aquele valor correspondente ao aluguel baseado no tamanho e localização da loja, e o variável, que também pode ser denominado de aluguel percentual, o qual é proporcional ao êxito do empreendimento, ou seja, o lojista deve pagar um percentual ajustado, que incide sobre o faturamento bruto do lojista referente a determinado período, desde que superado o valor do aluguel mínimo.

² LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. Aluguel em shopping centers: abusos e ilegalidades. Revista Síntese de Direito civil e Processual, Ano II, nº 17, mi/jun-2002, p.108 *apud* TOMAZETTE, Marlon. **Contratos Empresariais**. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 512.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 178908**. DIREITO TRIBUTÁRIO - SHOPPING CENTER - FATURAMENTO MENSAL - COFINS: NÃO-INCIDÊNCIA. [...] 3. Os contratos de locação de espaços em shopping center são contratos atípicos, ensejando locação de bens e serviços. 4. Recurso especial provido. Relator Min. Eliana Calmon, 11 de dezembro de 2000. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199800451315&dt_publicacao=11/12/2000. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 17 set. 2024.

⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Contratos Empresariais**. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 535-537.



Utilizar diferentes canais de venda por comercialização de produtos, atualmente, é comum, principalmente pela facilidade, proporcionada pela internet, de se pesquisar, comprar e receber os mais variados itens sem sair do conforto do lar.

Ocorre que até determinada época as referidas cláusulas eram mais facilmente fiscalizadas, uma vez que necessariamente as compras eram finalizadas em caixa físico mediante o pagamento e consequente entrega do bem. Entretanto, o avanço tecnológico nos últimos anos foi tão intenso que proporcionou mundialmente novas modalidades de compra.

O amplo acesso à *internet* foi capaz de alterar, ou pelo menos ampliar os meios de compra disponíveis, tanto em nível nacional como mundial. Tais avanços possibilitaram as compras por meio do denominado *e-commerce*, trazendo à tona os seguintes cenários: 1) Consumidores que adquirem a mercadoria no *site* da loja e escolhem a modalidade *pick-up*, ou seja, efetuam a compra em seus dispositivos eletrônicos próprios e utilizam as lojas físicas para a retirada desses pedidos e, 2) Consumidores que efetuam a compra na loja física dentro do *shopping*, em totens de autoatendimento disponibilizados dentro das lojas físicas e recebem a mercadoria em sua residência, ou seja, uma verdadeira entrega à domicílio, partindo esse bem da própria loja física ou de algum centro de distribuição, sendo essa modalidade de compra denominada *ship from store*. Vale lembrar que, nesse caso, o cliente pode provar e trocar a mercadoria, valendo-se do conforto, segurança e localização proporcionado pela estrutura do *shopping*.

Esse cenário, se respeitadas as cláusulas contratuais e a boa-fé, seria benéfico para o empreendedor, tendo em vista que quanto maior as possibilidades e meios de compra, mais lucro as lojas terão e consequentemente o aluguel sobre o percentual de faturamento bruto será proporcionalmente elevado.

Necessário destacar que o ambiente virtual muitas vezes torna-se mais atrativo para o consumidor face a própria loja física. Isso se deve ao fato de que além de ser mais cômodo ao cliente é de costume das marcas disponibilizarem cupons de desconto para compras realizadas via *site*, código de vendedores que possibilitam frete grátis, brindes, promoções aplicáveis apenas em âmbito virtual, até mesmo produtos que vendem apenas *online*, dentre infinitas possibilidades de induzir o cliente a realizar a compra no meio eletrônico.

Ocorre que a partir do momento em que o cliente usufruiu do ambiente virtual nas modalidades de compra *pick-up* e *ship from store*, o *shopping* passou a receber o aluguel percentual de forma defasada, a menor. Em que pese as vendas em ambos os cenários passarem pela loja física e se utilizam de toda a estrutura do *shopping*, como o estacionamento, segurança,

ar condicionado, luz etc., tais vendas são faturadas por CNPJ diverso daquele vinculado à loja física localizada no interior do *shopping*.⁶

Diante disso, é possível perceber que as referidas práticas de incentivo às compras *online* têm claramente o condão de reduzir o valor do aluguel percentual sobre o faturamento e aumentar o lucro apenas da empresa, mas de uma forma que beira a má-fé. E mais, a prática de venda por CNPJ diverso nos referidos casos pode acarretar em violação contratual.

O avanço e a constante inovação tecnológica nos meios de vendas, são, de certo, louváveis, mas não podem, de forma alguma, servir como pretexto para que empresas venham a inadimplir as obrigações contratuais pactuadas. Assim, diante de tal panorama faz-se necessária a análise dos atos praticados pelos lojistas que podem ser considerados violação do princípio da boa-fé, dos seus deveres anexos e ilícitos no âmbito virtual que, eventualmente, possam pôr fim a relação contratual.

Cabe mencionar que os deveres anexos ao contrato são aqueles decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, positivado no artigo 422 do Código Civil⁷. Tal princípio tem como base a lealdade e a confiança, bem como estabelece um padrão comportamental esperado. Já os deveres laterais podem ser traduzidos no dever de informação clara e precisa, colaboração, prestação de contas entre outros, sendo certo que a inobservância desses deveres gera a violação positiva do contrato, ou seja o inadimplemento.

Obviamente as consequências decorrentes da violação contratual vão depender das previsões pactuadas entre as partes, entretanto, tais impactos em grande parte das vezes decorrem diretamente da violação da boa-fé objetiva e/ou seus deveres anexos.

Quanto aos atos praticados pelos lojistas com eventual repercussão na esfera jurídica podem ser levados em consideração algumas situações que se previstas em contrato podem acarretar na violação contratual:⁸ 1) Utilização inadequada do espaço físico locado para incentivo às compras *online* que utilizarão CNPJ diverso, violando dessa forma as regras de *branding* e *marketing*, bem como consequentemente omissos de transações que influem no valor do aluguel sobre o faturamento; 2) Abstenção no compartilhamento de dados de inventário e vendas que tem como finalidade a supervisão e fiscalização do faturamento da loja para

⁶ CUTAIT, Michel. **O impacto do e-commerce nos shopping centers**. 16 mai. 2014. Make it work: Shopping e varejo. Disponível em: <http://makeitwork.com.br/blog/sem-categoria/o-impacto-do-e-commerce-nos-shopping-centers/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

⁷ BRASIL, ref. nota 4.

⁸ CUTAIT, Michel. **A rescisão dos negócios de shopping center**. 5 jun. 2017. Make it work: Shopping e varejo. Disponível em: <http://makeitwork.com.br/blog/sem-categoria/a-rescisao-nos-negocios-de-shopping-center/>. Acesso em: 20 ago. 2024.



incidência do aluguel percentual; 3) Utilização indevida ou não autorizada da estrutura do *shopping* para vendas realizadas nas modalidades *pick-up* e *ship from store*.

O panorama supramencionado traz apenas algumas hipóteses mais recorrentes cotidianamente nos centros comerciais. Logicamente podem surgir outros diversos cenários, mas certamente todos devem ser norteados pelos contratos firmados e, na ausência de previsão deve ser aplicado o princípio da boa-fé objetiva, bem como seus deveres anexos a fim de solucionar eventuais questões relacionadas ao tema.

2. ASPECTOS JURÍDICO CONSEQUENCIAIS DA VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE FATURAMENTO ANTE AS NOVAS MODALIDADES DE COMPRAS

Inicialmente cabe destacar que segundo dados da ABRASCE, estima-se que o setor de *shopping center*, no Brasil, possui um total de mais de 120 mil lojas e fatura cerca de 194,7 bilhões de reais, sendo que 53% do total de lojas estão localizadas na região sudeste do país.⁹ A partir dos dados extraídos pode se mensurar a tamanha importância do setor, bem como perceber que o tema abordado merece análise cuidadosa diante de tal relevância uma vez que a prática de certas condutas pode vir a acarretar diretamente na redução do faturamento desse setor e trazer outras consequências.

Caracterizada a violação contratual surge para o locador o direito de executar as previsões contratuais. Dentre as medidas cabíveis, é possível a aplicação de multas pelo inadimplemento contratual, pela receita não reportada, pelo atraso no envio de relatórios de faturamento, cobrança pelo custo de eventual auditoria necessária para fiscalizar o devido cumprimento da cláusula de faturamento, pode haver ainda a possibilidade de suspensão ou perda de eventual benefício concedido em razão da violação contratual.

Nessa mesma perspectiva, no tocante as consequências relativas a violação da cláusula de faturamento o artigo 9º, II, da Lei nº 8.245/1991¹⁰ prevê, de forma mais grave, o desfazimento da locação em razão de infração contratual com consequente despejo. É exatamente esse o caso abordado no julgamento do Recurso Especial 1295808 / RJ¹¹.

⁹ ABRASCE, ref. nota 1.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 8.245/1991, de 18 de outubro de 1991**. Lei de locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 18 set. 2024.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1295808**. DIREITO CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. ALUGUEL COM BASE EM PERCENTUAL DE RENDA BRUTA. MANUTENÇÃO DE PONTO DE VENDAS PELA INTERNET NO INTERIOR DA LOJA. PRODUTOS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO FATURADOS EM NOME DE EMPRESA DIVERSA. DISSIMULAÇÃO DO FATURAMENTO DA LOCATÁRIA. VALOR DO ALUGUEL PAGO A MENOR. DESCUMPRIMENTO

No caso mencionado o lojista implementou um ponto de vendas no interior da loja física localizada dentro de um *shopping center*, sem realizar qualquer tipo de comunicação ao locador e efetuou a venda de produtos por meio eletrônico, mas faturado por empresa diversa da loja física. Destaca-se que muitas vezes os produtos vendidos no *site* eram os mesmos da loja, porém com valores inferiores aos praticados no estabelecimento físico.

Outro ponto analisado no já mencionado recurso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça foi a questão da renovação contratual. Nesse aspecto, cumpre destacar que o simples fato de haver a renovação contratual e o prolongamento da relação jurídica contratual não implica necessariamente em dizer que o locador tem ciência da situação infracional e compactua com ela, até porque não haveria sentido algum o próprio locador concordar em ser lesado ou compactuar com a sonegação da locatária. Dessa feita, o STJ reconheceu e autorizou o despejo do lojista sob o fundamento de descumprimento de cláusula contratual.

Em caso semelhante ao mencionado foi deferido, pelo TJSP na Apelação 1004581-31.2015.8.26.0482¹², o despejo e razão da violação do faturamento bruto. Diante disso, para além do despejo, outros possíveis pedidos devem ser levados em consideração.

É possível, nesses casos, requerer a imputação do enriquecimento sem causa do lojista, uma vez que esse auferiu renda, aumentou de patrimônio diante da prática de ato ilícito. Aqui está sob enfoque o aquele que enriqueceu sem justificativa, sendo certo que nessa perspectiva tal enriquecimento deve ser desfeito. Logo, tal instituto objetiva o reequilíbrio da composição patrimonial dos particulares. É exatamente o que prevê o artigo 884 do Código Civil¹³, que

CONTRATUAL. DESPEJO. CABIMENTO. [...] Relator Min. João Otávio de Noronha, 24 de abril de 2014. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E1.295.808%3C%2Fb%3E&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=ACOR&livre=1.295.808&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=¬a=&ref=>. Acesso em: 16 ago. 2024.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (31ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 1004581-31.2015.8.26.0482**. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL – SHOPPING CENTER - AÇÃO DE DESPEJO POR INFRAÇÃO CONTRATUAL – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À ESTIPULAÇÃO DE PERCENTUAL DE FATURAMENTO BRUTO - INSTALAÇÃO DE QUIOSQUES NO ESPAÇO LOCADO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS PELA INTERNET - NOTAS FISCAIS EMITIDAS EM NOME DE OUTRA EMPRESA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO – RECURSO PROVIDO. Não há controvérsia acerca da instalação do ponto de venda de produtos pela internet no interior da loja recorrida. Outrossim, não há discussão quanto ao fato de que as vendas, apesar de serem realizadas dentro da loja situada no shopping recorrente eram faturadas em favor de pessoa jurídica alheia à relação locatícia, ou seja, deixavam de integrar o faturamento da ré e, conseqüentemente, influenciavam no valor do aluguel, caracterizando afronta ao contrato, posto que a remuneração mensal estava ajustada em percentual sobre o faturamento bruto da loja. Procedência da demanda reconhecida. Despejo decretado. Relator Des. Paulo Ayrosa, 16 de agosto de 2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=635301AB5A9B6865606C0478F1B8198E.cjsg3>. Acesso em: 18 set. 2024.

¹³ BRASIL, ref. nota 4.



funciona como uma cláusula geral, ou seja, aquele que acresce seu patrimônio, sem justa causa, à custa de outrem deve restituir o valor auferido com a devida atualização.

Sob a ótica da responsabilidade civil, pode-se dizer que o objetivo também é o reequilíbrio da composição patrimonial dos particulares, mas aqui o enfoque é na vítima, devendo a indenização ser pautada de acordo com a extensão do dano, sendo irrelevante o valor acrescido por aquele que causou o dano.

Necessário esclarecer que parte da doutrina¹⁴ também entende o dano aqui tratado como lucro na intervenção ou enriquecimento sem causa auferido pela exploração não autorizada do bem alheio, que nada mais é do que uma subclassificação dentro do instituto do enriquecimento sem causa. Segundo esse instituto o enriquecido intervém no bem ou direito alheio e a partir disso extrai o enriquecimento injusto.

À luz do caso tratado pelo recurso especial anteriormente mencionado, pode se dizer que o lojista apesar de ter celebrado contrato não possuía autorização para implantar o ponto eletrônico no interior da loja física e mesmo assim o fez, auferindo um lucro à maior e abstendo-se de repassar o valor referente ao aluguel percentual, que por tal motivo restou defasado, sem sequer o empresário ter ciência, caracterizando, portanto, o lucro na intervenção.

Cabe ainda, no caso em tela, a análise do lucro cessante, que está previsto no artigo 402 do Código Civil¹⁵ e configura aquele valor que se deixou de auferir, o qual exige comprovação objetiva de que aquele lucro seria alcançado se não houvesse a interferência do evento danoso. Isso significa dizer que no caso mencionado o autor da demanda deveria fazer prova do que deixou de crescer ao seu patrimônio para que seja indenizado.

Importante refletir ainda se todas essas consequências são efetivamente aplicáveis, uma vez que é preciso repensar a aplicação conjunta da cláusula de faturamento com o aluguel mínimo. Em que pese o *shopping center* disponibilize toda uma estrutura, segurança, ambiente agradável e propícia para a captação de clientes, todo o risco do empreendimento é submetido exclusivamente ao lojista.

Esclarecendo melhor a questão, discute-se a respeito das cláusulas inseridas quanto ao aluguel percentual e o mínimo, uma vez que mesmo não atingindo determinado valor com relação as vendas, ainda assim, o lojista é obrigado a adimplir com o aluguel mínimo embora

¹⁴SILVA, Rodrigo da Guia. **Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil**: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1–25, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/627>. Acesso em: 26 set. 2024.

¹⁵ BRASIL, ref. nota 4.

não tenha obtido sucesso em seu empreendimento, o que consequentemente acarreta num ambiente completamente desequilibrado e vantajoso apenas ao empreendedor, que independente de o lojista obter êxito em sua atividade ou não, continuará lucrando, sem risco algum, seja com o pagamento dos alugueres por aquele que já é lojista, seja com um novo locatário em substituição àquele que foi a ruína.

Diante desse cenário, em que pese não ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor, nesses casos, é preciso que haja um pouco mais de parcimônia com relação as diversas cláusulas que possam vir a ser inseridas nos contratos atípicos, bem como com aquelas já previstas, a fim de que o contrato não se torne de adesão. Para tanto, devem sempre ser priorizados os contratos paritários e que viabilizem a continuidade da atividade empresarial, prestigiando os princípios da boa-fé, *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade, trazendo, dessa forma, mais equidade e paridade entre lojistas e empreendedores.

3. MEDIDAS FISCALIZATÓRIAS PREVENTIVAS NO TOCANTE A VIOLAÇÃO CONTRATUAL: SÃO ELAS SUFICIENTES OU NECESSÁRIAS NOVAS MEDIDAS PARA EVITAR O FATURAMENTO IRREGULAR?

Na grande maioria das locações de *shopping center*, os contratos preveem a cláusula de aluguel percentual, que varia entre 5% e 8% e incide sobre o faturamento bruto da loja, ou seja, é comum em contratos deste porte que o aluguel seja calculado com base no faturamento bruto de cada unidade do empreendimento, com a garantia de um mínimo mensal.¹⁶

Ocorre que diante dessa nova modalidade de negócio, que surgiu com o advento da internet, fez nascer a necessidade de melhor fiscalizar o faturamento de cada unidade, tendo em vista que as compras feitas nas modalidades *pick-up* e *ship from store* passaram a não integrar suas receitas computadas no cálculo do aluguel mensal, mesmo tais vendas passando obrigatoriamente pela loja física, gerando um aumento de fraudes. Isso implica em dizer que os inquilinos do *shopping* utilizavam a loja física e toda a complexa estrutura do empreendimento para comercializarem seus produtos, mas simultaneamente não computavam os valores destas vendas na composição do aluguel da loja.

Destaca-se que para que a prática descrita acima seja considerada um ilícito contratual é importante que o contrato traga a previsão do que compreende o faturamento bruto, podendo

¹⁶ **Shopping Centers:** Breves Considerações sobre os principais contratos. Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/D6D15862A32281_ShoppingCenters-Brevesconsider.pdf. Acesso em 19 set. 2024.



ele englobar todos os negócios realizados na loja, não importando o local da entrega do bem comercializado.

Além da previsão do aluguel percentual, geralmente, são previstos nesses contratos cláusulas mais abrangentes, que preveem o que caracteriza o inadimplemento contratual a infração de qualquer cláusula ou descumprimento de qualquer obrigação decorrente do contrato entabulado. Sendo certo que, conforme analisado nas decisões supramencionadas, extrai-se que o locatário que fraudar ou diminuir o seu faturamento ou tentar dificultar a fiscalização deste incorrerá em infração que poderá levar a rescisão contratual.

Diante desse cenário, as medidas fiscalizatórias no tocante ao faturamento passaram a ser mais recorrentes, podendo haver auditorias, análise de registros e livros comerciais contábeis e fiscais. Além disso uma medida inovadora foi a implementação dos aplicativos por meio dos quais os clientes do *shopping* enviam as notas fiscais de suas respectivas compras realizadas nas lojas físicas do empreendimento comercial para alcançarem benefícios. Em contrapartida o *shopping* consegue exercer uma maior fiscalização face aos estabelecimentos integrantes.

Necessário destacar ainda que a cláusula fiscalizatória não é considerada como abusiva ou ilegal, conforme possível depreender da redação do Enunciado nº 30 da Jornada de Direito Comercial, a qual prevê que: “Nos contratos de shopping center, a cláusula de fiscalização das contas do lojista é justificada desde que as medidas fiscalizatórias não causem embaraços à atividade do lojista.”¹⁷

É esse também o entendimento de Maria Helena Diniz:

A administradora do shopping poderá fiscalizar o faturamento bruto da loja, averiguando os livros e registros que contenham a escrituração contábil, balanços e estoques de mercadorias, registro de vendas à vista e a crédito e o movimento diário das operações mercantis. Essa intromissão na contabilidade de cada loja terá por escopo apurar, em operação de sindicância, o valor percentual do aluguel participativo, de tal sorte que o lojista não poderá negar, se solicitado, a apresentação desses livros de registros. Tal sindicância não haverá num contrato de locação, sendo até mesmo incompatível com ele.¹⁸

Outro possível cenário, diante da constatação ocultação de vendas e consequente deságio no aluguel percentual, é o envio de notificação extrajudicial para que a loja se abstenha de efetuar as vendas por meio dos totens ou na modalidade *pick-up* e apresente inventário de

¹⁷ BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 30**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/55>. Acesso em: 19 set. 2024.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos** .2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 45.

vendas a fim de avaliar a defasagem no aluguel percentual e interromper as vendas nessa modalidade.

Gladston Mamede entende que:

A fidelidade dessa participação é garantida por uma obrigação acessória: a submissão do lojista à auditoria de sua contabilidade e de suas atividades, permitindo exame de caixas registradoras, recibos, talões, notas fiscais, livro de registro de estoque ou venda de mercadorias, ou, também, a qualquer outra forma de controle, diretamente, ou através de terceiros contratados.¹⁹

Havendo ainda, após a notificação, a burla e consequente encolhimento do aluguel percentual, faz-se necessário que outras medidas sejam aplicadas. Para tanto, é necessária a lavratura de atas notariais para que fiquem evidenciadas as práticas em questão. Logo, a ata deve conter a transação pelo modo tradicional quando a compra é finalizada e retirada dentro da loja, com a emissão da nota fiscal no CNPJ da loja física, bem como deve constar a compra realizada pelo meio eletrônico em totem, na modalidade *ship from store* e aquela feita por meio da *internet*, mas fora da loja, denominada *pick-up*, com a emissão da nota fiscal, que no caso em tela será emitida em por meio de CNPJ diverso daquele correspondente ao da loja integrante do *shopping*. Assim, é certo que tal manobra para não integrar o faturamento configura indubitavelmente uma burla ao contrato pactuado e, consequentemente uma infração que poderá, se previsto no contrato, implicar na aplicação de multas e até mesmo algo mais grave como ação de despejo, a qual pode ainda ser cumulada com lucros cessantes ou intervenção.

Portanto as medidas fiscalizatórias em grande maioria não se demonstram suficientes a ponto de evitar que o ato ilícito seja praticado pelos locatários, não restando outra opção ao *shopping*, senão levar tal questão a apreciação do Judiciário para frear essa prática, tendo em vista que os contratos, ainda que considerados paritários e que devem respeitar os princípios da *pacta sunt servanda*, boa-fé, e obrigatoriedade dos contratos, não têm o condão de impedir essa prática, bem como o fato de inexistir regulamentação específica. Entretanto, isso importa no ajuizamento de milhares de novas ações, tendo e vista que, geralmente, esses empreendimentos são de grande porte e contemplam inúmeros contratos com diversas empresas diferentes.

Uma opção para solucionar a burla do ineficiente sistema de fiscalização seria o desenvolvimento de uma plataforma ou *software*, junto aos caixas das lojas físicas, aliado a tecnologia e integrado ao sistema de inteligência artificial capaz de analisar e filtrar em tempo

¹⁹ MAMEDE, Gladston; colaboração de Roberta Cotta Mamede. **Manual de direito empresarial**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2024. p. 269. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559776115/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml05\]/4/36/1:4\[8.%20%2Ced\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559776115/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml05]/4/36/1:4[8.%20%2Ced]). Acesso em: 20 set. 2024.



real apenas as transações realizadas via *e-commerce* na modalidade *ship from store* ou *pick-up*. Sendo certo que tal inovação deve ser pensada em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, respeitando a Lei Geral de Proteção de Dados e a confidencialidade das informações fruto das fiscalizações instantâneas. Essa medida seria a mais viável e traria uma economicidade de tempo e trabalho, tornando o controle dessas vendas mais prático, rápido e eficiente. Isso significa dizer que a alternativa trazida implica em um melhor custo benefício, tendo em vista que as auditorias em loja ocorreriam apenas quando indispensáveis.

Entretanto, enquanto ausente a possibilidade de utilização dessa ferramenta mais efetiva no controle do faturamento, não resta outra opção, senão a submissão de todos os lojistas a recorrentes auditorias na contabilidade de cada uma, concedendo ao *shopping* uma certa liberdade e autonomia para fiscalizar o faturamento mensal diretamente junto ao caixa da loja, mas sempre respeitando a confidencialidade das informações.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o presente trabalho científico visou demonstrar que a conduta de faturamento por CNPJ diverso daquele vinculado a loja física do *shopping center* nas compras realizadas por meio do *e-commerce* e que necessariamente demandam da estrutura do empreendimento para serem devidamente concluídas, diante das novas e diferentes modalidades de compra proporcionadas pelo avanço da tecnologia, configuram violação contratual, bem como suas possíveis consequências.

Para tanto, tendo em vista ser o tema ainda pouco debatido, recorreu-se, principalmente, a jurisprudência do ordenamento brasileiro, a fim de esclarecer se a referida prática configura infração contratual e verificar as possíveis consequências jurídicas reconhecidas pela justiça pátria.

A partir dessa análise jurisprudencial verificou-se que a conduta praticada pelos lojistas, qual seja, faturar as transações virtuais que necessariamente dependem da estrutura organizada e proporcionada pelo *shopping* para que estas sejam finalizadas, seja para pagamento quando a venda ocorre pelo totem disposto na loja física, seja para que o cliente retire sua mercadoria, em CNPJ diverso daquele vinculado a loja física, podem configurar infração contratual.

A depender do disposto no contrato empresarial, que, em regra, é considerado paritário, uma vez que ambas as partes possuem força para articular e adequar suas cláusulas ao melhor interesse de ambos, o contrato pactuado entre o administrador do empreendimento e

do lojista, pode prever a rescisão do contrato e, conseqüentemente o despejo do locatário em razão do inadimplemento contratual, que no caso em tela se consubstancia no pagamento a menor do aluguel percentual.

Assim, considerando que o que rege tais relações é a Lei do Inquilinato e o Código Civil, os contratos em questão devem estar de acordo com a legislação aplicável e amparados pelos seus deveres anexos a boa-fé, bem como pautados nos princípios da autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*, pois irão nortear a relação jurídica e definir o que irá configurar como violação contratual e suas conseqüências, tendo este instrumento, portanto, força de lei entre as partes.

A pesquisa possibilitou averiguar nos casos jurisprudenciais analisados e abordados como referência que o contrato bem estruturado e prevendo as conseqüências jurídicas possuíram seu pleito acolhido a fim de deferir o despejo em razão da infração perpetrada pelo lojista. Nesses casos em específico foi possível verificar que foi obstada a inclusão do valor do faturamento vendas, nos moldes já descritos, para o cálculo do aluguel percentual, configurando ilícito e quedando o lojista sujeito as conseqüências as quais deu azo.

Diante de tal cenário ficou demonstrado que os *shopping centers* têm uma árdua e difícil tarefa de driblar a dificuldade trazida pela tecnologia, que é a de fiscalizar constantemente as vendas realizadas nas modalidades *ship from store* e *pick-up*. Dessa forma, é possível que os administradores, se valendo da cláusula de fiscalização, a qual é considerada legal, conforme se pode verificar por meio das decisões judiciais e do Enunciado nº 30 do Conselho da Justiça Federal, implementem uma fiscalização mais incisiva e recorrente.

Além disso, uma outra solução pensada pelo *shopping* a fim de minimizar suas perdas e intensificar o controle foi a implantação de aplicativos em que os clientes, ao realizarem compras nos estabelecimentos integrantes do empreendimento, enviam suas notas fiscais a fim de resgatarem benefícios. Dessa forma, o *shopping* incentiva os consumidores a comprarem em suas lojas para que sejam beneficiados com brindes que variam entre descontos, benefícios e produtos variados a fim de que consigam um maior controle nesse sentido.

Mais acertada, contudo, é a possível solução exposta no capítulo final. Objetivou-se demonstrar que o enfoque do problema em questão é a inefetiva fiscalização das vendas *online* que perpassam pela loja física do *shopping* e não integram o cálculo do valor devido à título de aluguel percentual. Para tanto, foi proposta a criação de um *software* que integra tecnologia e inteligência artificial capaz de realizar o filtro dessas vendas em tempo real, devendo todas as lojas do empreendimento adequarem-se e implantarem tal sistema em sua gestão.



Conclui-se, assim, que a prática do faturamento de vendas *online* que dependem da estrutura física do *shopping* configura, geralmente, a depender do disposto no pactuado, infração contratual, podendo o locatário sofrer as consequências como aplicação de multas, rescisão contratual e ação de despejo, conforme confirmado pela jurisprudência.

É certo que o desenvolvimento da temática vai além e que seus desdobramentos estão em evolução dada a complexidade do contrato de *shopping center* e pelo fato de ser um assunto relativamente recente. Assim, foram abordadas soluções que integram tecnologia e gestão financeira, mas que podem, com o tempo, serem cada vez mais moldadas a fim de se adequarem a evolução e a interação do mercado físico e virtual.

REFERÊNCIAS

BOAVENTURA, Thiago. Aluguel mínimo e em percentual: abusividade em contratos estabelecidos com shopping centers. **Migalhas**, São Paulo, 18 ago. 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/251784/aluguel-minimo-e-em-percentual--abusividade-em-contratos-estabelecidos-com-shopping-centers>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado nº 30**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/55>. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm. Acesso em: 16 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 16 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. (31ª Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 1004581-31.2015.8.26.0482**. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS – CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL – SHOPPING CENTER - AÇÃO DE DESPEJO POR INFRAÇÃO CONTRATUAL – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À ESTIPULAÇÃO DE PERCENTUAL DE FATURAMENTO BRUTO - INSTALAÇÃO DE QUIOSQUES NO ESPAÇO LOCADO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS PELA INTERNET - NOTAS FISCAIS EMITIDAS EM NOME DE OUTRA EMPRESA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA - PROCEDÊNCIA DA AÇÃO – RECURSO PROVIDO. Não há controvérsia acerca da instalação do ponto de venda de produtos pela internet no interior da loja recorrida. Outrossim, não há discussão quanto ao fato de que as vendas, apesar de serem realizadas dentro da loja situada no shopping recorrente eram faturadas em favor de pessoa jurídica alheia à relação locatícia, ou seja, deixavam de integrar o faturamento da ré e, consequentemente, influenciavam no valor do aluguel, caracterizando afronta ao contrato, posto que a remuneração mensal estava ajustada em percentual sobre o faturamento bruto da loja. Procedência da demanda reconhecida. Despejo decretado. Relator Des. Paulo Ayrosa, 16 de agosto de 2016.

Disponível

em:

<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do;jsessionid=635301AB5A9B6865606C0478F1B8198E.cjsjg3>. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **178908. TRIBUTÁRIO - SHOPPING CENTER - FATURAMENTO MENSAL** – [...] 3. Os contratos de locação de espaços em shopping center são contratos atípicos, ensejando locação de bens e serviços.[...], Relatora Min. Eliana Calmon, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E+178908%3C%2Fb%3E&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=ACOR&livre=+178908&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=P&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=¬a=&ref=> Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1295808. DIREITO CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. ALUGUEL COM BASE EM PERCENTUAL DE RENDA BRUTA. MANUTENÇÃO DE PONTO DE VENDAS PELA INTERNET NO INTERIOR DA LOJA. PRODUTOS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO FATURADOS EM NOME DE EMPRESA DIVERSA. DISSIMULAÇÃO DO FATURAMENTO DA LOCATÁRIA. VALOR DO ALUGUEL PAGO A MENOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DESPEJO. CABIMENTO.** [...] Relator Min. João Otávio de Noronha, 24 de abril de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?preConsultaPP=&pesquisaAmigavel=+%3Cb%3E1.295.808%3C%2Fb%3E&acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&b=ACOR&livre=1.295.808&filtroPorOrgao=&filtroPorMinistro=&filtroPorNota=&data=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=P&processo=&classe=&uf=&relator=&dtpb=&dtpb1=&dtpb2=&dtde=&dtde1=&dtde2=&orgao=&ementa=¬a=&ref=>. Acesso em: 16 ago. 2024

CUTAIT, Michel. **A rescisão dos negócios de shopping center.** 5 jun. 2017. Make it work: Shopping e varejo. Disponível em: <http://makeitwork.com.br/blog/sem-categoria/a-rescisao-nos-negocios-de-shopping-center/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

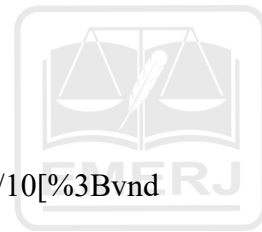
CUTAIT, Michel. **O impacto do e-commerce nos shopping centers.** 16 mai. 2014. Make it work: Shopping e varejo. Disponível em: <http://makeitwork.com.br/blog/sem-categoria/o-impacto-do-e-commerce-nos-shopping-centers/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Contrato de Shopping Center.** Rio de Janeiro, v.5, n.18, p.187-227, 2002. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_187.pdf Acesso em: 17 ago. 2024.

LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. **Aluguel em shopping centers: abusos e ilegalidades.** Revista Síntese de Direito civil e Processual, Ano II, nº 17, mi/jun-2002, p.108 apud TOMAZETTE, Marlon. Contratos Empresariais. São Paulo: JusPodivm, 2024.

MAMEDE, Gladston; colaboração de Roberta Cotta Mamede. **Manual de direito empresarial.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2024. Disponível em:



[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559776115/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml05\]!/4/36/1:4\[8.%20%2Ced\].](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559776115/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml05]!/4/36/1:4[8.%20%2Ced].) Acesso em: 20 set. 2024.

Números do setor: Definições e convenções. Abrasce, São Paulo. 15 ago. 2024. Disponível em: <https://abrasce.com.br/numeros/definicoes-e-convencoes/#:~:text=A%20Abrasce%20considera%20shopping%20center,pratica%20aluguel%20fixo%20e%20percentual>. Acesso em: 15 ago. 2024.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil:** estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1–25, 2016. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/627>. Acesso em: 26 set. 2024.

TOMAZETTE, Marlon. **Contratos Empresariais**. São Paulo: JusPodivm, 2024.

TURRA, Pedro Gabriel Romanini; FOGO, Luiz Felipe. **Limites da liberdade de contratação sobre cláusulas de não-concorrência em shopping center**. Conjur, São Paulo, 17 ago. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-ago-15/limites-da-liberdade-de-contratacao-sobre-clausulas-de-nao-concorrenca-em-shopping-center/#:~:text=A%20atipicidade%20dos%20contratos%20de,loca%C3%A7%C3%A3o%20de%20bens%20e%20servi%C3%A7os%E2%80%9D>. Acesso em: 17 ago. 2024.

BENS PÚBLICOS E TERRAS DEVOLUTAS: A POSSIBILIDADE DE USUCAPIR BENS DO ESTADO QUE NÃO CUMPREM FUNÇÃO SOCIAL EM PROL DA COLETIVIDADE

Gabriella Lima do Nascimento

Graduada pela Universidade Augusto Motta (UNISUAM).

Resumo – O presente trabalho objetiva questionar a inércia por parte do Estado em relação aos seus bens que não cumprem função social. Ademais, apresenta a preponderância do princípio da supremacia do poder público em relação aos princípios constitucionais fundamentais, como o cumprimento da função social, direito à moradia e dignidade da pessoa humana. Define o conceito jurídico de propriedade e posse, bem como a obediência do princípio da função social. Nesse sentido, estabelece os tipos da usucapião presente no Código Civil e a diferenciação de bens públicos e terras devolutas. Por fim, apresenta a possibilidade de indenizar os cidadãos que usucapem pelas benfeitorias realizadas e medidas necessárias em prol da coletividade.

Palavras-chave – Direito Civil. Usucapião. Bens Públicos. Terras Devolutas. Função Social. Benfeitorias.

Sumário – Introdução. 1. Propriedade X Posse e suas respectivas funções sociais. 2. A (im)possibilidade de usucapir bens públicos e terras devolutas. 3. A possibilidade de indenização por benfeitorias realizadas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem o condão de refletir acerca da violação do princípio da função social por parte do Estado quando se trata dos bens públicos e terras devolutas abandonados por estes. Conforme redação prevista na Constituição Federal de 1988, a obtenção de bem público e terras devolutas por meio da usucapião é vedada. Ademais, coadunando com a CRFB/88, o Código Civil também prevê referida proibição.

O tema citado é pacificado nos Tribunais Superiores, haja vista entenderem tratar-se, apenas, de mera detenção. Contudo, é relevante identificar a postura por parte do Estado por quedar-se inerte e ir de encontro à Constituição Federal de 1988.

Ademais, o possuidor da usucapião mansa e pacífica, do bem público ou da terra devoluta, é prejudicado ao não ser ressarcido por suas benfeitorias, que foram realizadas arduamente quando, sequer, o Estado tivera interesse.

Todavia, os inúmeros bens invadidos do Estado, ao não cumprirem sua função social, poderiam ser usucapidos por centenas de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade no Brasil e obtiveram um imóvel abandonado para destinar recursos socioeconômicos nesse período.

Diante do exposto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho tecendo breves explicações sobre o direito de propriedade e posse, além do princípio constitucional da função



social de ambos os institutos que, devido sua ausência, pode ensejar em aquisição da propriedade mediante usucapião.

Em seguida, no segundo capítulo, tece-se sobre bens públicos e terras devolutas e a impossibilidade da usucapião sobre estes, de modo a contestar uma contradição por parte do Estado por sobrepor o princípio da supremacia do interesse público, se abstendo do princípio da função social.

Por fim, o terceiro capítulo propõe questionar a possibilidade de indenização por benfeitorias realizadas, de modo a indagar um possível enriquecimento sem causa por parte do Estado perante o abandono do bem ou terra devoluta, bem como a importância da flexibilização presente na Constituição Federal diante da desídia do Estado em promover qualquer interesse público.

Portanto, o artigo visa esmiuçar o fato dos bens públicos e terras devolutas serem imprescritíveis, presente na Constituição Federal de 1988 e lei infraconstitucional, e questionar o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular, haja vista a violação da própria Administração Pública perante os princípios constitucionais que são de extrema importância e qual deveria preponderar nesses casos.

O trabalho é desenvolvido de forma exploratória, através do método bibliográfico, com a abordagem qualitativa dos dados coletados, uma vez que a pesquisadora se utiliza da bibliografia existente sobre o tema, bem como artigos científicos publicados e análise de uma doutrina minoritária em relação ao assunto, de modo a impulsionar a reflexão de todos os leitores.

Além disso, é usado o método científico hipotético-dedutivo, pois a pesquisadora apresenta hipóteses de mudanças diante da inobservância do Poder Público e avaliação do novo Decreto nº 11.929/24, que institui a democratização de imóveis da União abandonados para moradia e outros fins sociais, com parceria com os governos estaduais e municipais, de modo a concretizar a destinação do bem público inutilizado para habitação popular para pessoas de baixa renda.

1. PROPRIEDADE X POSSE E SUAS RESPECTIVAS FUNÇÕES SOCIAIS

Os princípios fundamentais refletem valores essenciais para haver um Estado Democrático de Direito, ou seja, são os alicerces da Constituição, de forma a reger a todos. Sua inobservância, portanto, é grave.

Os direitos fundamentais são normas obrigatórias e dentre eles está inserido o direito de propriedade, que se refere à possibilidade de o cidadão dispor da coisa, previsto no art. 5º, XXII da CRFB/88¹. Nas palavras do ilustríssimo jurista Uadi Lammêgo Bulos:

[...] direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.²

Nessa esteira, no inciso seguinte do artigo supracitado, a Constituição assegurou que a propriedade deverá atender a sua função social, conforme art. 5º, XXII, da CRFB/88³, assim, tornando-se princípio norteador em relação ao direito de propriedade. A função social, melhor dizendo, destaca que a propriedade é legítima devido a sua finalidade. Deste modo, o Estado imiscui o proprietário a certas obrigações.

Outrossim, a propriedade tem efeito *erga omnes*, ou seja, o dono tem poder sobre o bem, podendo desfrutar dos louros que ali se estabelecem; contudo, seu uso deve desempenhar-se conforme o princípio da função social.

Coadunando com a Constituição Federal de 1988, o Código Civil no art. 1.228, §§ 1º e 2º⁴, explicita o direito do proprietário usar, gozar e dispor da coisa, estabelecendo uma função social, exercendo de acordo com as devidas finalidades econômicas e sociais, obedecendo as leis que designam a preservação da flora, fauna, patrimônio histórico e artístico, equilíbrio ecológico, as belezas naturais, bem como evitar a poluição do ar e das águas. Portanto, entende-se que a função social da propriedade tem como objetivo exigir do titular um aproveitamento do bem em nome do interesse público.

Importante salientar a possibilidade do Estado desapropriar a pessoa do bem devido ao não cumprimento da função social, desde que haja justa e prévia indenização em dinheiro, vide art. 5º, XXIV, da CRFB/88⁵, sendo uma medida drástica, a julgar o direito de propriedade ser de caráter relativo, conforme entendimento do STF:

¹BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 ago. 2024.

² BULOS, Uadi L. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023 p. 271.

³BRASIL, ref. 1.

⁴BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 5 ago. 2024.

⁵BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 ago. 2024.



o direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.⁶

Sob essa perspectiva, necessário se faz diferenciar a propriedade da posse, pois nem todo possuidor é proprietário da coisa. Enquanto esse é um poder de direito; este, se prevalece de uma exteriorização de conduta de dono, ou seja, age como se fosse o proprietário.

A redação do art. 1.196, do Código Civil de 2002⁷ afirma que é considerado possuidor aquele que detém o bem, de forma plena ou não, dos poderes inerentes à propriedade.

Desse modo, de forma clara, o Código Civil adotou a teoria de Ihering, em outros termos, a teoria objetiva, em que o possuidor se comporta perante o bem da forma como faria o proprietário, assim, possuindo uma postura de dono sobre a coisa.

Com excelência, o professor e juiz Pablo Stolze Gagliano reafirma o que é lecionado: “possuidor seria aquele que, mesmo sem dispor do poder material sobre o bem, comporta-se como se fosse o proprietário, imprimindo-lhe destinação econômica”⁸. Logo, a posse é uma exteriorização da propriedade e se justifica com a função social que lhe é dada.

O Enunciado n. 492, V Jornada de Direito Civil explicita que “a posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela”⁹.

Dessa maneira, incontestável é a conclusão de que a função social da posse advém da função social da propriedade *in comento*. Isto posto, a função social da posse garante o direito à saúde, ao trabalho e à moradia, à medida que a função social da propriedade é regida pela Constituição Federal em prol de interesses coletivos.

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautela na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213/DF**. Reforma agrária. Invasão de imóveis rurais privados e de prédios públicos [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 23 abr. 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1823899>. Acesso em: 11 ago. 2024.

⁷BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 5 ago. 2024.

⁸ GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. Noções gerais sobre posse. In: GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Manual de Direito Civil**: volume único. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 26.

⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 492, de novembro de 2011**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/561>. Acesso em: 5 ago. 2024.

Assim, a Constituição repisa a importância da função social, como no art. 182, § 2º, destacando que a propriedade urbana deverá cumprir a função social respeitando as exigências fundamentais conforme ordena o plano diretor da cidade.

Em relação à função social do imóvel rural, previsto no art. 186 da Carta Mãe¹⁰, há alguns requisitos para que a função social seja cumprida, como a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, aproveitamento racional e adequado, exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores e observância em relação às leis trabalhistas.

Irrefutável é que a função social de ambas efetiva direitos fundamentais e, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves Farias¹¹ destaca que a função social se insere na estrutura de qualquer direito subjetivo para justificar a razão pela qual ela serve e qual papel desempenha. Logo, se entende que caso outrem faça esse papel, poderá adquirir o bem a posteriori, nos critérios definidos em lei, por usucapião.

Até aqui o exposto, compreende-se ausência da função social ser fato gerador da aquisição da propriedade por meio da usucapião, ou seja, a pessoa que age como dono do bem adquire a propriedade, mesmo sem vínculo com o proprietário, por se utilizar dele por período prolongado.

O legislador atribuiu no Código Civil de 2002¹² a possibilidade de usucapir o imóvel aquele que exerce a posse como se dono fosse – *animus domini* –, previsto nos artigos 1.238 a 1.244, dividindo-a em espécies e será exposto no presente trabalho algumas delas para melhor compreensão. Contudo, destaca-se o fato da usucapião servir, efetivamente, para concretizar a função social da propriedade.

Inicialmente, no art. 1.238, do Código Civil¹³, prevê a possibilidade da usucapião extraordinária, determinando que é válido adquirir a propriedade que esteja residindo, como se fosse seu, por quinze anos (de forma contínua), sem que haja interrupção ou oposição, tornando-se indiferente possuir boa-fé.

¹⁰BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 ago. 2024.

¹¹FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. 16. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 1.030.

¹²BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 5 ago. 2024.

¹³BRASIL, ref. 12.



Na usucapião ordinária prevista no art. 1.242, do Código Civil¹⁴, o tempo reduz para dez anos, pois, nesse caso, é previsto que a pessoa detenha de boa-fé ao usufruir do imóvel. Ainda, poderá reduzir o prazo para cinco anos, quando adquirido de forma onerosa com base no registro em cartório, mas é necessário que os possuidores estejam estabelecidos na moradia ou investido.

Há, também, a previsão da usucapião rural e urbana, na qual se tratando de imóvel rural poderá usucapir o imóvel em cinco anos, desde que seja de modo ininterrupto e sem oposição, tornando-a produtiva e fazendo sua morada. A previsão em área urbana seguirá os mesmos requisitos.

E, por fim, a usucapião especial urbana coletiva, prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01)¹⁵, estabelece que aqueles que convivem ali há mais de cinco anos, sem oposição, e cujo total da área dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor, poderão ser usucapidos.

Conclui-se, então, que o instituto averiguado é demasiadamente importante para a regularização da propriedade, bem como respeitar o princípio constitucional exposto ao longo do texto.

2. A (IM)POSSIBILIDADE DE USUCAPIR BENS PÚBLICOS E TERRAS DEVOLUTAS

O Código Civil estabelece o que são os bens públicos no art. 99¹⁶, classificando-os, conforme sua destinação, de uso comum do povo (praças, rios, estradas; porém a lei permite a cobrança de taxas pela utilização desses bens públicos), de uso especial (edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento de administração pública) e os dominicais (patrimônio de pessoas jurídicas do direito público, mas sem uso específico por falta de destinação).

Outrora, no parágrafo único, expressa que os bens dominicais são aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, lê-se: União, Estados, Municípios e Distrito Federal, mesmo que esteja sendo usufruído por uma estrutura de direito privado.

¹⁴BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 5 ago. 2024.

¹⁵BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 7 ago. 2024.

¹⁶BRASIL, ref. 14.

Conforme os fatos ora narrados no capítulo anterior, compreende-se que os bens particulares podem ser adquiridos por usucapião quando os residentes os utilizam como moradia. Porém, a Carta Magna (art. 183, § 3º e art. 191, parágrafo único¹⁷) veda veemente usucapir os bens públicos, com aquiescência do Código Civil.

Cinge-se afirmar, em regra, os bens públicos são inalienáveis, impenhoráveis, não-onerosos, pois não podem ser penhorados de modo a obter lucro nos cofres públicos, e imprescritíveis, ou seja, impedidos de ser usucapidos.

Nessa vereda, o Supremo Tribunal Federal em entendimento sufragado na Súmula n. 340¹⁸, determina que os bens dominicais, assim como os demais bens públicos, não poderão ser abrangidos pelo instituto da usucapião.

Contudo, a possibilidade de usucapir bens públicos já fora objeto de debate, em 1920, por Spencer Vampré¹⁹, que discordava sobre a impossibilidade da usucapião em bens públicos estabelecido nos arts. 66 e 67, do Código Civil de 1916, porque era mencionado que os bens públicos dominicais, eram passíveis de alienação na forma que a lei prescrever, ou seja, poderiam ser adquiridos pela posse prolongada, e a usucapião era uma forma de alienação prescrita em lei à época.

Porém, consoante apontado, o Código Civil de 2002 não mudou a redação e continuou afirmando que os bens dominicais podem ser alienados.

Por essa perspectiva, já foi objeto de discussão na 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁰, a possibilidade de usucapir imóvel com cláusula de inalienabilidade. A Min. Nancy Andrighi explicou que se o bem gravado for alienado, o ato será nulo. Porém, o art. 214, § 5º, da Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos)²¹, prevê que não poderá ser decretado nulidade se atingir terceiro de boa-fé que já preencheu as condições de usucapião do imóvel. Referido entendimento oportuna a discussão sobre o artigo que prevê a inalienabilidade sobre os bens públicos e a possibilidade de usucapir.

¹⁷BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 ago. 2024.

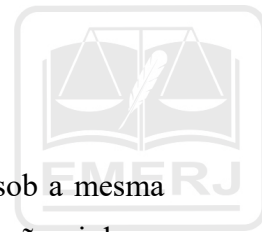
¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). **Súmula nº 340**. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=3319>. Acesso em: 11 ago. 2024.

¹⁹VAMPRÉ, Spencer. Estão os bens públicos sujeitos a usucapião? **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 385, 1920.

²⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1911074/PR**. Usucapião [...]. Relator Min. Nancy Andrighi, Celso de Mello, 24 ago. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=137385838®istro_numero=202003295949&peticao_numero=202100797537&publicacao_data=20211015. Acesso em: 11 ago. 2024.

²¹BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.



Na atualidade, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves²² compreendem, sob a mesma perspectiva, sensata a possibilidade de usucapião dos bens públicos, de modo a não violar o princípio da função social da posse.

Corroborando com a tese, Flávio Tartuce²³, aponta que, se deve obedecer ao princípio constitucional da função social da propriedade e ele prepondera entre os demais, logo, os bens públicos podem estar inclusos.

No mesmo sentido, com o intuito de proteger as terras públicas, surgiu a espécie, referente aos bens públicos, denominada como terras devolutas, prevista na Lei n. 6.383/76²⁴, que disciplina a discriminação e a delimitação das terras devolutas da União. Pode-se dizer que integra, também, os bens dominicais, haja vista nunca terem destinação pelo Poder Público e/ou integrou domínio particular. Nessa toada, o art. 20, inc. II e art. 26, inc. IV, ambas da CRFB/88²⁵, elucida que as terras devolutas são bens da União e será do Estado caso a União não as compreenda como.

Ademais, o artigo 188, *caput*, da CRFB/88²⁶, explicita que as terras públicas e devolutas serão compatibilizadas com o plano nacional de reforma agrária e com a política agrícola. Entretanto, o processo para discriminá-las é complexo, pois as terras estão entre terras públicas e, também, particulares. Ora, portanto, é possível afirmar que são duas espécies de bens públicos diferentes e poderão ser usucapidas devido a não discriminação certa.

O Supremo Tribunal Federal²⁷ compreende que as terras devolutas, quando não registradas, poderão ser objeto da usucapião, não tornando possível a presunção de que é propriedade do Estado, sendo este incumbido pela produção do ônus da prova como meio de defesa. Logo, por entender ser um tipo de bem dominical e sujeito a usucapião, poderia, também, os bens públicos estarem sujeitos a mesma regra.

²²FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos reais**. v. 5, 20. ed. São Paulo: JusPodium, 2024, p. 1.032.

²³TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: vol. único. 11. ed. Método: São Paulo, 2021.

²⁴BRASIL. **Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o Processo Discriminatório de Terras Devolutas da União, e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6383.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

²⁵BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 ago. 2024.

²⁶BRASIL, ref. 25, p. 8.

²⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 936.508/PI**. Usucapião. Terras sem registro. Falta de presunção [...]. Relator Min. Luis Felipe Salomão, 13 mar. 2018. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601560955&dt_publicacao=20/03/201. Acesso em: 11 ago. 2024.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona²⁸, a usucapião de terras devolutas deveria ser permitida, devido ao não desempenho por parte do Estado em destinar função socioeconômica ao imóvel, contradizendo um próprio direito imposto pelo Estado, seja qual, o princípio da função social que tanto se destaca ao longo da obra.

Vale destacar que, o mesmo constituinte que impõe a vedação da usucapião dos bens públicos, também ordena que a propriedade deve cumprir sua função social e garante a todos o direito fundamental à moradia, tornando-se contraditório ao afirmar que está agindo de acordo com o princípio da supremacia do interesse público.

Cabe expor que na obra de Maria Sylvia Di Pietro²⁹, é descrito que o princípio da supremacia do interesse público não é absoluto e tem como função, além de atender ao interesse público, atender o bem-estar coletivo. Resta claro que a Administração Pública falha e não exerce o poder que lhe fora imposto.

Relevante observar que parcela da população não fora agraciada com o básico, devido às políticas públicas agirem de maneira lenta e gradual. Consequentemente, a resposta desse processo são pessoas que necessitam do mínimo substancial.

O ponto que cerne a questão é a violação, também, do princípio da dignidade da pessoa humana, em que deixa o cidadão ao relento por não ter como se sustentar. Como exemplo, há de se destacar que, em 2023, fora realizado um levantamento pela Prefeitura do Rio de Janeiro atestando o aumento do número de pessoas em situação de rua, totalizando em 7.865 pessoas³⁰.

No Brasil, há 160 mil pessoas que vivem em domicílios improvisados, sendo locais como cavernas, abrigos naturais, veículos e prédios abandonados, segundo relatório do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)³¹ realizado em 2024. Na matéria em questão, é relatado que os dados coletados são apenas de pessoas que vivem em domicílios improvisados, excluindo na conta as pessoas em situação de rua.

Faz-se mister trazer à baila, a incoerência por parte do Estado ao não permitir que uma família, que resida há tempos no bem e de boa-fé, apenas seja mero detentor e sem a possibilidade de justa indenização para continuar alocado em outro local.

²⁸GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: direitos reais**. v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

²⁹PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

³⁰Número de pessoas em situação de rua no Rio aumentou; maioria é preta ou parda e possui baixa escolaridade. **G1**, Rio de Janeiro, 14 abr. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/04/14/numero-de-pessoas-em-situacao-de-rua-no-rio-aumentou-maioria-e-preta-ou-parda-e-possui-baixa-escolaridade.ghtml>. Acesso em: 5 ago. 2024.

³¹Censo: Brasil tem 57 mil pessoas morando em tendas e barracas e 1,9 mil, em veículos. **G1**, Rio de Janeiro, 6 set. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/censo/noticia/2024/09/06/censo-brasil-tem-57-mil-pessoas-morando-em-tendas-e-barracas-e-19-mil-em-veiculos.ghtml>. Acesso em: 7 set. 2024.



Através de um levantamento, em 2017, da ONG Cartas Abertas, foi estimado que no âmbito da União há pelo menos 18.091 imóveis sem uso³². Através da desídia, os gastos públicos aumentam, devido a deterioração do bem e depreciações e, sob outra ótica, o bem poderia estar integrado à população para mantê-lo em pleno funcionamento e convívio social.

Logo, de grande utilidade seria a possibilidade da usucapião daquele que vive em bens públicos desafetados e sem qualquer perspectiva de utilização para o interesse social, pois o Estado se desobriga a cumprir a função social da propriedade devido sua inércia, de modo a não trazer melhoria alguma para as classes mais pobres e corroborando com o da desigualdade social.

É de suma importância a Administração Pública se encarregar de preponderar o princípio mais importante no momento de colisão entre o princípio da supremacia do interesse público e o da função social da propriedade e dignidade da pessoa humana. Nessa vertente, o interesse público não deve ser tratado como premissa absoluta, devendo se preocupar com o melhor interesse em prol da coletividade em meio à desafetação do bem.

3. A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS REALIZADAS

Um dos efeitos da posse, além da possibilidade de usucapir o bem, é a viabilidade de indenização pelas benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias, conforme previsão do art. 1.219, do Código Civil³³.

As benfeitorias nas palavras de Silvio de Salvo Venosa³⁴, são obras ou despesas feitas na coisa, para o fim de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la. Decorrem, portanto, da atividade humana.

O art. 96 e seus parágrafos do texto legal supramencionado, distinguem os três tipos de benfeitorias. Sendo assim, as benfeitorias voluptuárias são aquelas que visam valorizar a propriedade, por mero deleite ou recreio, de modo a aformosear o bem, não sendo o proprietário obrigado a restituir o inquilino.

As benfeitorias úteis são aquelas que têm o objetivo de trazer melhorias ao imóvel, não sendo de caráter urgente, mas de importância para facilitar ou aumentar o uso do bem.

³²Governo gasta fortuna com aluguéis e tem 18 mil imóveis desocupados. **G1**, Rio de Janeiro, 30 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/03/governo-gasta-fortuna-com-alugueis-e-tem-18-mil-imoveis-desocupados.html>. Acesso em: 6 ago. 2024.

³³BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 7 set. 2024.

³⁴VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Direitos Reais**. v.4. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

Nesse caso, o pagamento ou restituição será de responsabilidade do proprietário do imóvel, apenas, se for autorizado e se desejar arcar com a despesa.

Por último, as benfeitorias necessárias têm a função de conservar o bem ou evitar que este se deteriore, sendo executadas sem a anuência do proprietário e, mesmo assim, terá obrigação de restituir ou pagar outrem por ser, como definido, de caráter necessário.

A Min. Nancy Andriighi expressa que:

pelo princípio da gravitação jurídica, as benfeitorias acompanham o imóvel, de forma que esses melhoramentos introduzidos pelo possuidor direto, em algumas situações, passam para o patrimônio do proprietário (possuidor indireto) quando o bem principal retorna à sua posse.³⁵

Assim, corroborando com o que está expresso no art. 1.219 do Código Civil, o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis que fez. Não obstante, o art. 1.222 do Código Civil, permite, também, a indenização ao possuidor de má-fé que tenha realizado benfeitorias, tendo o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo.

Deste modo, a restituição pelas benfeitorias busca inviabilizar o enriquecimento sem causa de uma das partes, havendo boa ou má-fé.

Na súmula nº 619 do Superior Tribunal de Justiça³⁶ está expresso que a ocupação do bem público configura mera detenção, sendo inviável indenização ou retenção por acessões e benfeitorias por ser uma ocupação indevida, ou seja, de natureza precária.

Cinge-se a controvérsia a definir de que o Estado está se beneficiando de um enriquecimento sem causa, haja vista o não cumprimento da função social sobre os seus bens e ausência do poder de polícia por parte da Administração Pública para resguardá-los.

É compreensível o pensamento do legislador ao proteger com veemência os bens públicos, mas por se tratar de um princípio de extrema importância, qual seja, a função social, faz-se compreender que quanto os bens particulares, quanto os públicos deverão atender tal requisito.

Outrora, o cidadão não deve prejudicar-se devido a uma política pública falha. Logo, a possibilidade de restituição das benfeitorias realizadas iria ajudar a pessoa a sobreviver em outro local com o mínimo de dignidade substancial.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial nº 1.854.120/PR**. Recurso Especial. Ação Resolutória. Benfeitorias. Enriquecimento Ilícito [...]. Relatora: Min. Nancy Andriighi, 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2018699&num_registro=201903776791&data=20210211&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 7 set. 2024.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula nº 619**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/sumstj/article/view/5048/5175>. Acesso em: 7 set. 2024.



De encontro ao que foi escrito, o autor Wagner Inácio Freitas Dias destaca sobre a possibilidade da usucapião, mas indaga a possibilidade da pessoa tornar-se proprietário do bem público ao invés de receber indenização pelas benfeitorias realizadas, devido à desídia por parte do Estado.

Assim, caracterizadas estariam as condições para que o juiz possa dar vistas e azo à pretensão de se usucapir um bem formalmente público, mas que tenha deixado de atender à sociedade por tempo considerável e já se tenha por agregado ao patrimônio de um cidadão, não lhe sendo plausível reivindicar a mera indenização pelas benfeitorias, mas sim receber por completo a titularidade da gleba na qual fincou-se e construiu toda uma vida. Resultam determinados, pois, a *legitimatío ad causam* (é o indivíduo possuidor, a tempos, de um bem, sendo o sujeito passivo o ente público desidioso em sua função de resguardo dos bens e interesses gerais, perfazendo-se, assim, a plena pertinência ativa e passiva da ação), o interesse de agir (não pode proceder por força própria, sendo a ação, conforme Pontes de Miranda “declaratória, em que demandados são quaisquer interessados e os confinantes” e adequada a determinar quem se deve ter por titular real e efetivo do bem, uma vez que, “trata-se de ação declaratória, com eficácia mandamental”, sendo um dos efeitos o registro) e a possibilidade jurídica de agir (a regra constitucional de imprescritibilidade não tem por efeito proteger os bens formalmente materiais, mas sim aqueles que materialmente atendam aos clamores da sociedade, desde que não haja um empecilho direto a tal desclassificação, como já dito, o caso das terras de fronteira). Nesta linha, restringimos nosso pensamento às chamadas terras devolutas, pois, em face destas a doutrina é parcialmente concorde de sua prescritibilidade. Buscamos levar a compreensão da estruturação não-pública a todos os bens que estejam adjudicados a uma pessoa de direito público e que não se encontrem plenamente destinados a uma finalidade pública e social, nestes compreendidos toda uma gama de bens dominiais e até mesmo os bens de uso especial que estejam largados ao tempo sem que o ente que os afetou tenha mantido o serviço nele existente ou a especial destinação, seja por desafetação legal ou tácita.³⁷

Nessa vereda, a União oficializou o decreto nº 11.929/24³⁸, instituindo o Programa de Democratização dos Imóveis da União, no qual prevê destinação de imóveis públicos abandonados em prol da população.

O decreto tem como objetivo destinar imóveis que terão a inclusão a inclusão obrigatória de bibliotecas, a cumprirem sua função social e beneficiar famílias que vivem em situação de vulnerabilidade. Além do mais, parte dos imóveis também serão direcionados à educação, saúde, cultura e atividades esportivas.

Diante do exposto, compreende-se que há uma contradição por parte do Poder Público em relativizar a função social e o direito à moradia. Contudo, espera-se mudanças

³⁷ DIAS, Wagner Inácio Freitas. Da possibilidade (constitucional) de usucapião sobre bens públicos. **Rosenvald Advogados**. Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.rosenvald.com.br/opinioao/da-possibilidade-constitucional-de-usucapio-sobre-bens-pblicos>. Acesso em: 7 set. 2024.

³⁸BRASIL. **Decreto nº 11.929, de 26 de fevereiro de 2024**. Institui o Programa de Democratização de Imóveis da União e o Comitê Interministerial do Programa de Democratização de Imóveis da União e dispõe sobre a criação e o funcionamento dos Fóruns Estaduais de Apoio ao Programa de Democratização de Imóveis da União. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2024/decreto-11929-26-fevereiro-2024-795330-publicacaooriginal-171097-pe.html>. Acesso em: 7 set. 2024.

para prevalecer uma interpretação benéfica em prol da coletividade e prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar, através de autores renomados; contudo, com pensamentos minoritários, a possibilidade de um particular usucapir bens públicos e dominicais através da ausência da função social por parte do poder público.

Apesar do tema estar pacificado pelo Poder Judiciário, há provocação de celeuma do leitor sobre o assunto, pois deve-se analisar os princípios fundamentais, como da função social, da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia, devem prevalecer quando colidirem com o princípio da supremacia do interesse público, haja vista serem absolutos.

De fato, há uma proibição constitucional e infraconstitucional, mas deve ser analisado minuciosamente cada caso, tendo em vista que o direito não é absoluto no estado democrático de direito. Os direitos precisam coexistir e não abarcar em sua literalidade.

Verificou-se relevante contradição por parte do judiciário, com o respeito da palavra, ao interpretar as normas constitucionais, pois não há valoração sobre os direitos sociais; assim, havendo uma colisão de interesses e prejudicando os menos afortunados através dos impactos gerados.

Além do mais, cumpre salientar que o Brasil vive problemas seculares a respeito de políticas sociais que assolam toda uma população. Portanto, além da impossibilidade de usucapir os bens, questionável é a decisão de não haver indenização com as benfeitorias realizadas, deixando o cidadão entregue à própria sorte.

O presente artigo tem o intuito de refutar as teses embasadas e analisar outras possibilidades sob uma nova ótica, de modo a agregar a sociedade como um todo e o pensamento crítico do judiciário ao invocar novas perspectivas aos bens públicos e terras devolutas que ficam à mercê por parte do Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 ago. 2024.

BRASIL. [Estatuto da Cidade (2001)]. **Estatuto da Cidade de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em:



https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/////LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 7 ago. 2024.

BRASIL. [Lei da Ação Discriminatória (1976)]. **Lei da Ação Discriminatória de 1976**. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/////LEIS/L6383.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. [Lei de Registros Públicos (1973)]. **Lei de Registros Públicos de 1973**. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em: 5 ago. 2024.

BRASIL. Programa de Democratização de Imóveis da União (2024). **Programa de Democratização de Imóveis da União de 2024**. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/login/fed/decret/2024/decreto-11929-26-fevereiro-2024-795330-publicacaooriginal-171097-pe.html#:~:text=Institui%20o%20Programa%20de%20Democratiza%C3%A7%C3%A3o,De%20mocratiza%C3%A7%C3%A3o%20de%20Im%C3%B3veis%20da%20Uni%C3%A3o>. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). **Súmula nº 340**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=3319>. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.213/DF**. Reforma agrária. Invasão de imóveis rurais privados e de prédios públicos [...]. Relator: Min. Celso de Mello, 23 abr. 2004. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1823899>. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial n. 1.911.074/PR**. Usucapião [...]. Relator Min. Nancy Andrighi, Celso de Mello, 24 ago. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=137385838®istro_numero=202003295949&peticao_numero=202100797537&publicacao_data=20211015. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 1.854.120/PR**. Recurso Especial. Ação Resolutória. Benfeitorias. Enriquecimento Ilícito [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 9 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=2018699&num_registro=201903776791&data=20210211&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 7 set. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 936.508/PI**. Usucapião. Terras sem registro. Falta de presunção [...]. Relator Min. Luis Felipe Salomão, 13 mar. 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601560955&dt_publicacao=20/03/201. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula nº 619**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj/article/view/5048/5175>. Acesso em: 7 set. 2024.

BULOS, Uadi L. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

DIAS, Wagner Inácio Freitas. Da possibilidade (constitucional) de usucapião sobre bens públicos. **Rosenvald Advogados**. Belo Horizonte. Disponível em: <https://www.rosenvald.com.br/opiniaoda-possibilidade-constitucional-de-usucapio-sobre-bens-pblicos>. Acesso em: 7 set. 2024.

FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direitos reais**. 16. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Noções gerais sobre posse. In: GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: volume único**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

GAGLIANO, Pablo S.; FILHO, Rodolfo P. **Novo curso de direito civil: direitos reais**. v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro: direito de família**. v.6. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*.

Governo gasta fortuna com aluguéis e tem 18 mil imóveis desocupados. **G1**, Rio de Janeiro, 30 mar. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/03/governo-gasta-fortuna-com-alugueis-e-tem-18-mil-imoveis-desocupados.html>. Acesso em: 6 ago. 2024.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **SÉRIE IDP – Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book*.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. v. IV. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*.

Número de pessoas em situação de rua no Rio aumentou; maioria é preta ou parda e possui baixa escolaridade. **G1**, Rio de Janeiro, 14 abr. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/04/14/numero-de-pessoas-em-situacao-de-rua-no-rio-aumentou-maioria-e-preta-ou-parda-e-possui-baixa-escolaridade.ghtml>. Acesso em: 5 ago. 2024.

Censo: Brasil tem 57 mil pessoas morando em tendas e barracas e 1,9 mil, em veículos. **G1**, Rio de Janeiro, 6 set. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/censo/noticia/2024/09/06/censo-brasil-tem-57-mil-pessoas-morando-em-tendas-e-barracas-e-19-mil-em-veiculos.ghtml>. Acesso em: 7 set. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: vol. único**. 11. ed. Método: São Paulo, 2021.



VENOSA, Sílvio de S. **Direito Civil: Direitos Reais**. v.4. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.
E-book.

VAMPRÉ, Spencer. Estão os bens públicos sujeitos a usucapião? **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 34, p. 385, 1920.

OVERSHARENTING: O IMPACTO DA EXPOSIÇÃO EXCESSIVA DE MENORES NAS REDES SOCIAIS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

Greycielen da Silva Dias

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada. Pós-graduada em Direito Processual pela PUC-MINAS. Pós-graduanda em Direito Público e Privado da EMERJ.

Resumo – A prática do *Oversharenting*, que consiste no compartilhamento excessivo de informações dos filhos pelos pais, tem ganhado contornos significativos no mundo jurídico, o que demanda maior aprofundamento doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto e maior conscientização social. Neste artigo buscou-se analisar os efeitos do *Oversharenting* na vida das crianças, fazendo-se uma reflexão sobre os principais riscos aos quais elas são expostas. Além disso, analisou-se também quais são os limites impostos aos pais na exposição dos filhos, fazendo-se um contraponto com o conflito entre o direito de liberdade dos genitores e a privacidade dos menores. Bem como, pretendeu-se analisar a responsabilidade civil dos pais, com base na legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave – Direito civil. *Oversharenting*. Mídias sociais. Direitos da personalidade. Direito à privacidade. Poder Familiar. Responsabilidade Civil

Sumário – Introdução. 1. Os perigos do *Oversharenting*: como a exposição excessiva afeta a vida das crianças e dos adolescentes. 2. *Oversharenting* e autoridade parental: conflito entre Direitos Fundamentais 3. Da responsabilidade civil dos pais no contexto do *Oversharenting*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico-científico enfoca a temática do fenômeno chamado de *Oversharenting* que consiste no ato dos pais compartilharem excessivamente imagens ou informações sobre seus filhos on-line. Tal fenômeno se tornou conhecido com o aumento do uso das plataformas digitais, sendo fruto da chamada era digital.

Divulgam-se fotos, vídeos, localizações, rotinas etc. como uma forma de compartilhar as experiências da maternidade e paternidade. No entanto, esse comportamento dos pais de exposição excessiva dos filhos suscita uma série de questões, entre elas a violação da privacidade das crianças e a sua segurança, tendo em vista que tais informações podem ser acessadas, compartilhadas e armazenadas por qualquer pessoa.

É fato que os genitores possuem o poder familiar, que engloba a incumbência e o direito legal de tomar decisões sobre seus filhos. Porém, como detentores da autoridade parental, aos pais incumbe zelar pelo melhor interesse dos filhos sempre com observância aos



limites impostos pela lei, tendo em vista a doutrina da proteção integral, sob pena de vir a responder civilmente por eventuais excessos no exercício deste poder.

O estudo do tema é importante dada a relevância social e jurídica da matéria, particularmente diante dos riscos crescentes associados a prática do *Oversharenting* como por exemplo roubo de identidade, *cyberbullying*, pedofilia etc. e da necessidade de maior conscientização da sociedade sobre o assunto, uma vez que não há legislação específica no nosso ordenamento jurídico.

O trabalho tem como finalidade responder às seguintes questões norteadoras: O que é *Oversharenting* e quais são as suas repercussões sobre a vida das crianças e dos adolescentes? Os pais têm ampla liberdade de expressão na exposição de seus filhos? Os pais respondem civilmente pela exposição exagerada dos filhos?

O primeiro capítulo do trabalho busca esclarecer o significado de *Oversharenting* e seus efeitos na vida das crianças e adolescentes. Em seguida, o segundo capítulo traz uma reflexão sobre o direito de liberdade de expressão dos pais no compartilhamento de informações de seus filhos, fazendo-se um contraponto com os direitos personalíssimos destes, e os limites da autoridade parental. Já o terceiro capítulo destina-se a verificar a possibilidade de responsabilização civil dos pais pelos possíveis danos causados pela exposição excessiva dos dados e imagens dos infantes.

A metodologia utilizada neste artigo baseia-se no método hipotético-dedutivo e foi desenvolvida a partir de pesquisas bibliográficas, artigos científicos, periódicos e sites especializados sobre o tema.

1. OS PERIGOS DO OVERSHARENTING: COMO A EXPOSIÇÃO EXCESSIVA AFETA A VIDA DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

A sociedade atual é marcada pelo uso constante das redes sociais, onde a vontade de permanecer conectado, leva as pessoas a compartilharem diariamente suas rotinas, pensamentos e lembranças por meio de publicações em plataformas digitais. Contudo, essa prática que é aparentemente inofensiva, esconde um grande problema, o chamado *Oversharenting*.

O termo *Oversharenting* refere-se ao ato dos pais de compartilharem de maneira exagerada fotos, vídeos, dados e informações pessoais de seus filhos nas redes sociais. Segundo Filipe Medon prática o *Oversharenting* aquele genitor que expõe a vida de seu filho de forma excessiva, invadindo a privacidade da criança e transformando-a em uma espécie de celebridade mirim, sem que ela tenha a capacidade de compreender o impacto dessa exposição nas redes

sociais¹. Logo, segundo o autor não é qualquer compartilhamento que configura a prática, é necessário que haja o excesso.

Um caso emblemático de exposição excessiva na esfera pública é a situação dos influenciadores infantis, menores de idade com uma grande base de seguidores nas redes sociais, cujas contas são criadas e administradas por seus responsáveis legais, como é o caso das irmãs Maria Flor e Maria Alice, filhas da influenciadora digital Virginia Fonseca, que já conquistaram a impressionante marca de 7,4 milhões de seguidores no Instagram².

Geralmente, quando os genitores compartilham a rotina de seus filhos, querem simplesmente registrar o desenvolvimento das crianças e suas conquistas. Porém, essa atitude ainda que pareça inofensiva à primeira vista, necessita ser analisada com mais cautela devido às ameaças que podem surgir.

Diante do exposto, levanta-se a seguinte problematização: Quais os impactos do *Oversharenting* na vida das crianças e adolescentes? Para responder a essa pergunta é necessário fazer uma análise de alguns pontos como privacidade, segurança de informações, consentimento e consequências psicológicas e sociais.

Em um mundo em que as informações são facilmente acessadas, armazenadas e compartilhadas deve-se ter um maior cuidado com a divulgação de informações. Isso porque, depois que os dados são compartilhados e ingressam na internet podem ser visualizados e coletados por terceiros, inclusive com más intenções, o que pode expor as crianças e os adolescentes a diversos crimes virtuais, como roubo de identidade, cyberbullying e pedofilia. Logo, mesmo que a intenção seja apenas compartilhar momentos em família, a divulgação dessas informações pode ter consequências inesperadas e prejudiciais.

Neste sentido, um estudo conduzido pelo banco Barclays³ projeta que nos próximos dez anos, a prática excessiva de pais compartilharem informações pessoais de seus filhos na internet resultará em 7,4 milhões de casos de fraude de identidade por ano até 2030. Sendo o *Oversharenting* responsável por aproximadamente dois terços das fraudes de identidade enfrentadas pelos jovens até o final da próxima década, gerando um custo anual de £ 667 milhões.

¹ MEDON, Filipe. Big Little Brother Brasil: pais quarentenados, filhos expostos e vigiados. **Jota Info**, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/big-little-brother-brasil-pais-quarentenados-filhos-expostos-e-vigiados>. Acesso em: 09 set. 2024.

² INSTAGRAM. **Mariasbaby**. Instagram: @mariasbaby. Disponível em: <https://www.instagram.com/mariasbaby/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³ COUGHLAN, Sean. 'Sharenting' puts young at risk of online fraud. **BBC**, Estados Unidos. 24 mai. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/education-44153754>. Acesso em: 22 jul. 2024.



Um ponto relevante que os pais muitas vezes ignoram ao praticar o *Oversharenting* é o consentimento da criança. Ao compartilhar fotos e vídeos dos filhos, eles geralmente não consideram a opinião dos próprios filhos em relação ao conteúdo divulgado, gerando muitas vezes situações humilhantes e vexatórias. Desta forma, os filhos, prejudicados pela exposição excessiva e prematura da sua imagem, podem responsabilizar judicialmente seus pais.

Além disso, quando os responsáveis compartilham dados sobre seus filhos on-line, estão construindo uma identidade digital para eles, o que pode restringir a capacidade das crianças de controlar sua própria presença online no futuro. Isso porque elas crescem em um ambiente onde toda a sua vida já está documentada, desde o nascimento (ou antes dele) até a adolescência, o que pode trazer graves consequências como a perda da identidade virtual. Desta forma, é fundamental que os responsáveis pelas crianças, seres frágeis e em fase de desenvolvimento, tenham cautela ao expor sua imagem, a fim de evitar possíveis danos no futuro.

Além dos problemas acima supracitados, uma outra consequência dessa exposição é o aumento dos casos de crimes virtuais como o cyberbullying. Uma matéria da revista *Veja* revelou que o Brasil está entre os países com o maior número de casos de *cyberbullying* no mundo, sendo responsável por 29% dos casos⁴. Fato que motivou a promulgação da Lei n.º 14.811/24⁵, que regulamentou os crimes de bullying e cyberbullying no país.

Um outro ponto que não é observado são as consequências psicológicas que decorrem do *Oversharenting*. A exposição excessiva pode causar problemas de saúde mental como depressão e ansiedade. Bem como, pode gerar transtornos alimentares, como bulimia e anorexia. Isso ocorre devido ao constrangimento que as crianças podem sentir com a frequente exposição feita pelos responsáveis.

Todos os temas abordados anteriormente levam a um ponto crucial que é a segurança dos dados. Conforme já dito anteriormente, a divulgação constante de informações pessoais, como nome, endereço, instituição escolar frequentada, entre outras, pode permitir que terceiros obtenham informações detalhadas sobre a rotina das crianças e adolescentes, colocando-as em

⁴ HUPSEL FILHO, Valmar. Agora é crime: cyberbullying alarma o Brasil, 2º país no mundo em casos. *Veja*. Brasil. 19 jan. 2024. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/agora-e-crime-cyberbullying-alarma-o-brasil-2o-pais-no-mundo-em-casos>. Acesso em: 22 jul. 2024.

⁵ BRASIL, **Lei nº 14.811, de 12 de janeiro de 2024**. Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: Presidente da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm. Acesso em: 22 jul. 2024.

risco de crimes virtuais. Isso porque os responsáveis, buscando registrar os momentos familiares e as vivências dos filhos, acabam compartilhando informações indevidas nas plataformas digitais.

O compartilhamento inicia-se já no momento em que a mãe descobre que está grávida e, cheia de alegria com a novidade da chegada do bebê, compartilha imagens do ultrassom nas redes sociais. E se estende até o nascimento, quando os pais postam uma foto do recém-nascido nas redes sociais, indicando o local do nascimento e a data do parto.

A situação se torna mais complicada devido à falta de entendimento dos responsáveis sobre as normas de privacidade adotadas pelas plataformas. Segundo uma pesquisa realizada pela *Nomit*, a maioria dos pais (85%) não atualizou suas configurações de privacidade em plataformas de mídia social nos últimos doze meses, e somente 10% se sentem totalmente seguros ao gerenciá-las. Ademais, 50% dos pais admitiram ter apenas noções básicas sobre como controlar as configurações de privacidade de suas redes sociais preferidas, enquanto 39% não sabem ao certo como proceder⁶.

Ante o exposto, deve-se questionar: Os pais detêm ampla liberdade para postar o que quiserem em suas redes sociais ou esse direito encontra um limite no direito à privacidade dos filhos? Esse é um dilema que todos os responsáveis precisam refletir com cautela enquanto lida com a crescente digitalização do mundo.

Neste sentido, há diversas cautelas que podem ser tomadas pelos pais para proteger a privacidade de seus filhos, entre elas está o aumento das configurações de privacidade de suas redes sociais, e o cuidado com o conteúdo exposto, evitando-se assim que esses dados possam ser acessados e utilizado por terceiros mal intencionados.

2. OVERSHARENTING E AUTORIDADE PARENTAL: CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em mundo digital, onde é comum o compartilhamento da rotina nas redes sociais, questiona-se se os pais têm ampla liberdade para postar o que quiserem nas redes sociais, incluindo a rotina de seus filhos. Desta forma, é necessário analisar as limitações do direito de liberdade dos pais em detrimento dos direitos personalíssimos dos filhos.

⁶ Parents 'oversharing' family photos online, but lack basic privacy know-how. **Nominet**. Reino Unido. 5 set. 2016. Disponível em: <https://www.nominet.uk/parents-oversharing-family-photos-online-lack-basic-privacy-know/>. Acesso em: 22 jul. 2024.



Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves “poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”⁷, ou seja, é a administração da vida dos filhos pelos progenitores.

Previsto nos artigos 1630⁸ a 1638⁹ do código civil de 2002, o poder familiar é uma substituição da expressão “pátrio poder” prevista no código civil de 1916¹⁰ que conferia autoridade parental somente ao pai, tendo a mulher um papel secundário no contexto familiar.

Essa mudança de pensamento é uma decorrência do tratamento isonômico conferido ao homem e à mulher pelo artigo 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988¹¹, que trouxe alterações significativas ao contexto familiar. De acordo com Maria Berenice Dias, a constituição, ao garantir igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal, concedeu a ambos os pais a responsabilidade compartilhada pelo poder familiar em relação aos filhos. Sendo essa evolução acompanhada pelo ECA que adotou uma abordagem mais protecionista, priorizando os deveres e responsabilidades dos pais em relação aos filhos em vez de se concentrar nos direitos dos pais sobre eles¹².

Uma outra alteração importante que impactou as relações familiares foi a implementação dos princípios de proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente, tanto na Constituição Federal quanto no ECA. Com adoção desses princípios os menores de idade passaram a ser vistos não somente como objetos de direitos, mas como titulares de direitos, com prioridade máxima e proteção legal especial em relação aos demais integrantes da família.

Assim, a estrutura familiar que outrora era hierarquizada e marcada pela forte presença do patriarcado, passou a ter um contexto mais isonômico, onde todos os componentes da unidade familiar são detentores de direitos e deveres.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. – 23. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024. p.164.

⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidente da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁹ BRASIL, ref. 8

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidente da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

¹¹ DF: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivim, 2021. p.304.

Diante do exposto, pode-se afirmar que autoridade parental concede aos genitores a capacidade de influenciar o caminho tomado pelos seus filhos, desempenhando uma função crucial na orientação e no desenvolvimento destes. Tal autoridade envolve diversos aspectos, como as decisões relacionadas à educação e saúde, bem como as escolhas acerca do lar e da exposição pública.

O hábito dos pais de compartilhar informações pessoais de seus filhos nas plataformas virtuais, não é algo incomum. No entanto, quando esse compartilhamento envolve a superexposição da vida das crianças pelos pais, surge o dilema do conflito de interesses entre dois direitos fundamentais: a liberdade de expressão dos responsáveis garantida pelo artigo 5º, inciso IV¹³ da CRFB/88 e o direito à privacidade das crianças e adolescentes, assegurado pelo artigo 5º, inciso X¹⁴ da CRFB/88 e artigos 17¹⁵ e 100, inciso V¹⁶ do ECA.

Diante desse contexto, quando houver conflito entre direitos fundamentais, Alexandre de Moraes orienta que:

O intérprete deverá utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua, pois nessas hipóteses, como salienta Robert Alexy, há necessidade que um dos direitos fundamentais ceda ao outro, “o que não significa declará-lo inválido”, mas analisar as circunstâncias fáticas para, no caso concreto, realizar a devida ponderação e apontar a precedência de um em relação ao outro.¹⁷

Assim, quando houver colisão entre direitos fundamentais, é necessário fazer uma ponderação entre eles. Neste sentido, Eberlin cita que:

A análise sobre os direitos a serem tutelados no caso do *Oversharenting* demanda mecanismos de solução para os casos concretos (seja pela ponderação com base no princípio da proporcionalidade, seja com base na interpretação sistemática), sendo necessário encontrar uma justa medida para preservar tanto o direito à liberdade de expressão dos pais e de terceiros como o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais de crianças.¹⁸

¹³ BRASIL, ref. 11

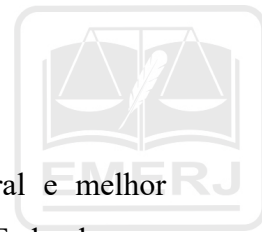
¹⁴ BRASIL, ref. 11

¹⁵ BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidente da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

¹⁶ BRASIL, ref. 15

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes**. 39. ed. [2. Reimp.] . Barueri [SP]: Atlas, 2023. p. 42.

¹⁸ EBERLIN, F.B.V.T., **Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de Crianças no ambiente digital: O papel dos provedores de Aplicação no Cenário Jurídico Brasileiro**. 3 ed. v. 7. Brasília: Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2017. p. 15. Ebook



Logo, levando-se em consideração os princípios da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente previstos no artigo 227¹⁹ da Constituição Federal e nos artigos 1º e 3º do ECA²⁰, faz-se a análise dos referidos direitos.

O direito à liberdade de expressão garante a todas as pessoas o direito de se manifestarem livremente, e para diversos responsáveis, o ato de publicar imagens, vídeos e histórias sobre seus filhos nas plataformas online é visto como uma forma de exercer esse direito.

Quanto ao direito à privacidade, ele também é um direito fundamental garantido pela Constituição, atuando como uma extensão da personalidade do indivíduo. Tal direito segundo Anderson Schreiber protege não apenas a privacidade do indivíduo, mas também a segurança de seus dados.²¹

Nas palavras do autor o direito à privacidade “Não se limita ao direito de cada um de ser “deixado só” ou de impedir a intromissão alheia na sua vida íntima e particular”²². Segundo ele, esse direito vai além do ambiente familiar e alcança qualquer local onde estejam presentes informações pessoais do indivíduo, “aí incluídos suas características físicas, código genético, estado de saúde, crença religiosa e qualquer outra informação pertinente à pessoa”²³.

Diante disso, os pais ao compartilhar excessivamente informações pessoais dos filhos, estão violando seus direitos, o que contraria seu dever parental de protegê-los. Logo, os pais como guardiões dos filhos, devem zelar por seus interesses, sobretudo porque eles não têm capacidade de controlar como suas informações são divulgadas e utilizadas.

A situação se agrava em razão do caráter permanente da internet, pois quando um conteúdo é compartilhado online, torna-se praticamente impossível removê-lo. Assim, as escolhas dos pais tomadas em certo instante podem ter um grande impacto no futuro das crianças e adolescentes, acarretando sérias consequências para a sua saúde psicológica, além de interferir nos seus relacionamentos interpessoais e na construção da sua imagem pública.

Uma situação hipotética seria o caso de um pai ou mãe, que compartilha nas redes sociais, os problemas psicológicos de seus filhos com seus seguidores, com o intuito de dividir os desafios da parentalidade. Apesar de inicialmente ser um ato inofensivo, pode futuramente

¹⁹ BRASIL. Ref. 11

²⁰ BRASIL. Ref. 15

²¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.138

²² Idem. p.139

²³ Idem. p. 139

ser usado contra essa criança na vida adulta, tendo em vista a construção de uma imagem social não desejada.

Neste sentido, Anderson Schreiber afirma que “o destino da pessoa humana acaba decidido não com base na sua real personalidade, mas com base na representação virtual que é construída a partir de dados pessoais coletados.”²⁴

Desta forma, conclui-se que o direito à privacidade dos filhos deve ser priorizado em relação à liberdade de expressão dos pais, tendo em vista as possíveis consequências prejudiciais que a divulgação excessiva pode acarretar na vida daqueles. Logo, destaca-se a importância de proteger os direitos dos menores e assegurar que eles possam se desenvolver em um ambiente seguro e saudável, longe dos perigos da internet. Além disso, ao expor demais a vida das crianças e adolescentes nas redes sociais, os pais falham em proteger a privacidade dos filhos, o que contradiz o princípio da autoridade parental.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NO CONTEXTO DO OVERSHARENTING

Conforme dito no capítulo anterior, crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, e, portanto, detentores dos direitos fundamentais previstos na constituição federal, como o direito da personalidade, nele incluído o direito à privacidade, intimidade e imagem. Desta forma, quando os pais praticam o *Oversharenting* estão violando esses direitos. Com a violação desses direitos surge o seguinte questionamento: os pais podem ser responsabilizados civilmente pela prática do *Oversharenting*?

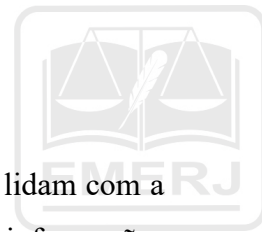
O *Oversharenting* tem se destacado recentemente, especialmente durante o período da pandemia da COVID-19, no qual a presença online dos pais se intensificou. No entanto, apesar do crescimento dessa prática e das questões legais que a envolvem, ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação específica para regulamentar o tema.

A lei geral de proteção de dados - LGPD (Lei 13.709/18)²⁵ e o Marco Civil da Internet (Lei 12.964/14)²⁶, são leis que visam regulamentar o tratamento de dados pessoais e

²⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 140

²⁵ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 10 set.2024

²⁶ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 10 set.2024.



a segurança digital no Brasil. Contudo, apresenta diversas falhas na forma como lidam com a proteção da privacidade dos menores, em especial no que diz respeito ao uso das informações por parte dos pais ou responsáveis legais.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) determina que a salvaguarda das informações de crianças e adolescentes deve priorizar sempre o seu bem-estar, estipulando que é imprescindível obter a autorização dos responsáveis para a coleta e o uso dos dados dos menores por entidades externas. Ocorre que, embora preveja tal proteção, a lei é omissa quanto ao uso desses dados pelos próprios pais, permitindo que eles compartilhem e exponham dados pessoais de seus filhos sem a devida supervisão ou restrições.

Da mesma forma, o Marco Civil da Internet, que regulamenta o uso da Internet no Brasil, também não aborda de forma direta a questão da superexposição dos dados de crianças e adolescentes por seus pais, o que resulta em uma falta de proteção para os menores no contexto do *Oversharenting*.

Portanto, diante da falta de uma regulamentação específica sobre o assunto, a solução é buscar a responsabilização dos pais nas normas e princípios já existentes no nosso ordenamento jurídico.

No que se refere ao conceito de responsabilidade civil, Flávio Tartuce afirma que ela se subdivide em responsabilidade contratual ou negocial e em responsabilidade civil extracontratual, sendo essa última baseada em dois alicerces categóricos: o ato ilícito (art. 186 do CC/02²⁷) e o abuso de direito (art. 187 do CC/02²⁸)²⁹.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, o artigo 186 do CC/02³⁰ traz uma regra geral de responsabilidade por ato ilícito, segundo o qual todo aquele que causar dano a outrem é obrigado a repará-lo³¹. Neste sentido, diz o referido artigo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”³².

Desta maneira, do referido dispositivo, podemos inferir que para configuração da responsabilidade civil é necessário o preenchimento de alguns elementos, que nas palavras de Maria Helena Diniz são:

²⁷ BRASIL, ref. 8

²⁸ BRASIL, ref.8

²⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2018. p.115 a 117.

³⁰ BRASIL. ref.8

³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves**. – 23. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024. p.22

³² BRASIL, ref. 8

a) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.³³

Já o artigo 187 do CC/02³⁴ aborda a responsabilidade por abuso de direito, segundo o qual “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”³⁵. Quanto ao abuso do direito, o enunciado 37 do CJF diz ainda que “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.³⁶

Diante do exposto, no contexto do *Oversharenting*, os responsáveis ao divulgarem em excesso os dados e a imagem de seus filhos, não apenas desrespeitam seus direitos da personalidade, irrenunciáveis, indisponíveis e inalienáveis, podendo causar-lhes danos, como também agem de maneira abusiva ao ultrapassar os limites da autoridade parental, configurando assim ato ilícito passível de indenização nos termos do artigo 927 do CC/02³⁷.

O estatuto da criança e do adolescente também aborda a questão da responsabilidade dos pais pela violação dos direitos das crianças e adolescentes. Segundo o artigo 70 do ECA³⁸ todos são responsáveis pela prevenção da ameaça ou violação de direitos dos infantes. Logo, podem os responsáveis serem responsabilizados pela inobservância das normas de prevenção, conforme disciplinado no artigo 73 do ECA³⁹.

A proteção aos direitos da personalidade encontra amparo ainda em diversos dispositivos do Código Civil e da Constituição Federal, como por exemplo os artigos 11 e 20 do CC/02⁴⁰ e o artigo 5º, V e X da CRFB/88⁴¹, que garantem à vítima de violações o direito de ingressar com uma ação de reparação de danos pelos prejuízos sofridos.

³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Saraiva. 2005.v.7.p. 42.

³⁴BRASIL. ref. 8

³⁵ BRASIL, ref. 8

³⁶ CJF. Enunciado 37 do. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>. Acesso em: 01 set. 2024.

³⁷ BRASIL, ref. 8

³⁸ BRASIL, ref. 15

³⁹ BRASIL, ref. 15

⁴⁰ BRASIL, ref. 8

⁴¹ BRASIL. ref. 11



Diante do exposto, caso os filhos no futuro venham a se sentir prejudicados com a exposição precoce e indevida de sua imagem e dados, que não foram autorizados, poderão processar seus pais e reivindicar uma compensação pelos danos causados, com base nos dispositivos supramencionados.

No que diz respeito ainda à proteção conferida pelo ECA, o artigo 201, V⁴² diz que compete ao Ministério Público a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos de crianças e adolescentes, que deverá ser realizada por meio da ação civil pública⁴³. Logo, no caso de violação aos direitos personalíssimos dos menores, cabe ao MP intervir para que esses direitos sejam garantidos.

Além disso, destacam-se os enunciados 39 do IBDFAM⁴⁴ (Instituto Brasileiro de Direito de Família) e 691⁴⁵ da IX Jornadas de Direito Civil, que afirmam:

Enunciado 39 - A liberdade de expressão dos pais em relação à possibilidade de divulgação de dados e imagens dos filhos na internet deve ser funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente e ao respeito aos seus direitos fundamentais, observados os riscos associados à superexposição.

Enunciado 691 – A possibilidade de divulgação de dados e imagens de crianças e adolescentes na internet deve atender ao seu melhor interesse e ao respeito aos seus direitos fundamentais, observados os riscos associados à superexposição.

Assim, embora os referidos enunciados não sejam legislações, eles demonstram os primeiros passos da comunidade jurídica em prol da regulamentação da prática do *oversharenting* no Brasil.

Portanto, ainda que não haja uma norma específica sobre a responsabilidade civil dos pais pela superexposição dos dados e imagem dos filhos, é viável sustentar essa responsabilidade com base nos princípios gerais do direito e na aplicação das normas existentes, protegendo assim os direitos das crianças e adolescentes.

⁴² BRASIL, ref. 15

⁴³ BRASIL, ref. 15

⁴⁴ IBDFAM. Enunciado 39 do. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 10 set.2024.

⁴⁵ CJF. Enunciado 691 da IX Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acesso em: 10 set.2024

O estudo elaborado teve como propósito investigar o fenômeno do chamado *Oversharenting*, que consiste no compartilhamento excessivo de imagens e dados dos filhos pelos pais. Essa prática que está em ascensão em um mundo cada vez mais digital, tem gerado grandes discussões em todo o mundo a respeito dos desafios e dos riscos que a acompanham. Sendo assim, diante da relevância e atualidade do tema, buscou-se delimitar neste trabalho, a partir dos primeiros estudos doutrinários e científicos, os impactos que essa prática traz para a vida das crianças e adolescentes e seus reflexos jurídicos.

Inicialmente, constatou-se que o ato dos pais de divulgarem em excesso as imagens e informações sobre seus filhos nas plataformas virtuais, coloca em risco a segurança e a privacidade deles, sujeitando-os a diversos perigos on-line como o roubo de identidade e a exploração sexual, causando também danos consideráveis sobre seu desenvolvimento psicológico e emocional. Diante disso, é importante que os pais façam uma avaliação cuidadosa do conteúdo que está sendo compartilhado, devendo-se sempre levar em consideração o melhor interesse dos menores.

Posteriormente, analisou-se a questão do conflito entre o direito de liberdade de manifestação dos pais e o direito à privacidade das crianças, concluindo-se que, apesar da importância de garantir a liberdade dos pais, a segurança das crianças deve sempre ser a maior preocupação, considerando sua vulnerabilidade dentro do ambiente familiar.

Os pais exercem um papel fundamental na vida e na formação dos filhos, sendo responsáveis por tomar as principais escolhas sobre eles, e dentre essas escolhas está a de compartilhar ou não a vida das crianças nas redes sociais. Porém, como foi abordado neste estudo, a liberdade dos pais é limitada. Logo, quando há o compartilhamento excessivo de informações, os pais acabam ultrapassando os limites da autoridade parental, desrespeitando, assim, a privacidade dos filhos. Desta forma, chegou-se à conclusão de que a prática do *Oversharenting* não está em conformidade com o exercício do poder parental, tendo em vista o abuso do direito por parte dos pais.

Partindo-se desta premissa, o último capítulo, analisou a possibilidade de os pais virem a responder civilmente pela superexposição dos filhos. Ocorre que, embora não haja regulamentação legal da matéria, é possível que os pais respondam judicialmente caso violem os direitos dos filhos e lhes causem prejuízos, sendo tal responsabilidade atribuída com base nos princípios gerais do direito e nas normas jurídicas vigentes.

Dessa maneira, se os filhos no futuro se sentirem prejudicados pela divulgação demasiada de seus dados e informações, poderão ingressar com uma ação de reparação de danos em face dos pais. Assim, é fundamental que os responsáveis ajam com mais consciência e



cuidado ao compartilhar informações pessoais dos filhos, devendo certificar-se que suas atitudes não causem danos a longo prazo na vida deles.

Ante o exposto, chegou-se à conclusão de que a prática do *Oversharenting* apesar de ser um tema atual e pouco debatido, é de suma importância dada a gravidade dos riscos que a envolvem. Sendo necessário não só maior aprofundamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, como também a adoção de políticas públicas de conscientização da sociedade, buscando-se assim preservar os direitos e a segurança das crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidente da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm?ref=blog.suitebras.co. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidente da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidente da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Institui a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL, **Lei nº 14.811, de 12 de janeiro de 2024.** Institui medidas de proteção à criança e ao adolescente contra a violência nos estabelecimentos educacionais ou similares, prevê a Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual da Criança e do Adolescente e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: Presidente da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/l14811.htm. Acesso em: 22 jul. 2024.

COUGHLAN, Sean. 'Sharenting' puts young at risk of online fraud, **BBC**. Estados Unidos. 24 mai. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/education-44153754>. Acesso em: 22 jul. 2024.

CJF. Enunciado 37 do. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>. Acesso em: 01 set. 2024.

CJF. Enunciado 691 da IX Jornadas de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acesso em: 10 set.2024

DF: BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivim, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Saraiva. 2005.v.7.

EBERLIN, F.B.V.T., **Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de Crianças no ambiente digital: O papel dos provedores de Aplicação no Cenário Jurídico Brasileiro**. Revista Brasileira de Políticas Públicas 3 ed. v. 7 Brasília: 2017.

HUPSEL FILHO, Valmar. Agora é crime: cyberbullying alarma o Brasil, 2º país no mundo em casos. **Veja**. Brasil. 19 jan. 2024. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/agora-e-crime-cyberbullying-alarma-o-brasil-2o-pais-no-mundo-em-casos>. Acesso em: 22 jul. 2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves**. – 23. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2024.

IBDFAM. Enunciado 39 do. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 10 set.2024.

INSTAGRAM. **Mariasbaby**. Instagram: @mariasbaby. Disponível em: <https://www.instagram.com/mariasbaby/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

MEDON, Filipe. Big Little Brother Brasil: pais quarentenados, filhos expostos e vigiados. **Jota Info**, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3cxEdJv>. Acesso em: 09 set. 2024.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional / Alexandre de Moraes**. 39. ed. [2. Reimp.] Barueri [SP]: Atlas, 2023.

Parents ‘oversharing’ family photos online, but lack basic privacy know-how. **Nominet**. Reino Unido. 5 set. 2016. Disponível em: <https://www.nominet.uk/parents-oversharing-family-photos-online-lack-basic-privacy-know/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 8.ed.rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2018.



UMA ANÁLISE DO TEMA 506 DO STF: COMO COMPREENDER O ARTIGO 28 DA LEI 11343/06 SOB À ÓTICA DO JULGAMENTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA CONSUMO PESSOAL?

Helena Garcia Carneiro

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – A Lei nº 11343/06 trouxe como inovação o artigo 28 que prescreve sobre o delito de porte de substâncias entorpecentes para consumo pessoal. Todavia, tal conduta sempre gerou controvérsia acerca do seu caráter de sanção penal. Isso porque o próprio texto legal não fixou parâmetros quantitativos, o que abre margem para que o julgador aplique a lei de forma casuística. Nesse sentido, percebe-se que, a depender da quantidade de droga apreendida, um agente pode ser enquadrado como usuário e, por isso, sem sofrer sanções penais ao passo que outro pode ser imputado como traficante para fins de comercialização, o que caracteriza um aumento significativo na reprimenda penal. Dessa forma, com o avanço no panorama social, tornou-se imprescindível balizar o que significa a expressão “consumo pessoal” e quais os aspectos que podem transmutá-lo em tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, em recente julgado, o STF enfrentou tal discussão para sanar eventuais vícios e afastar a insegurança jurídica que essa situação implicava. Questiona-se, entretanto, qual foi a efetiva mudança trazida pelo julgamento do Tema 506 e sua aplicação na prática.

Palavras-chave: Lei de Drogas nº 11343/06. Consumo pessoal. Descriminalização. Tema 506 do STF.

Sumário – Introdução. 1. O porte para consumo pessoal. A inovação trazida pela lei nº 11343/06 em relação à lei nº 6368/76. 2. A diferença necessária entre descriminalizar, despenalizar e legalizar. A sanção administrativa e a sanção penal. A análise do artigo 28 da lei nº 11343/06 e suas controvérsias. 3. A descriminalização do porte para uso pessoal a luz do Tema 506 do STF. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa as mudanças trazidas pela Lei nº 11343/06 no que concerne especificamente ao delito de porte de drogas para uso pessoal e as repercussões negativas que a ausência de balizamento quantitativo traz para aqueles que respondem a processos criminais que muitas vezes são enquadrados como traficantes. Ademais, busca esmiuçar o recente julgado do Supremo Tribunal Federal sobre a descriminalização do delito do porte para consumo pessoal.

O consumo de drogas tem sido considerado por muitos o mal do século. Não apenas utilizado de forma recreativa, mas também como método de prover para a família tendo em

vista a ausência do Estado em diversos setores sociais. Todavia, a diferença entre o consumo pessoal e a traficância passou a ser de incumbência dos juízes, o que causa enorme insegurança jurídica, tendo em vista que cada caso é analisado de maneira casuísta e não com embasamento legal.

Nesse contexto, pelo assolamento de casos no Judiciário que enquadram como traficante aquele que portava quantidade inexpressiva de droga, inclusive com a aplicação de penas extremamente altas, foi necessário que o Supremo Tribunal Federal, em regime de repercussão geral, fixa-se parâmetros a serem analisados e aplicados por todos os Tribunais nacionais para evitar o encarceramento em massa de indivíduos com base no artigo 28 da Lei de Drogas.

O primeiro capítulo busca fazer uma comparação entre a antiga lei de drogas 6368/76 e a lei 11343/06 no que concerne ao tratamento do delito de porte de substâncias entorpecentes para uso pessoal e as diferenças trazidas pelo legislador ao retirar a previsão de sanção de pena privativa de liberdade a quem comete esse delito.

No segundo capítulo, há a pretensão de abordar de maneira minuciosa o artigo 28 da lei 11343/06 e tecer uma imprescindível comparação entre os institutos da descriminalização, despenalização e legalização e quais são as implicações jurídicas deles. Menciona-se ainda a exposição sobre o que é uma sanção penal e uma sanção administrativa, o que passou a se considerar tal conduta.

O terceiro e último capítulo busca analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a descriminalização do porte para uso pessoal e como o artigo 28 da Lei 11343/06 deverá ser interpretado a partir desse comando com efeito irradiante para todo o ordenamento jurídico e todas as mudanças, lacunas e divergências que os Tribunais nacionais terão que reconhecer para a aplicação na prática do aresto.

O artigo é desenvolvido pelo método indutivo, uma vez que se pretende eleger um conjunto de premissas, as quais acredita que darão apoio à conclusão.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. O PORTE PARA CONSUMO PESSOAL. A INOVAÇÃO TRAZIDA PELA LEI Nº 11343/06 EM RELAÇÃO À LEI Nº 6368/76



O consumo de drogas sempre foi compreendido como um mal que deve ser repreendido de forma eficaz e radical. Não é por outro motivo que o tráfico de drogas é o maior responsável pelo encarceramento em massa no Brasil. A Lei 6386/76 foi elaborada em um contexto de ditadura militar o que significa dizer que a repressão ao porte para consumo pessoal era punida com pena de reclusão. O artigo 16 do antigo diploma legal previa uma pena de 6 meses a 2 anos de detenção para aquele que fosse preso com substância entorpecente mesmo que para uso pessoal. Ressalta-se que a prévia lei também não trazia balizamentos quantitativos para enquadrar o indivíduo como usuário. Ou seja, não havia qualquer preocupação com a repressão ao uso de narcóticos ou até mesmo a questão de saúde pública que deveria ser enfrentada pelas autoridades com o aumento expressivo da circulação de substâncias entorpecentes. Era realizada uma análise tão somente punitiva.¹

Com a lei nº 6368/76, o Brasil se comprometeu em efetivar uma guerra contra as drogas, punindo com rigor quem as consumisse ou vendesse. Esse posicionamento se coadunava com o cenário internacional, principalmente dos Estados Unidos, em que o presidente Nixon declarou as drogas como o inimigo número um do país. Nesse período, as prisões relacionadas a entorpecentes aumentaram de maneira considerável. De acordo com o Anuário Estatístico do Brasil, publicado pelo IBGE, entre 1961 e 1974, o número total de reclusos no Brasil aumentou de 21.047 para 28.483, o que representa um aumento de 35%.²

A Lei 11343/06 revogou integralmente a 6386/76 e eliminou a pena privativa de liberdade ao delito de porte para consumo pessoal. O novo diploma legal prevê a aplicação de penas restritivas de direito, como: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Atesta-se, entretanto, que, apesar de ter atenuado a sanção do delito também não estipulou parâmetros quantitativos para configuração do “consumo pessoal”.

De acordo com o doutrinador Cleber Masson, o legislador partiu da premissa de que a prisão da pessoa não produz benefícios reais à sociedade, notadamente porque obsta o tratamento de eventual dependência química e insere o “consumidor” em um sistema carcerário superlotado e sem qualquer perspectiva de ressocialização. Urge salientar ainda que não apenas

¹ ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro de. Análise Crítica dos impactos da Lei 11.343/06 nos rumos do encarceramento no Brasil. **Semana Acadêmica**, Fortaleza-CE. v.11, Edição 231, p.1-19, ano 2023. Disponível em: https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/76_artigo_-_marcelo_caetano_bittencourt_pizzani_ribeiro_de_andrade_-_analise_critica_dos_impactos_da_lei_11.343-06_nos_rumos_do_encarceramento_no_brasil_1_0.pdf. Acesso em: 31 jul. 2024.

² HISTÓRICO Legal das Políticas sobre drogas no Brasil e no Rio Grande do Sul. **Gov.Rs**. Disponível em: <https://justica.rs.gov.br/historico-legal-das-politicas-sobre-drogas-no-brasil-e-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 31 jul. 2024.

tal fundamento se revela válido, mas é de notório conhecimento que os presídios são dominados por facções criminosas que podem levar o mero usuário à traficância.³

Importa salientar que, apesar da supressão das penas privativas de liberdade ao delito de porte para consumo pessoal, as condutas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas não deixaram de ser consideradas crimes. A falta de previsão de pena privativa de liberdade para os crimes de consumo pessoal não constitui óbice à identificação de sua natureza como criminosa, já que a própria Constituição, em seu artigo 5º, XLVI delega ao legislador a possibilidade de estabelecer aos delitos outras penas que não a privativa de liberdade.

A despeito do legislador no §2º do artigo 28 da Lei nº 11343/06 ter definido parâmetros para fixar o consumo pessoal, atesta-se que na realidade não é o que se aplica no cotidiano do Judiciário. Para determinar se a droga se destina a consumo pessoal, cabe ao juiz verificar a natureza e a quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Clarividente que, mesmo com a tentativa de balizar a forma de determinar o consumo pessoal, ainda há uma enorme margem de discricionariedade do aplicador da lei que a interpreta de maneira casuística. Estima-se que mais de 25% da população carcerária no Brasil, dentre todos os delitos previstos pelo Código Penal e legislação extravagante, respondem por delitos relacionado a drogas.⁴ O questionamento é se todos esses presos, de fato, exerciam a traficância para justificar o encarceramento já que apenas o delito de tráfico ilícito de entorpecentes é previsto com penas privativas de liberdade.

Cumprir tecer breves comentários sobre o delito de tráfico de drogas que possui um regramento extremamente rígido com vistas a combater a circulação desenfreada de tóxicos ainda com penas privativas de liberdade que podem oscilar entre o mínimo de 5 anos e o máximo de 15 anos. Menciona-se que houve um agravamento da pena na lei nº 11343/06 posto que a pena mínima cominada anteriormente era de 3 anos mesmo em uma lei elaborada sob o contexto ditatorial.

³ MASSON, Cleber. **Lei de drogas:** aspectos penais e processuais. Masson, Cléber; MARÇAL, Vinícius; prefácio FONTELES, Samuel Sales; apresentação Benedito Torres Neto. – 3. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2022. p. 37.

⁴ SCHREIBER, Mariana. **Soltura automática? O que pode acontecer com presos se STF liberar porte de drogas.** BBC News, Brasília, 2 ago. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cnlyzz99xjxo#:~:text=Presos%20por%20tr%C3%A1fico%20s%C3%A3o%20mais%20de%2025%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20carcer%C3%A1ria>. Acesso em: 1 ago.2024.



Em recente estudo⁵, apurou-se que, no Brasil, há 19.348 (dezenove mil, trezentos e quarenta e oito) pessoas presas que portavam consigo até 100 gramas de maconha. Torna-se mais chocante quando se percebe que 8.591 (oito mil quinhentos e noventa e uma) pessoas portavam tão somente até 25 gramas de *cannabis*. É perceptível que não há um critério exato utilizado pelos julgadores ao se deparar com as tipificações do artigo 28 da Lei 11343/06.

Atesta-se que a ausência de parâmetros reais no que concerne à gramatura das substâncias entorpecentes apreendidas é causa direta do encarceramento em massa, mas não apenas isso. A completa omissão legal a esse respeito faz com que qualquer pessoa presa com tóxicos esteja em uma linha tênue entre o consumo para uso pessoal e a traficância de tal forma que, conforme estudo anteriormente mencionado, pessoas com 25 gramas de maconha cumprem pena quando o próprio artigo 28 do diploma repressivo não prevê a privação de liberdade do indivíduo.

Portanto, resta inequívoco que, ao analisar as disposições do §2º do artigo 28 da Lei de Drogas, grande parte dos julgadores, a seu critério, entendeu que portar até 25 gramas de *maconha* não configura porte para consumo pessoal ensejando a segregação do indivíduo por lapso temporal disposto no tipo penal de tráfico ilícito de entorpecentes. Percebe-se a insegurança jurídica causada pela ausência de critérios específicos e absolutos, o que faz com que os cidadãos fiquem submetidos à discricionariedade do julgador ao qual o processo foi distribuído.

Adicionado a estes fatores, cumpre ainda mencionar que esta questão não está apenas adstrita à aplicação da lei pelo juiz ou pela edição da lei pelo legislador. O trabalho para averiguação do porte para consumo pessoal ou a traficância se inicia com a autoridade policial quando da prisão em flagrante ou do início da persecução penal. É dever dos policiais a primeira tipificação do delito e a correta aplicação da lei penal ao caso em análise. Ressalta-se que, esse primeiro contato com o fato típico, dá azo à toda investigação que, posteriormente, pode vir a ser modificada em sede de denúncia pelo Ministério Público.

Dessa forma, apesar da inovação trazida pela Lei 11343/06, no que concerne ao tratamento mais brando concedido aos usuários, sem a previsão de penas privativas de liberdade, não se visualiza uma diminuição do encarceramento pelo artigo 28 da respectiva lei. O que de fato ocorre é que a nova lei trouxe a prisão em massa desses indivíduos justamente

⁵ STABILE, Arthur. **Brasil gasta quase R\$ 600 milhões ao ano com presos condenados por portar até 100 gramas de maconha, aponta Ipea**. G1, São Paulo, 26 jun.2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/06/26/brasil-gasta-quase-r-600-milhoes-ao-ano-com-presos-condenados-por-portar-ate-100-gramas-de-maconha.ghtml>. Acesso em: 1 ago 2024.

pelo fato da inexistência de critérios objetivos para fins de distinção entre as condutas de porte de drogas para consumo pessoal e porte de drogas para fins de comercialização. Assim, o objetivo principal de migrar os usuários para o sistema de saúde e não para o sistema criminal não se concretizou, ao passo que o usuário é mais fácil e recorrentemente caracterizado como traficante, de acordo com a análise casuística do caso concreto.⁶

2. A DIFERENÇA NECESSÁRIA ENTRE DESCRIMINALIZAR, DESPENALIZAR E LEGALIZAR. A SANÇÃO ADMINISTRATIVA E A SANÇÃO PENAL. A ANÁLISE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11343/06 E SUAS CONTROVÉRSIAS

Para uma melhor compreensão do Tema 506 do STF que entendeu pela descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, delito previsto no artigo 28 da Lei 11343/06, é imprescindível distinguir os institutos da despenalização, descriminalização e da legalização tendo em vista que cada um desses traz implicações diametralmente opostas.

Em primeiro lugar, descriminalizar significa não mais considerar uma determinada conduta como um delito penal, ou seja, como um crime. Ao proceder com a descriminalização de uma conduta prevista legalmente como um ilícito penal, torna-se a ação penalmente irrelevante para o mundo jurídico. O fato deixa de ser considerado uma infração penal. Nesse sentido, pode-se citar como exemplo o delito de sedução que era previsto no artigo 217 do Código Penal de 1940. Atualmente, tal conduta é completamente irrelevante em aspectos jurídicos.

A despenalização implica em substituição da pena de prisão por outras formas punitivas, como a previsão de penas privativas de direitos. Ressalta-se que a despenalização não significa que o fato deixa de ser considerado crime. A conduta permanece devidamente tipificada, todavia não se atribui mais como preceito secundário, uma pena privativa de liberdade. Nesta toada, pode-se mencionar a própria inovação trazida pela Lei 11343/06, que, em comparação com a lei anterior, retirou a pena de detenção do delito de porte para consumo pessoal e fixou como sanções advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

⁶ CAMPOS, M. S. **O Novo Nem Sempre Vem: Lei de Drogas e encarceramento no Brasil**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/134/o-novo-nem-sempre-vem-lei-de-drogas-e-encarceramento-no-brasil#:~:text=A%20chamada%20nova%20Lei%20de,penal%20do%20tr%C3%A1fico%20de%20drogas>. Acesso em: 31 jul. 2024.



Nesta toada, convém mencionar que a Lei de Drogas traz em seu artigo 3º, a figura do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas) quando se trata de usuários e dependentes.⁷ Concomitantemente, o artigo 1º do referido diploma legal estabelece que “Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.”. Percebe-se que as medidas alternativas trazidas no artigo 28 da Lei 11343/06 possuem a mesma essência de prevenção, atenção e reinserção social de usuários e dependentes prescritos pelos artigos 1º e 3º da lei federal.⁸

No que concerne à legalização, afirma-se que o sistema jurídico, nesse caso, passa a considerar um determinado comportamento como normal, não havendo qualquer tipo de sanção, inclusive administrativa. Cumpre afirmar que o porte de drogas para consumo pessoal não foi legalizado com o julgamento do Tema 506. A conduta permanece como um ilícito, todavia, não mais como um ilícito penal, mas sim um ilícito administrativo.⁹

Diferencie-se as duas sanções: ilícito administrativo é o comportamento ao qual se atribui uma sanção administrativa e, ilícito penal é a conduta à qual é atribuída uma sanção penal, sendo que é o regime jurídico da sanção que permite separar os ilícitos administrativos e penais. Afirma-se que as sanções administrativas não podem ser utilizadas, inclusive, para efeitos de reincidência penal. Importa mencionar ainda que, quando da prática de um ilícito administrativo, tal conduta não enseja qualquer tipo de apreensão da pessoa.

Luís Flavio Gomes entendia que, ao suprimir as penas privativas de liberdade para o delito do artigo 28 da Lei de Drogas, o legislador teria abolido o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal com fundamento no artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal que dispõe que “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa;

⁷ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#view. Acesso em: 31 jul. 2024.

⁸ BIANCHINI, Alice. **Lei de Drogas descriminalizou porte para uso próprio?** Conjur, 24 jun.2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-24/lei-de-drogas-descriminalizou-porte-para-uso-proprio/>. Acesso em: 01 ago. 2024.

⁹ MACEDO, Yvina. **Entenda de uma vez o que é legalização, descriminalização e despenalização sobre o porte da maconha**. Blog MEGE. Disponível em: <https://blog.mege.com.br/stf-legalizacao-descriminalizacao-despenizacao/#:~:text=Descriminaliza%C3%A7%C3%A3o%20x%20Despenaliza%C3%A7%C3%A3o%20x%20Legaliza%C3%A7%C3%A3o,a%20por%20outras%20medidas%20punitivas>. Acesso em: 21 de nov. 2024.

contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”¹⁰

Para o jurista, se, no Brasil, crime é a infração penal punida com reclusão ou detenção indene de dúvidas que ocorreu a *abolitio criminis* para a posse de droga para consumo pessoal. Isso porque as sanções de advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos não implicam em nenhuma forma de privação de liberdade. Assim, compreendeu Luís Flavio Gomes que a nova lei de drogas, em seu artigo 28, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal. Para ele, essa conduta configuraria uma infração *sui generis*.¹¹

Renato Marcão diverge. Para ele, deve-se considerar que o Código Penal é datado de 1940, logo, elaborado sob o contexto de que nem mesmo as penas alternativas se encontravam na Parte Geral da forma como foram alocadas pela reforma penal de 1984. Dessa forma, pelo panorama em que foi elaborado, não há como interpretá-lo pela realidade atual e, assim, não é possível que classifique de forma irretocável o que é crime ou contravenção.

Ressalta o doutrinador que a ausência de cominação privativa de liberdade não afasta a possibilidade de a conduta estar prevista como crime ou contravenção. Argumenta ainda, sob a perspectiva de uma análise topográfica da lei, que o art. 28 se encontra no Título III, Capítulo III, que cuida “Dos crimes e das penas”, e que a Lei 11.343/06, dispôs expressamente tratar-se de crimes as tipificações do art. 28 apesar da ausência de cominação de pena de privativa de liberdade.¹²

Alice Bianchini traz diversos argumentos pelos quais entendia pela descriminalização da posse para consumo próprio. Inclusive ressalta que não se trata de legalização o que fica evidente no artigo 2º que menciona “ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas” Argumento interessante trazido pela autora é que

¹⁰ MARCÃO, Renato. **Lei de drogas: Comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - crimes, investigação e procedimento em juízo**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

¹¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA William Terra. **Nova Lei de Drogas comentada**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

¹² MARCÃO, Renato. **Lei de drogas: Comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - crimes, investigação e procedimento em juízo**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.



a teor do que dispõe o §6º do artigo 28¹³, observa-se que não há caráter criminal em caso de descumprimento das medidas, o que desconfigura a ideia de que a conduta é criminosa.¹⁴

Apesar de todos os posicionamentos em sentido oposto, o que ocorreu, em realidade, foi uma despenalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei 11343/06. Rememora-se que a despenalização não implica em tornar a conduta lícita, somente retira a previsão da imposição de pena de prisão por formas sancionatórias alternativas. Anteriormente ao Tema 506, sobre a descriminalização da posse para consumo pessoal, este era o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal.¹⁵

3. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA USO PESSOAL À LUZ DO TEMA 506 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com o advento da Lei 11343/06 e a supressão das penas privativas de liberdade ao delito de porte de substância entorpecente para consumo próprio, firmou-se o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal de que não houve a descriminalização dos comportamentos arrolados pelo artigo 28 da referida lei.

A Corte entendeu na ocasião que:

Posse de droga para consumo pessoal: art. 28 da Lei 11.343/2006. Natureza jurídica de crime. O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal – que se limita a estabelecer

¹³ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#view. Acesso em: 1 ago. 2024.

¹⁴ BIANCHINI, Alice. **Lei de Drogas descriminalizou porte para uso próprio?** Conjur, 24 jun.2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-24/lei-de-drogas-descriminalizou-porte-para-uso-proprio/>. Acesso em: 01 ago. 2024.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso Especial nº 1.795.962 - SP (2019/0041556-7)**. Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Negativa de vigência ao art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/95. Processamento do réu pela prática da conduta descrita no art. 28 da lei n. 11.343/06 no curso do período de prova de Suspensão Condicional do Processo. Causa Obrigatória de revogação do benefício. Desproporcionalidade. Analogia com a prática de Contravenção Penal. Análise como Causa Facultativa de Revogação. Recurso Parcialmente Provido [...]. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 10 de março de 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1921067&tipo=0&nreg=201900415567&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200326&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 31 jul. 2024. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AgRg no HABEAS CORPUS Nº 597.781 - DF (2020/0175544-6)**. Agravo Regimental no Habeas Corpus. Execução Penal. Posse de Drogas para consumo próprio no interior do Estabelecimento Prisional. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. Configuração de Falta Grave. Agravo Regimental não provido. [...]. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 6 de outubro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116398532&nu_m_registro=202001755446&data=20201015&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 31 jul. 2024.

um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da Lei 11.343/2006 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).¹⁶

Todavia, algumas polêmicas acerca dessa decisão surgiram no que concerne uma possível inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, com o surgimento de duas posições sobre o tema¹⁷.

Uma primeira corrente defendia que o artigo 28 da Lei 11.343/06 padecia de inconstitucionalidade sob o argumento de que configuraria uma violação ao direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana. Ademais, a criminalização do porte de droga para consumo pessoal contraria o princípio da alteridade, pois a conduta causa prejuízo somente a quem pratica. Para Luís Greco, a questão estaria adstrita ao âmbito da autonomia e assim não poderia ser considerada proibida. Percebe-se, portanto, que para essa primeira corrente, o porte de drogas para consumo pessoal seria da esfera individual de cada um, não cabendo ao Estado punir tendo em vista que não afeta outros bens jurídicos que não a vida do próprio usuário.

A segunda posição entende que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional, isso porque a razão jurídica para punir aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que a conduta representa. Para essa parcela, o adicto normalmente pratica atos de traficância com vistas a obter dinheiro para aquisição da droga. Dessa premissa resultaria um manifesto perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, de natureza difusa, que é a saúde pública.

É nesse sentido que foi admitido pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 635.659/SP, o Tema 506, em que se discutiu a descriminalização do porte de droga para uso pessoal. Por maioria, o colegiado definiu que será presumido usuário quem adquirir, guardar, depositar ou transportar até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas fêmeas. Ressalta-se, ainda, que restou compreendido que foi declarada uma inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 sem redução do texto.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **QUESTÃO DE ORDEM EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 430.105-9 – RIO DE JANEIRO**. Posse de Droga para consumo pessoal: (art.28 da Lei 11.343/06 — Nova Lei de Drogas) natureza jurídica de crime. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 13 de Fevereiro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em 31 jul. 2024.

¹⁷ MASSON, Cleber **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. Masson, Cléber; MARÇAL, Vinícius; prefácio FONTELES, Samuel Sales; apresentação Benedito Torres Neto. – 3. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2022. p. 38.



O porte de maconha permanece proibido, mas não é considerado crime e deve ser caracterizado como infração administrativa, sem consequências penais. As sanções, nesse caso, seriam advertência sobre os efeitos da maconha e comparecimento a programa ou curso educativo. Contudo, os ministros foram cautelosos ao determinar que a quantidade balizada de 40 gramas ou seis plantas fêmeas não é absoluta. A polícia, ao verificar as circunstâncias do caso concreto, está autorizada a apreender a droga e conduzir a pessoa à delegacia mesmo que a gramatura seja em quantidade inferior a esse parâmetro, sobretudo quando presentes outros elementos que indiquem uma possível traficância por parte do indivíduo.

Os ministros, concomitantemente, determinaram que o Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com os Poderes Executivo e o Legislativo, deve adotar medidas para o cumprimento da decisão exarada, além de promover mutirões carcerários com a Defensoria Pública para apurar e corrigir prisões que tenham sido decretadas fora dos parâmetros determinados.

Deve-se ressaltar que o julgamento não determinou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, como compreendia a primeira corrente defendida por Luís Greco. Com a decisão da Suprema Corte, tornou-se claro que foi realizada uma separação: o dispositivo passou a ter natureza tanto penal como administrativa a depender da droga. No caso analisado, a descriminalização ocorreu apenas com relação à maconha, também denominada *cannabis sativa*.

Questiona-se, nesse ponto, entretanto, um aspecto controverso da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Como anteriormente mencionado, o aresto se restringiu à maconha de tal forma que, em tese, as disposições do artigo 28 da Lei devem continuar sendo aplicadas às demais drogas. Assim, ao entender pela inconstitucionalidade do dispositivo acarretaria a sua não aplicação a toda e qualquer substância entorpecente ao passo que a única espécie abarcada pela decisão é a *cannabis sativa*. O aresto é expresso ao dispor que:

não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo da ilicitude extrapenal da conduta.¹⁸

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659** (Tema 506). Recurso extraordinário com repercussão geral. Porte de drogas para consumo pessoal. Declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, para afastar a repercussão criminal do dispositivo em relação ao porte de cannabis sativa para uso pessoal [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 26 de junho de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 21 de nov. 2024.

Outro ponto do Tema 506 que se deve ponderar é o poder conferido ao juiz togado de aplicar sanções a um procedimento de natureza não penal – tendo em vista ser considerado como ilícito administrativo –. Percebe-se que, os magistrados, no exercício de sua jurisdição, receberam a incumbência de aplicar sanções de ordem administrativas tendo em vista que o indivíduo será conduzido até sua presença pela autoridade policial. Tal inconsistência permeia, ainda, uma eventual função administrativa conferida aos Juizados Especiais Criminais, mesmo que de forma provisória, para julgar as condutas do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Como foi amplamente exposto ao longo deste trabalho, o tráfico de drogas é o crime pelo qual grande maioria dos encarcerados foi condenado ou está à espera de julgamento. Dessa maneira, a decisão do Supremo Tribunal Federal, por retirar o caráter de ilícito penal e definir parâmetros numéricos para distinguir o usuário do traficante – apesar de tais critérios não serem absolutos –, fez com inúmeros questionamentos sobre as consequências que essa decisão acarretaria sobre aqueles que respondem ou já responderam a processos que, atualmente, estariam dentro das balizas fixadas.

É princípio constitucional explícito que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, conforme redação do artigo 5º, XL da CRFB/88. Concomitantemente, prescreve o artigo 2º do Código Penal que “ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.” Alexandre Morais da Rosa entende que essa primeira polêmica não se sustenta tendo em vista que os dispositivos mencionados tratam de lei e o fato posterior que deixou de ser crime por meio de uma decisão judicial.¹⁹

Ainda de acordo com o magistrado, deve-se levar em consideração o artigo 1.035, §5º do Código de Processo Civil²⁰ que determina que, ao ser reconhecida a repercussão geral, deve a decisão ser aplicada a todos os processos em andamento que envolvam os réus ou acusados quando incursos na conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas. Todavia, para que seja imposto um efeito *ex nunc* da decisão, o Supremo Tribunal Federal, nos moldes do artigo 27 da Lei 9868/99 deveria, por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos da declaração.

Contudo, o que se percebeu do voto do relator é que, de fato, o efeito *ex tunc* foi adotado para que a decisão seja aplicada a todos os casos, indicando que as decisões anteriores

¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Josita. Higyna. **Efeitos da decisão do STF sobre a ‘maconha’ nos casos em andamento e julgados**, Conjur, 16 ago. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-ago-16/quais-os-efeitos-da-decisao-do-stf-sobre-a-maconha-tema-506-nos-casos-em-andamento-e-julgados/> Acesso em: 11 de set. 2024.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 set. 2024.



com efeitos penais devem ser revistas, uma vez que a nova decisão opera efeitos extrapenais benéficos.

Por fim, urge salientar que, apesar da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal configurar um avanço em relação ao tratamento das drogas no panorama social brasileiro, inúmeros problemas de ordem prática ainda serão observados. Mesmo com a fixação de balizas importantes para diferenciar o mero usuário de traficante, verifica-se que tal fato perpassa a própria mentalidade do Poder Judiciário tendo em vista, sobretudo, que tal condição foi concebida como de natureza relativa, admitindo prova em contrário. Assim, ainda que sejam apreendidas pequenas quantidades da substância *cannabis sativa* é possível que o presumido usuário seja enquadrado pelo tráfico ilícito de entorpecentes devido à resistência dos próprios aplicadores da lei em entender que, a depender do caso, há de se reconhecer um imperativo de saúde pública e não necessidade de segregação pessoal.

CONCLUSÃO

O combate às drogas sempre foi uma questão de política pública. Os governos empenharam inúmeras tentativas de combater tanto o consumo pessoal como o tráfico com repressões severas a quem fosse submetido ao procedimento penal para apuração de tais delitos. A lei nº 6683/76 previa sanções privativas de liberdade com pena de 6 meses a 2 anos de detenção para aquele que fosse preso com substância entorpecente mesmo que para uso pessoal. Ressalta-se que tal lei foi elaborada em um contexto de ditadura de tal forma que não previa qualquer parâmetro diferenciador entre a figura do traficante e do usuário.

Com o advento da Lei nº 11343/06, foi suprimida a pena privativa de liberdade do delito de porte para consumo pessoal, com a previsão de sanções administrativas. Percebe-se que a intenção era que o consumo de drogas migrasse da figura delituosa para um problema de saúde pública. Todavia, o que passou a ocorrer na prática foi diametralmente oposto ao desejo do legislador quando da elaboração da lei. Em uma tentativa falha de balizar o consumo pessoal, foi inserida a previsão do §2º do artigo 28 da Lei 11343/06 que prescreve que para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz deve atentar à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e as condições em que desenvolveu a ação. Além das circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Inequívoco que ao deixar a cargo do julgador definir o que seria o consumo pessoal, o legislador abriu margem para uma análise extremamente subjetiva do caso. Por tal motivo, o tráfico de drogas é o delito pelo qual maior parte das pessoas estão encarceradas atualmente no



Brasil. Atesta-se que mesmo com poucas quantidades de substâncias entorpecentes, a inúmeras pessoas são imputadas a conduta do tráfico ilícito de entorpecentes com base em critérios analisados pelo juiz que, a depender do caso, aplica soluções desiguais para situações semelhantes, o que traz uma enorme insegurança jurídica àquele que está como réu/acusado no processo.

Nesse sentido, pelo encarceramento em massa ocasionado pela prática do artigo 33 da Lei 11343/06 – delito de tráfico ilícito de entorpecentes – e a enorme discricionariedade conferida ao julgador no momento da aferição do que seria o porte para consumo pessoal, iniciou-se um movimento de busca de fixar parâmetros fixos, com gramatura por exemplo, por parte do próprio Judiciário. O STF, portanto, pôs em pauta o Tema 506, com repercussão geral, cujo objeto central era a descriminalização do porte para consumo pessoal da maconha.

Dito isso, tornou-se imprescindível diferenciar a descriminalização, a despenalização e a legalização tendo em vista que a decisão poderia trazer uma compreensão de que o porte para consumo pessoal passaria a ser permitido. Descriminalizar significa não mais considerar uma determinada conduta como um delito penal, ou seja, como um crime. Ao proceder com a descriminalização de uma conduta prevista legalmente como um ilícito penal, torna-se a ação penalmente irrelevante.

A despenalização, por sua vez, implica em substituição da pena de prisão por outras formas punitivas, como a previsão de penas privativas de direitos. Ressalta-se que a despenalização não significa que o fato deixa de ser considerado crime. A conduta permanece tipificada, todavia não se atribui mais como preceito secundário, uma pena privativa de liberdade. A legalização, por fim, significa dizer que tal conduta deixa de ser considerada delituosa e passa a ser permitida pelo ordenamento jurídico.

Cumprir afirmar que o porte de drogas para consumo pessoal não foi legalizado com o julgamento do Tema 506. A conduta permanece como um ilícito administrativo. O ilícito administrativo é o comportamento ao qual se atribui uma sanção administrativa ao passo que o ilícito penal é a conduta à qual é atribuída uma sanção penal, sendo que é o regime jurídico da sanção que permite separar os ilícitos administrativos e penais. Afirma-se que as sanções administrativas não podem ser utilizadas, inclusive, para efeitos de reincidência penal.

Nesta toada, com o advento da Lei nº 11343/06 e a supressão das penas privativas de liberdade ao delito de porte de substância entorpecente para consumo próprio, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que não houve a descriminalização dos comportamentos arrolados pelo artigo 28 do mencionado dispositivo legal. Esta decisão causou polêmica posto que uma parte dos juristas compreendia que o artigo 28 da Lei nº 11343/06



padecia de inconstitucionalidade sob o argumento de que configuraria uma violação ao direito à intimidade, à autodeterminação e à dignidade da pessoa humana. Ademais, a criminalização do porte de droga para consumo pessoal contraria o princípio da alteridade, pois a conduta causa prejuízo somente a quem pratica.

A contrário do primeiro argumento, uma segunda corrente sustentava que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional, isso porque a razão jurídica para punir aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que a conduta representa. Pelo impasse fixado, o Supremo Tribunal Federal, por meio do RESp 635.659/SP, definiu que será presumido usuário quem adquirir, guardar, depositar ou transportar até 40 gramas de *cannabis sativa* ou seis plantas fêmeas.

Ressalta-se que o porte de maconha permanece proibido, mas não é considerado crime e deve ser caracterizado como infração administrativa, sem consequências penais. As sanções, nesse caso, seriam advertência sobre os efeitos da maconha e comparecimento a programa ou curso educativo. Contudo, os parâmetros fixados não são absolutos. A polícia, ao verificar as circunstâncias do caso concreto, está autorizada a apreender a droga e conduzir a pessoa à delegacia mesmo que a gramatura seja em quantidade inferior, sobretudo quando presentes outros elementos que indiquem um possível tráfico de drogas.

Portanto, apesar da tentativa do legislador de retirar o porte para consumo pessoal da figura delituosa e transferi-la para saúde pública, o que se verificou na prática foi uma enorme discricionariedade do magistrado para determinar, casuisticamente, se a conduta se encaixa ou não na expressão “consumo pessoal”. Tal discricionariedade e pela própria mentalidade enraizada de repressão severa às drogas gerou um encarceramento em massa, inclusive de indivíduos com quantidades ínfimas de maconha. Repisa-se que, a partir do momento em que essa pessoa está privada de sua liberdade, automaticamente foi a ela imputada o delito de tráfico já que o artigo 28 não prevê penas privativas de liberdade.

Assim, foi necessário que o Judiciário fixasse balizas claras para diferenciação do mero usuário para o traficante, o que foi realizado por meio do Tema 506 do STF, que determinou que o porte, unicamente de maconha em quantidade não superior a 40 gramas ou 6 plantas fêmeas não configura crime, permanecendo na seara de ilícitos administrativos. Ressalta-se que tal julgamento não legalizou o porte, ou seja, o porte de maconha não é considerado um irrelevante jurídico, não é uma conduta normalizada.

Cumprе salientar que a decisão de repercussão geral foi enfática ao determinar que o disposto se aplicava a todos os processos, inclusive aqueles com trânsito em julgado. Logo, foi conferido efeito *ex tunc* à decisão de tal forma que deve ser aplicada, pelo artigo 1.035 do



Código de Processo Civil, de forma imediata a todos os processos visto que traz efeitos benéficos aos réus, acusados ou condenados, inclusive efeitos extrapenais.

Apesar de tal decisão, ainda há a necessidade de uma mudança de mentalidade do Judiciário quanto ao porte para consumo pessoal, sobretudo quando se leva em consideração que o próprio STF expôs que tais critérios não são absolutos, podendo ser afastados a depender das circunstâncias verificadas, o que, novamente, confere enorme discricionariedade tanto ao julgador quanto às autoridades policiais no momento da lavratura do ocorrido. Assim, a despeito do avanço que se verifica para migrar o porte para consumo pessoal como um assunto de saúde pública, inúmeros percalços ainda serão percebidos quando da aplicação concreta da decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema 506.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei de Drogas descriminalizou porte para uso próprio?** Conjur, 24 jun. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-24/lei-de-drogas-descriminalizou-porte-para-uso-proprio/>. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#view. Acesso em: 1 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **AgRg no Habeas Corpus nº 597.781 - DF (2020/0175544-6)**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em: 6/10/2020, DJe 15/10/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116398532&num_registro=202001755446&data=20201015&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 31 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso Especial nº 1.795.962 - SP (2019/0041556-7)**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, julgado em 10/03/2020, DJe 26/03/2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1921067&tipo=0&nreg=20190>



0415567&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20200326&formato=PDF&salvar=false.
Acesso em: 31 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 430.105-9 – Rio de Janeiro**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em: 13/02/2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em 31 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659 (Tema 506)**. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em: 26/06/2024, DJe 27/09/2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 21 de nov. 2024.

CAMPOS, M. S. **O Novo Nem Sempre Vem: Lei de Drogas e encarceramento no Brasil**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/134/o-novo-nem-sempre-vem-lei-de-drogas-e-encarceramento-no-brasil#:~:text=A%20chamada%20nova%20Lei%20de,penal%20do%20tr%C3%A1fico%20de%20drogas>. Acesso em: 31 jul. 2024.

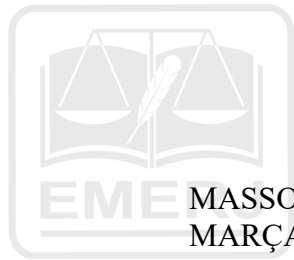
DE ANDRADE, Marcelo Caetano Bittencourt Pizzani Ribeiro. Análise Crítica dos impactos da Lei 11.343/06 nos rumos do encarceramento no Brasil. **Semana Acadêmica**, Fortaleza-CE. v.11, Edição 231, p.1-19, ano 2023. Disponível em: 76_artigo_-_marcelo_caetano_bittencourt_pizzani_ribeiro_de_andrade_-_analise_critica_dos_impactos_da_lei_11.343-06_nos_rumos_do_encarceramento_no_brasil_1_0.pdf. Acesso em: 31 jul. 2024.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA William Terra. **Nova Lei de Drogas comentada**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

HISTÓRICO Legal das Políticas sobre drogas no Brasil e no Rio Grande do Sul. **Gov.Rs**. Disponível em: <https://justica.rs.gov.br/historico-legal-das-politicas-sobre-drogas-no-brasil-e-rio-grande-do-sul>. Acesso em: 31 jul. 2024.

MACEDO, Yvina. **Entenda de uma vez o que é legalização, descriminalização e despenalização sobre o porte da maconha**. Blog MEGE. Disponível em: <https://blog.mege.com.br/stf-legalizacao-descriminalizacao-despenizacao/#:~:text=Descriminaliza%C3%A7%C3%A3o%20x%20Despenaliza%C3%A7%C3%A3o%20x%20Legaliza%C3%A7%C3%A3o,a%20por%20outras%20medidas%20punitivas>. Acesso em: 21 de nov. 2024.

MARCÃO, Renato. **Lei de drogas: Comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 - crimes, investigação e procedimento em juízo**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.



MASSON, Cleber. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. Masson, Cléber; MARÇAL, Vinícius; prefácio FONTELES, Samuel Sales; apresentação Benedito Torres Neto. – 3. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. Josita. Higyna. **Efeitos da decisão do STF sobre a ‘maconha’ nos casos em andamento e julgados**, Conjur, 16 ago. 2024. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2024-ago-16/quais-os-efeitos-da-decisao-do-stf-sobre-a-maconha-tema-506-nos-casos-em-andamento-e-julgados/>. Acesso em: 11 set. 2024.

SCHREIBER, Mariana. **Soltura automática? O que pode acontecer com presos se STF liberar porte de drogas**. BBC News, Brasília, 2 ago. 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cnlyzz99xjxo#:~:text=Presos%20por%20tr%C3%A1fico%20s%C3%A3o%20mais%20de%2025%25%20da%20popula%C3%A7%C3%A3o%20carcer%C3%A1ria>. Acesso em: 1 ago. 2024.

STABILE, Arthur. **Brasil gasta quase R\$ 600 milhões ao ano com presos condenados por portar até 100 gramas de maconha, aponta Ipea**. G1, São Paulo, 26 jun. 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/06/26/brasil-gasta-quase-r-600-milhoes-ao-ano-com-presos-condenados-por-portar-ate-100-gramas-de-maconha.ghtml>. Acesso em: 1 ago. 2024.



A APLICAÇÃO DO DIREITO DO AUTOR ÀS OBRAS PRODUZIDAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NECESSÁRIA FRENTE À TECNOLOGIA *BIG DATA*

Isabela Aguiar de Almeida

Graduada pela Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Resumo – o avanço da tecnologia de inteligência artificial trouxe desafios para diversas áreas do direito, dentre elas, o direito autoral. Não é incomum encontrar obras artísticas produzidas através de sistemas de IA. Nesse contexto, apresenta-se o desafio de definir a autoria dessas produções e investigar até que ponto os direitos autorais de certos criadores estão sendo violados. Para isso, foi analisada a compatibilidade de certos institutos da legislação pátria com a possível autoria de uma máquina. Ainda, procurou-se entender o verdadeiro nível de interferência humana na criação de obras geradas artificialmente e como isso pode influenciar na determinação de um autor. Voltando-se para o futuro da legislação referente a IA, verifica-se, tanto nacional quanto internacionalmente, que há ainda uma grande lacuna regulatória a ser preenchida.

Palavras-chave – Propriedade intelectual. Direito autoral. Inteligência Artificial.

Sumário – Introdução. 1. A autoria das obras geradas por inteligência artificial e sua compatibilidade com o direito pátrio. 2. A produção artística da inteligência artificial e a sua violação aos direitos autorais. 3. A adequação do direito autoral pátrio à inteligência artificial e a necessidade de modernização legislativa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar como o direito autoral pátrio se aplica às obras realizadas por inteligência artificial e a necessidade de novas leis para se adaptar a uma realidade tecnológica inédita. Assim, busca-se compreender como se dá a geração de conteúdos pela inteligência artificial e se é possível indicar o proprietário intelectual dessas obras. Ademais, é questionado se esse processo de criação viola o direito autoral das referências intelectuais utilizadas pelo *software*.

Em um guinada tecnológica abrupta, a inteligência artificial se inseriu no cotidiano das relações humanas. Antes o que parecia uma realidade *high tech* distante, agora está naturalmente inserida na produção de conteúdos diversos. Dentre essa diversidade, está a criação artificial por meio da replicação de outras obras de cunho científico, intelectual e artístico, sem ou com quase nenhuma interferência humana.

Já é possível que a tecnologia IA crie uma ilustração imitando o estilo artístico de determinado pintor, de modo que as diferenças do original para sua réplica sejam imperceptíveis. Por esse mesmo mecanismo, cria-se uma pintura inédita anos após o falecimento de um artista renomado em vida. O exemplo ajuda a entender como funciona a mineração de dados e o mecanismo *big data* da inteligência artificial. A partir de uma base de dados que reúne milhares de referências, muitas delas de cunho intelectual, cria-se um conteúdo inteiramente novo. Mas pode-se dizer que esse conteúdo é de fato original se ele deriva de outros?

É nesse contexto que se passa a questionar se as obras usadas como referência devem ser protegidas pelo direito autoral e se o seu processamento configura plágio. Sem dúvida, muitas obras artísticas e intelectuais usam como inspiração outras obras do ramo. Trata-se de processo criativo natural e aceito pelo ordenamento jurídico. Todavia, é um desafio comparar o pensamento humano com a coleta de dados realizada por uma máquina. Assim, é necessário que o Direito acompanhe a evolução tecnológica que ocorre a passos largos, com risco de desatualização de leis e o comprometimento de garantias.

A legislação brasileira estabelece as personalidades física e jurídica, mas considerar uma personalidade tecnológica seria algo inovador no atual ordenamento. Já há um movimento, ainda que tímido, para a regulamentação da inteligência artificial no Brasil com o Projeto de Lei nº 4025/23. É um processo em construção, mas que demonstra a urgência da normatização do uso de novas tecnologias.

Quanto a organização do presente artigo, o primeiro capítulo visa definir a autoria das obras produzidas por inteligência artificial e avaliar se o direito pátrio é capaz de proteger as obras geradas. É necessário verificar se a inteligência artificial, ferramenta tecnológica programada a partir do trabalho intelectual humano, pode ser dotada de personalidade jurídica, e, conseqüentemente, estar protegida pelo direito do autor.

No segundo capítulo, investiga-se até que ponto a mineração de dados para a geração de conteúdo pela inteligência artificial viola o direito autoral das obras protegidas. É feita uma análise de como o mecanismo de coleta de dados *big data* usurpa a propriedade intelectual das obras, livros, figuras etc, usadas como referência e se esse método poderia configurar plágio segundo o ordenamento jurídico nacional.

Finalmente, o terceiro capítulo busca compreender como a legislação brasileira vigente pode abarcar as inovações tecnológicas introduzidas pela inteligência artificial, mais especificamente as obras protegidas pelo direito autoral, e avaliar quais os possíveis caminhos jurídicos para se adaptar à nova realidade. Indaga-se como seria realizada uma possível modernização legislativa.



A metodologia utilizada é de natureza qualitativa, isto é, será feita uma observação minuciosa do tema e interpretação sistemática das fontes consultadas. Na pesquisa bibliográfica, são examinados livros acadêmicos, artigos científicos, textos jornalísticos, além da análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial relativa à matéria. Em uma abordagem explicativa, é possível chegar a certas conclusões e, assim, assumir um posicionamento crítico.

Para melhor compreensão do assunto, são realizados esclarecimentos acerca de conceitos específicos da área de tecnologia e inteligência artificial. Posteriormente, as questões de direito receberão maior destaque, e serão abordadas tanto a legislação pátria, quanto os entendimentos jurídicos estrangeiros. A partir de um olhar prospectivo, são discutidas as tendências do direito diante de uma nova realidade tecnológica.

1.A AUTORIA DAS OBRAS GERADAS POR INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA COMPATIBILIDADE COM O DIREITO PÁTRIO

Antes de verificar se as obras geradas por inteligência artificial violam o direito autoral, é preciso entender quem é o autor para o direito brasileiro e quais produtos intelectuais recebem sua proteção. O direito autoral possui duas facetas: a do direito patrimonial, que foca no direito de propriedade e rentabilidade de suas obras, e a do direito moral, ligados aos direitos da personalidade. Para explicar a dinâmica entre esses direitos, foram propostas duas teorias.¹ Primeiramente, a teoria monista, de origem alemã, que considera a existência de um direito unitário. O jurista Allfeld foi um de seus primeiros desenvolvedores e defendia que o direito do autor possuiria dupla função: proteção de direitos pessoais, mas igualmente de interesses patrimoniais.² Já a teoria dualista, predominante na França, não reconhece a unidade de direito do autor, de modo que não haveria estreita conexão entre os direitos pessoais e patrimoniais. No Brasil prevalece a tese dualista, representada por Bittar, na qual os direitos morais e patrimoniais não se confundem, mas se complementam.³

Os direitos morais nascem com a criação da obra e originam a integridade criativa do autor. Já os direitos patrimoniais surgem quando a obra se torna produto, ou seja, quando ela é comercializada. Não à toa, a distinção entre esses direitos está consagrada na lei pátria de Direito Autoral, que dedica um capítulo exclusivo para cada um. Para citar algumas diferenças,

¹ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 116-118.

² BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade em face do projeto de Código Civil. **Revista de informação legislativa**. Brasília. v. 15, n. 60, p. 107. 1978.

³ MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

os direitos patrimoniais poderem ser exercidos por período de tempo determinado, enquanto os direitos morais possuem duração ilimitada. Ademais, os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.⁴

É importante identificar essas duas facetas do direito autoral para reconhecer que, por vezes, a inteligência artificial não necessariamente violará o direito patrimonial do autor, mas pode infringir seu direito moral. Há o risco do autor perder o controle sobre como sua obra está sendo utilizada, e se sua autoria está sendo reconhecida. Essa possibilidade será aprofundada no próximo capítulo, que abordará diretamente a coleta de obras e seu processamento.

A Lei de Direitos Autorais brasileira⁵ determina que merece proteção a obra considerada original e essa obra necessita de um autor, que detém seu controle criativo. O diploma legal ainda define autor como pessoa física criadora da obra, literária, artística e científica e as obras intelectuais como as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Certos doutrinadores reforçam o autor como personagem que detém a faculdade de criar, algo inerentemente humano.

Para Chaves, a criatividade seria “matéria-prima do direito de autor, mais preciosa do que os materiais e metais mais raros”. Ademais, “autoria, na acepção que aqui interessa, é a condição de gerar: um filho, um pleito, um crime, uma obra literária científica ou artística”⁶. Existe uma tendência de parcela da doutrina e da própria lei de reconhecer que esse espírito criativo apenas poderia ser atribuído a uma pessoa física.⁷ Todavia, há uma ressalva na própria norma ao determinar que a proteção também poderá ser estendida a pessoa jurídica, nos casos previstos em lei. Veja-se que a lei não enquadrrou como autor a pessoa jurídica, apenas lhe concedeu equivalente proteção.

Talvez o mesmo raciocínio possa ser aplicado às obras produzidas por IA. Lucas Schirru defende que certos sistemas são capazes de produzir produtos de cunho artístico, e se o mesmo conteúdo fosse criado por seres humanos, sua seleção e organização seriam dignos de proteção.⁸ Do ponto de vista legal, o sistema de IA não poderia ser autor, pois tal categoria só poderia ser ocupada por pessoas físicas. Em contrapartida, a pessoa jurídica não é *per se* autora, mas recebe

⁴ MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

⁵ BRASIL. **Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

⁶ CHAVES, Antônio. **Criador da Obra Intelectual**. São Paulo: LTr, 1995. p. 79.

⁷ *Ibid.*, p. 114-115.

⁸ SCHIRRU, Luca. **Direito Autoral e Inteligência Artificial**: Autoria e Titularidade nos Produtos da IA. 2020. Tese de Doutorado. Orientador: Allan Rocha de Souza. Universidade Federal do Rio de Janeiro. RJ. p.138



proteção do direito autoral. Por trás da pessoa jurídica há um autor de fato, que imprimiu na obra seu espírito criador, e por isso, merece ter seus direitos protegidos. Há a possibilidade desse autor transferir seus direitos patrimoniais para um terceiro, seja pessoa física ou jurídica. É nesse contexto que surge a figura do titular. Poderia então o sistema IA ser titular?

A Lei nº 9.610/98 define titular originário como o autor de obra intelectual, o intérprete, o executante, o produtor fonográfico e as empresas de radiodifusão.⁹ Fragoso entende titularidade como a forma de investidura nos direitos do autor.¹⁰ Originalmente é atribuída ao próprio autor ou criador intelectual da obra, mas pode ser repassada. Ainda, se atribui titularidade nos casos de obras coletivas em que não é possível distinguir a colaboração individual. Em suma, “a transferência da titularidade efetiva, na prática, é a transferência da capacidade do titular de exercer os Direitos de Autor, como se autor fosse”.¹¹ É o que acontece no caso de transferência *inter vivos ou mortis causis*. O titular seria o cessionário dos direitos patrimoniais e sucessor, com a ressalva para o exercício de direitos personalíssimos, como modificação e arrependimento, que não se transmitem.

Diante do exposto, é preciso analisar se o sistema AI pode ser considerado titular das obras geradas. A grande questão que prejudica a titularidade do AI é o fato de que, por trás de todo titular, existe um autor de fato. A figura do titular foi criada como uma estratégia para que os artistas tivessem suas obras administradas e exploradas economicamente. Além disso, tanto a figura do titular quanto a do autor são facilmente identificáveis. O mesmo não pode ser dito do sistema AI. Muitas das vezes, uma obra representa o compilado de muitas outras, cujos autores se perdem no processamento de informações. Assim, mesmo que seja possível proteger o trabalho artístico que alimenta o sistema artificial, a titularidade não se mostra um meio adequado.

Outro instituto que recebe tratamento diferenciado é o *software*. De maneira resumida, *software* pode ser definido como um programa de computador que consegue administrar um sistema computacional, executando tarefas específicas. Os *softwares* foram criados para facilitar e acelerar o processamento de grande volume de informações.¹² A Lei n.º 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, determina que

⁹BRASIL. **Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

¹⁰FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral**: da antiguidade à internet. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

¹¹ *Ibid.*

¹² WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software e revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá, 2005.

não se aplicam a programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de opor-se à paternidade do programa de computador e de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

É justo dizer que o *software* é um dos institutos do direito autoral que mais se aproximam do sistema IA. Também fica claro que, mesmo se o programa de computador pudesse ser usado como referência, a obra artificialmente produzida não teria direitos morais a serem protegidos. Além disso, não é tão simples equiparar esses dois mecanismos. O *software* tem como autor o seu programador e a ele se destinariam os direitos protetivos.

No caso de um trabalho gerado por IA, o autor pode ser considerado o usuário, o programador, determinado investidor, aquele que orienta o programa, o indivíduo que o vende ou produz, ou mesmo um compilado de todos eles. Uma série de critérios podem ser usados como referência para definir sua autoria, como de quem veio a proposta de realizar a obra, o quão próximo está do ato final de criação e até que ponto houve interferência humano na produção.¹³ Assim, a regulamentação do *software* ainda não se mostra satisfatória para proteger a obra gerada por IA.

Em suma, o direito pátrio não possui mecanismos de proteção suficientes para alcançar as obras geradas por inteligência artificial. De fato, é processo natural que as leis mudem depois que a sociedade o faz. Entretanto, a novidade tecnológica já é uma realidade no dia a dia do cidadão comum, e por isso, uma modernização legislativa é mais do que urgente. Esse movimento de atualização será melhor explorado no último capítulo desse artigo.

2.A PRODUÇÃO ARTÍSTICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A SUA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS

A inteligência artificial não é um tema de simples compreensão. Primeiramente, é uma tecnologia relativamente nova, que está em evolução rápida e constante. Além disso, seus mecanismos de produção e processamento de dados são diversos e complexos. Não obstante se tratar de um estudo jurídico, por muitas vezes é necessário acessar outras áreas de conhecimento, de modo que o Direito não se omita até mesmo em campos mais obscuros. Assim, volta-se para questões do Direito Digital, matéria cada vez mais presente na rotina

¹³ SOUZA JUNIOR, Cezar de. Propriedade intelectual para criações de inteligência artificial. **Brazilian Journal of Development**. Curitiba, v. 6, n.5,p.32344-32356. 2020.



jurídica. Mais especificamente, é investigado como as obras geradas por inteligência artificial são produzidas e em que medida outras obras são aproveitadas nesse processo.

Inicialmente, o que é a inteligência artificial? Apesar de parecer uma tecnologia ultramoderna, a inteligência artificial deu seus primeiros passos ainda na década de 50, com o trabalho do matemático Alan Turing. Em seu estudo, o cientista buscou fazer um “jogo da imitação”, no qual o computador tenta convencer que é humano. Para isso, um avaliador neutro faz uma série de perguntas para a máquina e para uma pessoa, e ao final tenta descobrir quem é quem. A distinção não se mostrou muito evidente, o que deu a entender que o computador seria capaz de um certo nível de cognição.¹⁴

Desde então, a aplicação da inteligência artificial ganhou novos ares. A tecnologia IA já integra o dia a dia do homem médio: ao programar a rota com os aplicativos de transporte, pesquisas nos mecanismos de busca, sugestões de filmes, séries e músicas nas diversas plataformas digitais. Os algoritmos da inteligência artificial identificam as preferências e interesses dos usuários e filtram o conteúdo que a eles será entregue.¹⁵ Tudo isso é possível graças a um sistema que atua e pensa racionalmente, imitando, ou pelo menos tentando imitar, a mente humana. Em uma definição mais exata, a inteligência artificial seria um instrumento no qual “agentes inteligentes (são) capazes de perceber seu meio ambiente e de realizar ações com a expectativa de selecionar uma ação que maximize seu desempenho”.¹⁶ Todavia, existem determinados comportamentos humanos que são difíceis de invocar, como a sociabilidade e a criatividade. Para fins desse trabalho, é preciso questionar se a inteligência artificial funciona, de fato, de maneira criativa.

Desse modo, é preciso investigar como as obras supostamente criativas são de fato produzidas. Atualmente, o *machine learning* é uma das técnicas mais utilizadas na produção intelectual. Trata-se de uma aplicação da inteligência artificial na qual a máquina possui a capacidade de aprimorar conhecimento a partir de sua própria experiência, sem a programação direta de um ser humano. Um conjunto de algoritmos interage automaticamente e, mediante esse compartilhamento de dados, há o aprimoramento de informações. Nesse processo, há um potencial de aprendizagem indefinida, cujos frutos são inteiramente novos e imprevisíveis.¹⁷

¹⁴ SILVA, Caio Alexandre Maurício da. **Ex-machina: proteção de direitos autorais para obras geradas por inteligência artificial**. 2022. 87 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte Natal, 2022.

¹⁵ KAUFMAN, Dora. **Desmistificando a inteligência artificial**. São Paulo: Autêntica. 2022.

¹⁶ *Id.* **A inteligência artificial irá suplantará a inteligência humana?** Barueri: Estação das Letras e Cores, 2018.

¹⁷ FERRO, Vanessa da Silva. **As obras artísticas geradas por inteligência artificial: considerações e controvérsias**. 2019; 151f. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2019.

Existe, ainda, uma evolução da máquina aprendiz, chamada *deep learning*. O sistema se tornou mais eficaz e apurado, se aproximando cada vez mais da cognição humana, principalmente na identificação de símbolos visuais. A máquina é capaz de encontrar e amplificar até os padrões realmente sutis, em um exercício profundo de análise de dados. O *deep learning* se diferencia dos modelos tradicionais por nunca atingir um ponto de estagnação, o aprendizado está em constante desenvolvimento. Ademais, os recursos são extraídos de forma autônoma pelo algoritmo, sendo desnecessária a interferência humana.¹⁸

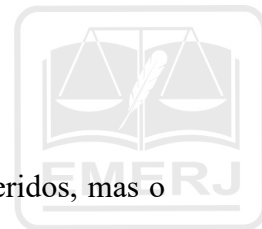
Resta questionar se a autonomia do algoritmo seria suficiente para considerar novas obras artísticas, com o mínimo de originalidade e personalidade. Em outras palavras, a arte criada por IA pode ser equiparada à arte criada por um ser humano? Aquela mesma arte é capaz de gerar sentimentos de excitação e angústia, ou não passa de um mero compilado de outras artes, genuinamente criativas? Para o ordenamento brasileiro, esse critério não é de fato relevante, mas, como visto anteriormente, existem outros empecilhos na legislação que impedem a máquina de ser autora.

Além do *deep learning*, a tecnologia evolui de tal modo que grande volume de dados poderia ser usado como a base de informações para as máquinas. Esse contingente significativo de dados é chamado de *big data*. Na mineração de dados usual são identificados anomalias, padrões e conexões para gerar previsões. No caso do *big data*, essas previsões se tornam cada vez mais assertivas. Entretanto, essa capacidade de processar tantos dados pode ser o motivo de sucesso, mas também de ruína da inteligência artificial. Essas referências advêm de bases de dados que recebem pouco escrutínio. Como a interferência humana aqui é mínima, não há filtro da consciência e da moral na seleção de conteúdo. Consequentemente, já foram identificadas obras de cunho preconceituoso, que por vezes feriam direitos humanos.¹⁹

No contexto de criação artística por meio de inteligência artificial, parte-se do pressuposto de que as obras usadas como referência receberam autorização de uso ou pertencem a domínio público. A Lei de Direitos Autorais prevê que uma obra entra em domínio público quando expirado o prazo de proteção, quando o autor não deixou sucessores ou ainda quando as obras são de autor esquecido. Qualquer que seja a hipótese, o domínio público permite a

¹⁸ PACHECO, C. A. R.; PEREIRA, N. S. Deep Learning Conceitos e Utilização nas Diversas Áreas do Conhecimento. *Revista Ada Lovelace*, [S. l.], v. 2, p. 34-49, 2018.

¹⁹ KAUFMAN, ref. 13.



exploração econômica das obras. É dizer que os direitos patrimoniais são transferidos, mas o direito moral sobre a arte não.²⁰

Retomando os perigos do *big data*, um autor pode ver sua obra deturpada pelo processamento de dados infinitos. Isto é, uma obra que não esteja em domínio público pode ser usada e processada pela inteligência artificial sem autorização e que dentre tantos dados utilizados seja impossível identificá-la. Portanto, mesmo que a autonomia da máquina em criar arte seja possível, talvez ela não seja recomendável, ou pelo menos, não sem a devida interferência humana.

Ademais, é preciso pontuar que a Lei de Direitos Autorais brasileira traz algumas exceções ao direito autoral para o uso de pequenos trechos de obras, desde que respeitados certos requisitos. O artigo 46 enumera situações nas quais o uso de obras protegidas por direitos autorais não constitui infração. Em suma, pequenos trechos podem ser utilizados desde que para fins educacionais, científicos, informativos, críticos ou para debates públicos e a indicação da autoria e da fonte original da obra deve ser incluída. Destacadamente, o uso da obra não pode causar danos aos legítimos interesses do autor ou prejudicar sua exploração normal.²¹ Essas condições podem ir de encontro com o modo que a inteligência artificial se utiliza dessas obras.

As criações artificiais, em sua maioria, não fornecessem informações quanto a autoria original das obras coletadas. Por sua vez, a formação de um banco de dados para treinamento da inteligência artificial tem como objetivo a obtenção de vantagem econômica sem o compartilhamento de lucros com os autores cujas obras foram exploradas. Logo, não é difícil concluir que a tecnologia IA não está de acordo com a regulação pátria.

Uma vez que já foi traçada uma noção de como são as produzidas as obras feitas por inteligência artificial, é importante apresentar alguns exemplos elucidativos de produções já existentes. O primeiro se trata de um curta metragem chamado *Sunspring*. O filme estreou em 2016 no festival *Sci-Fi London* em face do desafio de produzir um curta em apenas 48 horas. O diretor Oscar Sharp havia dirigido somente dois curtas na vida, o produtor Ross Goodwin era um anônimo no meio e o roteiro era assinado por um Benjamin. Surpreendentemente, Ross

²⁰ SCHIRRU, Luca. **Inteligência artificial e o direito autoral**: o domínio público em perspectiva. Grupo de Pesquisa do Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS-Rio). 2019. Colocar o link de acesso. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/04/Luca-Schirru-rev2-1.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.

²¹ BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

Goodwin é um pesquisador de inteligência artificial e Benjamin é um sistema IA que elaborou diálogos e direções cinematográficas.²²

Benjamin é um sistema baseado na tecnologia de LSTM (*long short-term memory*), uma rede neural capaz de aprender sequências de longo prazo em dados sequenciais²³. Sua tarefa consistiu em analisar diversos roteiros de filmes de ficção científica para identificar um padrão de falas, cenas e temas que fossem recorrentes. O roteiro rascunhado foi posteriormente aprimorado por Sharp. O diretor orientou os atores a preencherem possíveis lacunas eles mesmos.

Outro exemplo de obra produzida por inteligência artificial é o projeto *The Next Rembrandt*, uma tentativa de criar uma obra inspirada no estilo artístico do pintor holandês. Para isso, foi criado um banco de dados com suas pinturas que no momento se encontram em domínio público. A partir delas, foram aplicados diversos tipos de tecnologia, como reconhecimento facial, algoritmos para identificação de texturas e coloração e *deep learning* para aprimorar a resolução do resultado final.²⁴

Diante esses dois casos, algumas comparações e questionamentos podem ser levantados. Inicialmente, existem diferentes níveis de interferência humana na criação das obras. Enquanto o roteiro de *Sunspring* foi apenas uma base para a intervenção de certos artistas, *The Next Rembrandt* se apropriou de obras de um artista existente e produziu um resultado inteiramente artificial. Assim, é possível identificar o autor responsável pelo curta, que contribui com a sua própria visão artística. Já na imagem inspirada em Rembrandt, a máquina é o principal agente produtor da obra. Por outro ponto de vista, pode-se argumentar que o verdadeiro artista é o próprio Rembrandt, cujos quadros foram a única base de dados utilizada. Portanto, não é difícil concluir que a definição de um autor para a obra criada por inteligência artificial dependerá de cada caso, cujas especificidades devem ser analisadas com cautela.

²²MANS, Matheus. **Curta-metragem ‘Sunspring’ é o primeiro do mundo a ser escrito por sistema de algoritmos**. Estadão. 23 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/cultura/cinema/curta-metragem-sunspring-e-o-primeiro-do-mundo-a-ser-escrito-por-sistema-de-algoritmos>. Acesso em: 20 set. 2024.

²³ Redes neurais são sistemas computacionais desenhados para identificar padrões. A LSTM é um tipo de rede neural capaz de manter e atualizar informações por longos períodos. Assim, ela consegue memorizar informações por um maior prazo e se torna eficiente em tarefas como tradução automática, previsão de séries temporais e reconhecimento de fala.

²⁴ TAUK, Caroline Somesom. **O artista robô: a criatividade não é exclusiva dos humanos**. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/379003/o-artista-robo-a-criatividade-nao-e-exclusiva-dos-humanos>. Acesso em: 20 set. 2024.



3.OS AVANÇOS NORMATIVOS NA REGULAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO AUTORAL

O primeiro capítulo do presente artigo abordou como certos institutos do direito autoral pátrio abarcariam as obras criadas por inteligência artificial, mais notadamente os referentes a Lei nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais)²⁵ e Lei nº 9.609/98 (Lei de *Software*)²⁶. O ordenamento jurídico brasileiro ainda traz a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet)²⁷ e Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD)²⁸. Apesar dessas duas últimas não tratarem diretamente do direito do autor ou inteligência artificial, suas normas podem ser elucidativas quanto a forma de proceder no mundo digital.

O Marco Civil da Internet contém normas fundamentais que garantem um ambiente digital seguro e que podem ser úteis na regulamentação da inteligência artificial. A lei tem como princípios norteadores: a privacidade e proteção de dados pessoais, a neutralidade da rede, responsabilidade e liberdade de expressão, além de segurança e transparência de provedores. No que concerne a proteção de dados, a inteligência artificial muitas vezes se utiliza de grande volume de dados para funcionar, e essas informações devem ser coletadas de forma ética e transparente para que a privacidade dos usuários seja respeitada. A neutralidade da rede assegura que o algoritmo de IA que define conteúdos e serviços recomendados não crie filtros tendenciosos que criem seleções não justificadas. Por fim, as tecnologias de inteligência artificial devem ser desenvolvidas com padrões claros de segurança, a fim de minimizar riscos com manipulação de dados ou decisões automatizadas que prejudiquem os usuários.²⁹

A LGPD é relevante para proteger os dados pessoais que são utilizados para treinar os algoritmos de inteligência artificial. Os sistemas IA usam grande volume de dados para seu aprendizado e funcionamento, e a lei tem como objetivo regular como esses dados serão processados e armazenados. Não é raro que sejam coletados dados sensíveis, como saúde e

²⁵ BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

²⁹ MAGRANI, Eduardo **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018. p. 24-27.

biometria, que devem ser submetidos a regras rigorosas de proteção. Assim, deve haver consentimento expresso e explicações claras de como os dados serão utilizados. Além disso, é estabelecida a responsabilização tanto do programador quanto do operador de dados, mesmo que o uso desses dados esteja sendo realizado de forma automatizada. Em outras palavras, a responsabilidade não pode recair sobre a máquina.

Percebe-se que a legislação brasileira já possui fundamentos jurídicos que ajudam na regulação da inteligência artificial. Todavia, questiona-se se as atuais normas são o suficiente para garantir proteção plena diante do avanço e especialização dessa tecnologia, tendo em vista o grande risco que ela pode representar não só ao direito do autor, mas também aos direitos fundamentais de sigilo e igualdade. Por esse motivo, o presente capítulo se propõe a analisar como os ordenamentos jurídicos estrangeiros estão se adequando às inovações da inteligência artificial. Ainda, serão identificadas as propostas dos legisladores nacionais para acompanhar as tecnologias de IA no Brasil.

A regulação das atividades desenvolvidas por inteligência artificial tem se tornado cada vez mais urgente, e essa tendência já foi percebida por diversos países. Não à toa, ao analisar esse movimento, a UNESCO identificou uma “enxurrada de estratégias nacionais” de IA.³⁰ Tim Dutton observa que não existe um padrão idêntico de iniciativas dos Estados, de modo que cada um se debruçou sobre diferentes áreas da tecnologia: pesquisa científica, desenvolvimento profissional, ética e inclusão, regulamento e infraestrutura de dados, dentre outros.³¹

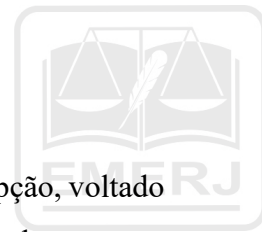
Ao se voltar para a legislação internacional sobre direito autoral e sua proteção de obras produzidas por inteligência artificial, podem ser destacados dois grandes grupos. Primeiro, os EUA, a União Europeia e a Austrália, que equiparam o autor a um ser humano, visto que as máquinas não estariam sujeitas a direitos. Ademais, a autoria exige requisitos, de forma que a inteligência artificial e o ser humano não poderiam estar desassociados.³²

O outro conjunto de países cuja jurisdição se assemelha é Nova Zelândia, Reino Unido, Irlanda, Hong Kong, África do Sul e Índia. Esses países estabeleceram um regime especial para as produções geradas por computador, no qual o criador não necessariamente será um indivíduo. Assim, a autoria é atribuída ao ser humano responsável pelas disposições necessárias à criação

³⁰DIVINO, S. B. S. Artificial intelligence, law and the 2030 agenda for sustainable development. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas** (UNIFAFIBE), 2021, p.671–711. Disponível em: <https://revistas.faculdedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1835>. Acesso em: 20 set. 2024.

³¹DUTTON, Tim. **An Overview of National AI Strategies**. **Medium**. Jun 28, 2018. Disponível em: <https://medium.com/@tim.a.dutton/an-overview-of-national-ai-strategies-2a70ec6edfd>. Acesso em: 20 set. 2024.

³²SOUZA JUNIOR, Cezar de. Propriedade intelectual para criações de inteligência artificial. **Brazilian Journal of Development**. Curitiba, v. 6, n.5, p.32344-32356. 2020.



do trabalho, no caso um programador, ou até o responsável pela ideia de sua concepção, voltado para trabalhos de cunho artístico.³³ Seja qual for a legislação analisada, é possível observar um maior foco no criador humano do que na inteligência artificial. Já no início da década de 2000, Jane Ginsburg defendeu que dentre os sistemas jurídicos analisados (EUA, Reino Unido, Canadá, Austrália, França, Bélgica e Holanda), partem do pressuposto de que sempre haverá um julgamento humano subjetivo que orientará a máquina.³⁴

Desde a análise de Ginsburg, foram feitos alguns avanços na área de regulamentação da inteligência artificial. A nível internacional, foram realizados alguns eventos recentemente: o G-7 Hiroshima Process, o Global Partnership on AI Summit 2023 e o UK Summit on AI Safety.³⁵ Tais eventos acabaram por reverberar nas disposições internas de certos países e suas organizações. Por exemplo, o então presidente dos EUA Joe Biden emitiu o primeiro decreto para regulamentar a inteligência artificial no país — *a Executive Order 14110, of October 30, 2023: Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence*.

A medida executiva estabeleceu certos mecanismos regulatórios para impulsionar seu desenvolvimento e ao mesmo tempo minimizar seus possíveis riscos. Assim, tentou-se equilibrar os interesses e princípios americanos com as demandas do mercado. Mesmo assim, pontua-se que a ordem executiva é apenas um encaminhamento diante da verdadeira necessidade regulatória. Ainda, suas disposições parecem ser uma mera recomendação a particulares, apesar de ser obrigatória a órgãos sob a administração federal estadunidense.³⁶

Outra tentativa recente de regulação foi o *AI Act* — regulamento europeu sobre inteligência artificial, com entrada em vigor a partir de agosto de 2024. O regulamento traz um contraponto entre os possíveis benefícios do uso da tecnologia IA com e seus riscos sociais e éticos. É inegável o potencial avanço que a inteligência artificial pode trazer para a saúde, agricultura, segurança alimentar, educação e energia. Paralelamente, os princípios fundamentais e direitos humanos já estabelecidos em outros tratados devem ser respeitados. Destaca-se a

³³ ROCHA, Uelisson Borges. Titularidade dos Direitos Autorais nas Criações com Aplicação da Inteligência Artificial. **Braz. J. of Develop.**, Curitiba, v. 6, n.5, p.32344-32356 Março.2020.

³⁴ GINSBURG, J. C. The concept of authorship in comparative copyright law. **DePaul L. Rev.**, v. 52, p. 1063, 2002.

³⁵ Essas conferências foram uma tentativa de ação coordenada de diversos países para estabelecimento de diretrizes internacionais sobre inteligência artificial. Por se tratarem de princípios gerais, foi dado destaque ao uso ético da nova tecnologia, em especial medidas de segurança e conduta para desenvolvedores de IA.

³⁶ BARBOSA, Leonardo Peixoto. **A nova ordem executiva dos EUA sobre Inteligência Artificial segura e confiável**. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulando-a-inovacao/a-nova-ordem-executiva-dos-eua-sobre-inteligencia-artificial-segura-e-confiavel>. Acesso em: 20 set. 2024.

proibição ao sistema IA de empregar algoritmos discriminatórios que façam avaliações e classificações de indivíduos baseados em aspectos pessoais.³⁷

Finalmente, há de se mencionar os movimentos para a modernização da legislação nacional frente aos avanços da inteligência artificial. Está em tramitação no Senado o Projeto de Lei nº 5051 de 2019³⁸. Não muito diferente dos regulamentos internacionais já mencionados, o PL nº 5051 traz princípios mais gerais para o uso da IA. Propõe-se a valorização do trabalho e o desenvolvimento econômico e sustenta-se que as decisões com base em IA devem sempre ser auxiliadas pela interferência humana. A transparência também é um princípio de destaque do projeto, de forma que as tecnologias estão sujeitas a auditorias e os responsáveis devem esclarecer de modo satisfatório quais os parâmetros utilizados. Além disso, são apresentadas diretrizes aos entes federativos para a promoção de ações educacionais, políticas de qualificação profissional e regulação específica desta tecnologia.³⁹

Mais recentemente, o Projeto de Lei nº 4025/23⁴⁰ visa alterar o Código Civil e a Lei de Direitos Autorais. Dentre as propostas, está a exigência de autorização expressa dos indivíduos envolvidos para o uso de imagens e obras por sistema de inteligência artificial. O projeto ainda prevê que essa autorização pode ser transmitida a parentes próximos de autores falecidos, como cônjuge, filhos e pais. Seguindo a lógica do ordenamento jurídico brasileiro, que exige pessoa física como autora, a nova legislação determina que as obras geradas por inteligência artificial não geram direitos autorais. Observa-se que a atual proposta é mais precisa ao estabelecer regras específicas sobre propriedade intelectual.

³⁷ MAIA, Diego Agnol. **Regulamento europeu sobre IA e suas implicações no sistema de Justiça**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-23/regulamento-europeu-sobre-ia-e-suas-implicacoes-no-sistema-de-justica/>. Acesso em: 20 set. 2024.

³⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº 551 de 2019**. Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790#:~:text=Estabelece%20os%20princ%C3%ADpios%20para%20o,de%20Intelig%C3%A2ncia%20Artificial%20no%20Brasil.&text=Estabelece%20os%20princ%C3%ADpios%20para%20o%20uso%20da%20Intelig%C3%A2ncia%20Artificial%20no%20Brasil,,-Local%3A%20Plen%C3%A1rio%20do>. Acesso em: 20 set. 2024.

³⁹ DIEDRICH, Luis Fernando. **Inteligência artificial: as superficialidades dos PLs 5051/19 e 5691/19**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/diedrich-superficialidades-pls-505119-569119/>. Acesso em: 20 set. 2024.

⁴⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4025 de 2023**. Esta lei altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, dispondo sobre a utilização da imagem de uma pessoa, viva ou falecida, e dos direitos autorais, decorrentes da utilização de inteligência artificial. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2380982>. Acesso em: 20 set. 2024.



CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a verificar como a legislação autoral pátria poderia se adaptar às obras criadas por inteligência artificial e a possibilidade de uma modernização normativa para acompanhar essa nova realidade tecnológica. Buscou-se também entender como as criações artísticas são geradas artificialmente e se seria possível determinar a autoria dessas criações. Paralelamente, se averiguou se os direitos autorais das obras utilizadas para alimentar os bancos de dados IA estariam sendo violados. Ainda, foram analisadas as iniciativas regulatórias de outros países sobre o tema, a fim de verificar os avanços internacionais e de que forma eles poderiam inspirar as normas locais.

Primeiramente, observou-se que ordenamento jurídico vigente se fundamenta na figura do autor humano e na distinção entre direitos morais e patrimoniais. A Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei nº 9.610/98) reconhece a importância da originalidade e a necessidade de um autor, mas se limita à figura de uma pessoa física e em alguns casos excepcionais, de pessoa jurídica. Certos doutrinadores defendem que existe um fator de subjetividade da obra artística que nunca poderia ser transferida a uma máquina. Sobre a diferenciação entre direitos morais e patrimoniais, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria mista que reconhece a coexistência desses dois institutos. Enquanto os direitos morais asseguram os direitos da personalidade associados ao autor, os direitos patrimoniais focam concentram-se na rentabilidade econômica da obra. Esses direitos são importantes para compreender a figura do titular.

O titular de uma obra é detentor de seus direitos patrimoniais, que lhe foram transferidos pelo autor, detentor de seus direitos morais. Transferindo esse instituto para as obras criadas por inteligência artificial, seria possível a máquina ser titular? Mais uma vez, é necessário que uma pessoa física esteja por trás do titular de uma obra, juntamente com o autor de fato. Também se analisou a compatibilidade da proteção aos programas de computador com os sistemas IA. Conclui-se que a autoria dos *softwares* é mais facilmente identificável do que a da obra artificial, e por isso, essa comparação não seria de grande utilidade.

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio, em sua forma atual, não oferece soluções adequadas para as particularidades das obras geradas por inteligência artificial. A ausência de uma regulamentação específica sobre o tema deixa lacunas na proteção dessas criações, gerando incertezas sobre a atribuição de autoria, titularidade e a extensão dos direitos morais. Dado o avanço acelerado das tecnologias de IA e seu impacto crescente na produção cultural e intelectual, é imperativo que o legislador brasileiro promova uma atualização do marco legal.

A modernização das leis deve levar em conta as inovações tecnológicas, garantindo uma proteção justa tanto para as obras geradas por IA quanto para os autores humanos cujas criações são utilizadas como base para o desenvolvimento dessas tecnologias.

Para que essa modernização possa ocorrer, é necessário compreender como as obras geradas por inteligência artificial são de fato produzidas. Por isso, no segundo capítulo observou-se qual o verdadeiro papel do autor humano e o grau de autonomia que as máquinas realmente possuem ao produzir algo considerado original e criativo. Através de técnicas como o *machine learning* e o *deep learning*, sistemas de IA são capazes de gerar resultados cada vez mais próximos da cognição humana, baseando-se em grandes volumes de dados.

Os exemplos do curta *Sunspring* e do quadro *The Next Rembrandt* ilustram diferentes níveis de interferência humana e de autonomia da máquina, evidenciando que, em alguns casos, o papel do autor representa grande influência no resultado final, enquanto em outros a máquina atua quase que de forma autônoma. Entretanto, essa autonomia da IA não exclui a necessidade de um autor humano ou de um processo ético e legal que resguarde a originalidade e a integridade das criações.

Por fim, foram apresentados os caminhos seguidos, até o momento para a regulação da inteligência artificial nacional e internacionalmente. Foi detectada uma tendência global de focar no criador humano ao invés de atribuir autoria às máquinas. Por mais que determinados países reconhecessem a contribuição da inteligência artificial para as criações artísticas, a figura humana nunca estava desassociada. Foram citados alguns mecanismos regulatórios – a ordem executiva americana e o regulamento europeu sobre inteligência artificial - que tentavam ao mesmo tempo impulsionar a nova tecnologia e frear possíveis violações.

Esses regulamentos, entretanto, apresentavam diretrizes gerais para o uso da IA, como transparência, tratamento não discriminatório e respeito aos direitos fundamentais já estabelecidos em outros tratados. No caso do Brasil, o Projeto de Lei 4025/23 pretende abordar os direitos autorais de forma mais direta, mas a proposta ainda se encontra em fase embrionária. Conclui-se que uma modernização legislativa se mostra urgente para que o direito autoral das produções artísticas não seja violado e o avanço tecnológico contribua para o desenvolvimento humano, ao invés de limitá-lo.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Leonardo Peixoto. **A nova ordem executiva dos EUA sobre Inteligência Artificial segura e confiável**. Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e->



analise/colunas/regulando-a-inovacao/a-nova-ordem-executiva-dos-eua-sobre-inteligencia-artificial-segura-e-confiavel. Acesso em: 20 set. 2024.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade em face do projeto de Código Civil. **Revista de informação legislativa**. Brasília. v. 15, n. 60, p. 107. 1978.

BRASIL. **Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 551 de 2019**. Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790#:~:text=Estabelece%20os%20princ%C3%ADpios%20para%20o,de%20Intelig%C3%A2ncia%20Artificial%20no%20Brasil.&text=Estabelece%20os%20princ%C3%ADpios%20para%20o%20uso%20da%20Intelig%C3%A2ncia%20Artificial%20no%20Brasil,Local%3A%20Plen%C3%A1rio%20do>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4025 de 2023**. Esta lei altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, dispondo sobre a utilização da imagem de uma pessoa, viva ou falecida, e dos direitos autorais, decorrentes da utilização de inteligência artificial. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2380982>. Acesso em: 20 set. 2024.

CHAVES, Antônio. **Criador da Obra Intelectual**. São Paulo: LTR. 1995.

DIEDRICH, Luis Fernando. **Inteligência artificial**: as superficialidades dos PLs 5051/19 e 5691/19. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/diedrich-superficialidades-pls-505119-569119/>. Acesso em: 20 set. 2024.

DIVINO, S. B. S. Artificial intelligence, law and the 2030 agenda for sustainable development. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, 2021, p.671–711. Disponível em: <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/relacoesinternacionais/article/view/1835>. Acesso em: 20 de set. de 2024

DUTTON, Tim. **An Overview of National AI Strategies**. Medium. Jun 28, 2018.

FERRO, Vanessa da Silva. **As obras artísticas geradas por inteligência artificial: considerações e controvérsias**. 2019; 151f. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2019.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito autoral: da antiguidade à internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GINSBURG, J. C. The concept of authorship in comparative copyright law. **DePaul L. Rev.**, v. 52, p. 1063, 2002.

KAUFMAN, Dora. **Desmistificando a inteligência artificial**. São Paulo: Autêntica. 2022.

KAUFMAN, Dora. **A inteligência artificial irá suplantará a inteligência humana?** Barueri: Estação das Letras e Cores, 2018.

MAGRANI, Eduardo **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

MAIA, Diego Agnol. **Regulamento europeu sobre IA e suas implicações no sistema de Justiça**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jul-23/regulamento-europeu-sobre-ia-e-suas-implicacoes-no-sistema-de-justica/>. Acesso em: 20 set. 2024.

MANS, Matheus. **Curta-metragem ‘Suspring’ é o primeiro do mundo a ser escrito por sistema de algoritmos**. Estadão. 23 de junho de 2016. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/cultura/cinema/curta-metragem-suspring-e-o-primeiro-do-mundo-a-ser-escrito-por-sistema-de-algoritmos/>. Acesso e: 20 set. 2024.

MORAES, Rodrigo. **Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

PACHECO, C. A. R.; PEREIRA, N. S. Deep Learning Conceitos e Utilização nas Diversas Áreas do Conhecimento. **Revista Ada Lovelace**, [S. l.], v. 2, p. 34–49, 2018.

ROCHA, Uelisson Borges. Titularidade dos Direitos Autorais nas Criações com Aplicação da Inteligência Artificial. **Braz. J. of Develop**, Curitiba, v. 6, n.5,p.32344-32356 Março.2020.

SCHIRRU, Luca. **Direito Autoral e Inteligência Artificial: Autoria e Titularidade nos Produtos da IA**. Tese de Doutorado. Orientador: Allan Rocha de Souza. Universidade Federal do Rio de Janeiro. RJ. 2020.

SCHIRRU, Luca. **Inteligência artificial e o direito autoral: o domínio público em perspectiva**. Grupo de Pesquisa do Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS-Rio). 2019.

SILVA, Caio Alexandro Maurício da. **Ex-machina: proteção de direitos autorais para obras geradas por inteligência artificial**. 2022. 87 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte Natal, 2022.

SOUZA JUNIOR, Cezar de. **Propriedade intelectual para criações de inteligência artificial**. Brazilian Journal of Development. Curitiba, v. 6, n.5,p.32344-32356. 2020.



TAUK, Caroline Somesom. **O artista robô**: a criatividade não é exclusiva dos humanos. Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/379003/o-artista-robo-a-criatividade-nao-e-exclusiva-dos-humanos>. Acesso em: 20 set. 2024.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software e revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá, 2005.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direito de Autor**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA: É CONSTITUCIONALMENTE POSSÍVEL RESTRICÇÕES ESTABELECIDAS PELO LEGISLATIVO EM RELAÇÃO À CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA?

Jadilson da Silva Maciel

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO (2005). Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.

Resumo – à luz da mais moderna doutrina constitucionalista (neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno e pós-positivismo), os Tribunais Superiores vêm constatando o desequilíbrio entre os poderes constitucionalmente constituídos à medida que o Poder Legislativo edita leis que interferem na atuação do Poder Judiciário, em especial na concessão de liminar em mandado de segurança. Nesse contexto, importante analisar o alcance e efeitos indiretos da “eficácia vinculante” da decisão tomada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento da ADI 4.296 sobre a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009, que restringe a concessão de medida liminar em mandado de segurança em determinadas hipóteses.

Palavras-chave – Restrições à Concessão de Liminar em Mandado de Segurança; Direito Processual Civil; Direito Administrativo; Direito Constitucional.

Sumário – Introdução. 1. As restrições legislativas na concessão de liminar em mandado de segurança. 2. As interferências do Poder Legislativo no Poder Judiciário em relação ao mandado de segurança. 3. Jurisprudência do STF acerca de restrições legislativas em concessão de liminar no mandado de segurança. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por principal objetivo avaliar se é constitucionalmente possível o advento de leis produzidas pelo Poder Legislativo que restringem a atuação do Poder Judiciário no que concerne à concessão de liminar em mandado de segurança à luz do ordenamento jurídico vigente e da jurisprudência dos tribunais superiores. O estudo procura demonstrar que ao longo dos anos o Poder Legislativo vem interferindo paulatinamente na área de atuação do Poder Judiciário ao editar leis que limitam a atuação dos magistrados no tocante à concessão de liminar em mandado de segurança, ensejando, principalmente, violação à garantia de pleno acesso à jurisdição, óbice ao poder geral de cautela do magistrado e limitação à liberdade e autonomia do Poder Judiciário.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema com o intuito de se provocar uma reflexão sobre a constitucionalidade dessas leis e a livre atuação do Poder Judiciário nesse campo como forma de expressão natural do Estado



Democrático de Direito, ou seja, uma visão crítica se os magistrados de fato conseguem efetivar sua atuação observando sua autonomia, independência e liberdade no que diz respeito à concessão de medidas liminar em mandado de segurança nos processos que lhe são afetos.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece especial atenção, uma vez que é preocupante a intervenção do Poder Legislativo sobre o Poder Judiciário na medida em que constitui cláusula pétrea na Carta Magna a autonomia e a independência dos Poderes constituídos, bem como sua convivência harmônica e pacífica.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o conceito de mandado de segurança, de direito líquido e certo, do poder geral de cautela do magistrado, do princípio da separação dos poderes e das condições processuais preconizadas no ordenamento jurídico para se conceder liminar em mandado de segurança, de forma a se compreender como as limitações estabelecidas pelo Poder Legislativo ao longo dos anos foram interpretadas pela jurisprudência dos tribunais superiores, principalmente depois do advento da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, pretende-se, ainda, analisar a jurisprudência do STF em especial os fundamentos determinantes da ADI 4.296/DF.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando de forma breve os efeitos das restrições de liminares em sede de mandado de segurança. Em seguida, aborda-se o conceito de mandado de segurança, as diversas visões do mandado de segurança nas áreas do direito (Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil) e, por fim, um enfoque mais processual e pormenorizado sobre o procedimento liminar em mandado de segurança e os requisitos processuais mínimos que autorizam o seu deferimento.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, as interferências do Poder Legislativo no Poder Judiciário em uma abordagem rápida sobre o princípio da separação de poderes e o Estado Democrático de Direito, bem como o poder geral de cautela dos magistrados. Avalia-se também as legislações pertinentes à temática e suas implicações práticas e jurídicas.

O terceiro capítulo tem por escopo analisar a jurisprudência do STF acerca de restrições legislativas em concessão de liminar em mandado de segurança, em especial a ADI 4.296/DF, sua *ratio decidendi* e seus efeitos em relação a outras normas similares que vedam ou limitam a concessão de liminar, bem como a tutela provisória contra o Poder Público. Por fim, o estudo é direcionado para a análise da constitucionalidade das restrições estabelecidas em geral pelo Poder Legislativo em relação à atuação do Poder Judiciário na concessão de liminar em mandado de segurança.

O estudo será desenvolvido mediante uma análise crítica da doutrina e da jurisprudência mais recente acerca da temática, com um método de abordagem dedutiva e um

método de procedimento comparativo, suas relações e conexões, sem tratar o conhecimento como algo rígido, já que tudo no mundo está sempre em constante mudança.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. AS RESTRIÇÕES LEGISLATIVAS NA CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

A análise da liminar em mandado de segurança pressupõe, por certo, um conhecimento contextual do próprio mandado de segurança como importante ação constitucional.

Com efeito, uma das ações mais poderosas que há no ordenamento jurídico processual brasileiro, que tem por objetivo dar efetividade a tutela de um direito fundamental que foi violado pela Administração Pública é, sem sombra de dúvidas, o mandado de segurança. E mais importância ainda tem a liminar, que pode ser manejada de início ou no transcorrer do processo. A liminar tem um sentido semântico de prévio ou no início de algo e, na prática, poderá ser concedida tanto na fase inicial quanto durante o trâmite regular do processo com base em juízo sumário que incidirá sobre prova pré-constituída nos autos.

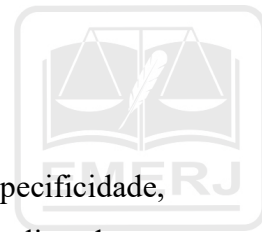
O mandado de segurança é uma criação brasileira e, como a lei regulamentar o considera¹, é ação civil de rito sumário especial destinada a afastar ofensa ou ameaça de direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, por meio de ordem judicial corretiva ou impeditiva da ilegalidade, qualquer que seja o ato impugnado, seja ele administrativo, jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista etc.

O mandado de segurança foi constitucionalizado em 1934, sendo introduzido na Constituição Federal e permanecendo nas posteriores, exceto a de 1937. Inicialmente, suas regras gerais foram instituídas pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951², estando atualmente, disciplinado na Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009³.

¹ O mandado de segurança está regulamentado pela Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009.

² BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1533.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

³ BRASIL Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm#art29. Acesso em: 30 set. 2024.



O mandado de segurança distingue-se das demais ações em razão da especificidade, de seu objeto e da sumariedade em seu procedimento, que lhe é próprio, aplicando-se, subsidiariamente, as regras do Código de Processo Civil⁴.

Analisando-se minuciosamente a redação do art. 5º, LXIX, da CRFB/88⁵, observa-se que a violação a direito líquido e certo surge a partir de ato praticado pela autoridade impetrada, cujo conteúdo se encontra eivado de ilegalidade ou abuso de poder. Se vinculado, entende-se por ilegal; se discricionário, fala-se em abuso de poder.

Para a doutrina administrativista, segundo Hely Lopes Meirelles⁶, mandado de segurança é o instrumento constitucional colocado à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei que tem por finalidade proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por autoridade e que não obtenha amparo por *habeas corpus* ou *habeas data*, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Também como referência entre os doutrinadores administrativistas, Maria Sylvia Zanella de Pietro⁷ ensina que “Mandado de segurança é a ação civil de rito sumaríssimo pela qual qualquer pessoa física ou jurídica pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* nem *habeas data*, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.”

Luiz Fux⁸, como importante representante dos processualistas, conceitua mandado de segurança como instrumento processual constitucional ou remédio de natureza constitucional assegurado a qualquer pessoa física ou jurídica, brasileiro ou estrangeiro, na defesa de direito líquido e certo, individual ou coletivo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que este for lesado - tutela repressiva - ou ameaçado de lesão - tutela preventiva - por ato ilegal, ou que implique abuso de poder, praticado pela Administração Pública, através de seus agentes, na representação direta ou indireta da entidade pública.

Para o constitucionalista Guilherme Peña de Moraes⁹:

⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 28-29.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 981.

⁸ FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 28.

⁹ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Barueri: Atlas, 2022, p. 257.

O mandado de segurança, ex autoritate art. 5º, incs. LXIX e LXX, da CRFB¹⁰, da mesma forma que a Lei nº 12.016/09¹¹, é conceituado como remédio constitucional, sob procedimento especial, dirigido à tutela de direito, individual ou metaindividual, líquido e certo, não amparável por habeas corpus ou habeas data, ameaçado ou lesado por ato de autoridade pública ou agente delegado, eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

André Ramos Tavares¹² ensina que o mandado de segurança foi criado pela Constituição brasileira de 1934, em estrutura e objetivos similares ao do amparo mexicano, e para tutelar situações que chegaram a ser defendidas por meio do *habeas corpus* (doutrina brasileira do *habeas corpus*), o mandado de segurança pretende ser também ação constitucional expedida para combater males decorrentes da ilegalidade e do abuso de poder. Destaca, ainda, que algumas particularidades do mandado de segurança são dignas de destaque: i) é ação exclusivamente documental (não admite dilação probatória — o direito deve ser líquido e certo); ii) tem cabimento residual em relação ao *habeas corpus* e ao *habeas data*; iii) só pode ser utilizado em face de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica na posição de Poder Público.

Nota-se que, por se tratar de ação de rito especial de índole constitucional, o processo do *mandamus* tem prioridade sobre todos os demais processos, à exceção do *habeas corpus*.

O cabimento do mandado de segurança ocorre quando se está diante de ilegalidade ou abuso de poder decorrente de ato praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Constitui ato de autoridade toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho regular de suas funções, ou seja, a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída por norma legal.

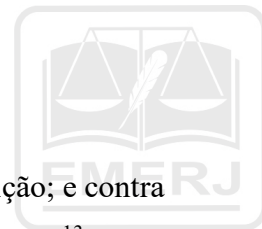
Verifica-se, então, que o objeto normal do mandado de segurança direciona-se para o ato administrativo específico, mas por exceção, também se presta para atacar as leis e decretos de efeitos concretos, principalmente na área tributária, as deliberações legislativas e as decisões judiciais para as quais não haja recurso com efeito suspensivo, capaz de impedir a lesão ao direito subjetivo do impetrante.

A regra é o cabimento de mandado de segurança contra ato de qualquer autoridade, mas a lei o excepciona contra o que comporte recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução; contra decisão ou despacho inicial para o qual haja recurso processual

¹⁰ BRASIL, ref. 5.

¹¹ *Ibidem*.

¹² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 320.



eficaz com efeito suspensivo, ou possa ser corrigido prontamente por via de correição; e contra decisão judicial transitada em julgado (art. 5º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009¹³).

O legitimado ativo, sujeito ativo, impetrante é aquele que sofre ou esteja na iminência de sofrer violação de direito seu em decorrência de ato abusivo ou ilegal de autoridade.

O legitimado passivo, sujeito passivo, impetrado, pode ser qualquer agente do Estado que atue em seu nome em qualquer nível – federal, estadual, municipal e distrital – e aos integrantes da administração indireta (autarquias, incluindo as agências reguladoras, fundações estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividades econômicas.

A competência para processar e julgar o mandado de segurança dependerá da categoria da autoridade coatora e sua sede funcional, sendo definida nas leis infraconstitucionais, bem como no próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil.

Regra geral, o mandado de segurança é repressivo de uma ilegalidade já cometida, todavia, pode ser preventivo de uma ameaça a direito líquido e certo do impetrante. Importante ressaltar que se exige a comprovação da ocorrência de um ato concreto capaz de pôr em risco o direito do postulante¹⁴.

O prazo para impetrar mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Este prazo é decadencial do direito à impetração, por isso, não se suspende nem se interrompe desde que iniciado. Muito embora a Constituição Federal não faça menção expressa ao prazo decadencial, o STF já sedimentou seu entendimento na Súmula nº 632, no sentido de que é constitucional o prazo decadencial de 120 dias estabelecido no art. 18 da antiga Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951¹⁵, cujo teor foi mantido no art. 23 da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009¹⁶.

A liminar no mandado de segurança constitui uma importante ferramenta para se fazer antecipar e efetivar, assim como a tutela provisória, o resultado satisfativo ou cautelar da ação constitucional.

Historicamente, o processo judicial sempre foi qualificado por sua morosidade e, por conseguinte, pode revelar uma prestação jurisdicional não eficiente. Preocupado com essa morosidade, o legislador ordinário instituiu a tutela de urgência, inserindo na legislação

¹³ BRASIL, ref. 3.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 25.009/DF**. A segurança preventiva pressupõe existência de efetiva ameaça a direito, ameaça que decorre de atos concretos da autoridade pública [...]. Relator: Min. Carlos Velloso, 24 de novembro de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 30 set. 2024.

¹⁵ BRASIL, ref. 2.

¹⁶ BRASIL, ref. 3.

processual mecanismos práticos que permitam ao magistrado (Lei nº 8.952, de 28 de dezembro de 1994¹⁷), logo no início do processo, de forma a antecipar os efeitos práticos pretendidos pelo autor. Segundo Alexandre Freitas Câmara¹⁸, é uma decisão interlocutória a ser proferida “*in limine litis*” (motivo pelo qual denomina-se “liminar”).

É de extrema importância assegurar ao Poder Judiciário condições de atuação para que se possa dar efetividade à preservação do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, o mandado de segurança, como instrumento constitucional à disposição do jurisdicionado e, em especial, a liminar como expressão máxima do poder geral de cautela, contribuem consideravelmente para a proteção dos jurisdicionados contra atos ilegais ou abusivos advindos de autoridade pública.

Nessa linha de raciocínio, cabe ao operador do direito separar, com nitidez, os planos processuais e material da liminar e do mandado de segurança de forma que um não sobreponha o outro. A função instrumental da liminar em mandado de segurança (ou da tutela provisória) é de antecipar os efeitos da tutela ou de garantir o resultado prático do processo, quanto o mérito do mandado de segurança é garantir o direito material invocado.

Em épocas em que o processo judicial pode durar anos até o seu pronunciamento final, o legislador, consciente desse sentimento de frustração subjacente no meio social, fez inserir no texto constitucional a regra geral da duração razoável do processo, conforme previsto no inciso LXXVIII, do art. 5º, da CRFB/88¹⁹ com a Emenda Constitucional nº 45/2004²⁰. Nesse contexto, a liminar em mandado de segurança constitui uma importante ferramenta à disposição do jurisdicionado que, após provocar o Estado-juiz, poderá antecipar os efeitos práticos da tutela satisfativa do processo garantindo de forma prévia a sua efetividade.

A liminar em mandado de segurança traduz, em última análise, a expressão máxima do poder geral de cautela do juiz, de forma a reduzir drasticamente o tempo de espera da tutela satisfativa a ser obtida no julgamento final da demanda, antecipando sobremaneira seus efeitos práticos que, por certo, somente seriam efetivados após a prolação da sentença.

Importante também ressaltar que no âmbito infraconstitucional, o legislador, muito sensível a essa demanda social de celeridade do processo, também fez inserir no Código de Processo Civil dispositivos que permitem uma atuação rápida, célere e eficaz do Poder

¹⁷ BRASIL, Lei nº 8.952, de 28 de dezembro de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18952.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. Barueri: Atlas, 2022, p. 159.

¹⁹ BRASIL, ref. 5.

²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)] **Emenda Constitucional nº 45**. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 30 set. 2024.



Judiciário por meio da concessão de tutela provisória, instrumento processual abordado no Livro V e enumerado entre os artigos 294²¹ e 311²² do referido Código.

Voltando ao tema, não há como se analisar de forma científica a liminar em mandado de segurança sem que antes também se faça um estudo panorâmico do instituto processual da tutela provisória, pois ambos pertencem à mesma família processual, na medida em que trazem consigo a mesma natureza ontológica, ou seja, são decisões que podem ser proferidas em processos de naturezas distintas (ações constitucionais e civis) e que devem levar em consideração um juízo de probabilidade a ser inferido nos primeiros passos de tramitação do processo ou durante o seu curso, esclarecendo-se, desde já, que o exercício intelectual do magistrado nessa fase é de suma importância, pois à medida que o processo evolui, o juiz se distancia paulatinamente do estado de “insegurança” da cognição sumária e se aproxima do estado de “segurança” que é inerente ao juízo de certeza.

Assim, para se entender o processo intelectual que se desenvolve na mente do Juiz no momento de se analisar a concessão de liminar em mandado de segurança, é de curial importância conhecer os requisitos mínimos necessários que o magistrado deve observar quando da concessão ou não de tutela provisória, pois a concessão de liminar em mandado de segurança e a concessão de tutela provisória são decisões judiciais que podem ser proferidas em situações processuais distintas, mas possuem a mesma natureza, ou seja, são efetivadas, como já foi dito, com base em um juízo de probabilidade e, em especial, a análise da probabilidade do direito alegado (*fumus boni juris*) e do perigo da demora da prestação jurisdicional ou resultado útil do processo (*periculum in mora*), cujo juízo será exercido no momento processual em que o magistrado é provocado para tanto, geralmente no momento da distribuição do processo.

O principal desafio a ser alcançado pelo magistrado ao proferir decisão de tal natureza é conhecer de forma pormenorizada qual os elementos mínimos essenciais que devem se encontrar presentes naquele momento para se conceder essa modalidade de provimento antecipado, ou seja, deve se ter em mente quais as diferentes naturezas de cognição que devem permear seu convencimento.

Para tanto, é de fundamental importância que o juiz saiba diferenciar tecnicamente as diferenças básicas existentes entre a cognição sumária (juízo de probabilidade) e a cognição exauriente (juízo de certeza).

²¹ BRASIL **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm. Acesso em: 30 set 2024.

²² *Ibidem*.

Alexandre Freitas Câmara²³ ensina que a cognição sumária é aquela que permite prolatar decisão não definitiva com base em juízo de probabilidade da existência do direito. De outro lado, a cognição exauriente decorre de análise resultante do processo intelectual desenvolvido pelo juiz de forma a proferir decisão com base em juízo de certeza. Enquanto o ambiente processual da primeira é, regra geral, no início ou meio do processo, o momento do segundo ocorre na fase de encerramento do processo.

É esse o ponto crucial a ser analisado, um corte na atuação do juiz na fase inicial do mandado de segurança. A liminar em mandado de segurança, assim como a tutela provisória, deve ser concedida ou não com base em juízo de probabilidade obtido por meio de cognição sumária a incidir a prova pré-constituída carreada aos autos. Esse é o contexto principal que se pode observar tanto na concessão de tutela provisória quanto na concessão de liminar em mandado de segurança. A liminar, portanto, constitui instrumento apto a gerar uma decisão judicial rápida e célere de forma a fazer cessar uma suposta violação a direito fundamental.

A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida garantidora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem seus pressupostos, como também não deve ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade.

A possibilidade do manejo de decisão liminar em sede de mandado de segurança é inerente à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento no próprio texto constitucional.

O juiz, desembargador ou ministro que conceder a liminar poderá revogá-la a qualquer tempo, desde que verifique a desnecessidade dessa medida, como poderá restabelecê-la quando fatos supervenientes indicarem sua conveniência.

Com efeito, a atuação do Poder Legislativo em elaborar normas gerais (leis) limitando o poder geral de cautela do Juiz constitui verdadeiro obstáculo, pois retira do magistrado a possibilidade de apreciação e resguardo liminar do direito pleiteado.

Para tanto, a possibilidade do manejo de decisão liminar em sede de mandado de segurança é inerente à proteção constitucional ao direito líquido e certo e encontra assento na própria Constituição Federal.

E é esta função, inequivocamente acauteladora, que está fora do alcance do legislador infraconstitucional, seja pela compreensão do papel constitucional da liminar em mandado de

²³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. Barueri: Atlas, 2022, p.276.



segurança (art. 5º, LXIX, da CRFB/88²⁴), seja na grandeza do poder geral de cautela do magistrado (art. 5º, XXXV, da CRFB/88²⁵).

2. AS INTERFERÊNCIAS DO PODER LEGISLATIVO NO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AO MANDADO DE SEGURANÇA

Até que ponto cabe ao Poder Legislativo restringir a atuação do Poder Judiciário na concessão de liminar em mandado de segurança? Sobre a temática, um importante julgamento a ser analisado é justamente a ADI 4.296/DF²⁶, que trouxe consigo a *ratio decidendi* de que qualquer vedação apriorística e genérica feita pelo legislador infraconstitucional deve ser considerada um atentado ao contorno constitucional do chamado poder geral de cautela do magistrado, previsto no art. 5º, LXIX, da CRFB/88²⁷.

O estudo do tema é oportuno, sobretudo porque atualmente pode-se verificar em diversos momentos interferências mútuas entre o Legislativo e o Judiciário, sob a alegação de que cada bloco de poder não tem desempenhado plenamente suas funções essenciais previstas na Constituição Federal afrontando diretamente o princípio da separação dos poderes.

O alicerce teórico da teoria da separação dos poderes que se tem conhecimento foi lançado por Aristóteles na Antiguidade grega, em sua obra “Política”²⁸, onde o grande filósofo estagirita vislumbrava a existência de três funções essenciais distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administração) e a função de julgamento, solucionando os conflitos decorrentes da execução das normas gerais nos casos concretos.

No século XVIII, a teoria de Aristóteles foi aprofundada e aprimorada pela visão precursora do Estado Liberal burguês desenvolvida por Montesquieu em seu “Espírito das leis”²⁹.

A maior contribuição dada por Montesquieu não foi a identificação das três funções estatais, mas certamente foi a teoria que desenvolveu no sentido de que as três funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si.

²⁴ BRASIL, ref. 5.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ BRASIL, ref. 3.

²⁷ BRASIL, ref. 5.

²⁸ ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007, p. 21.

²⁹ MONTESQUIEU, C.S. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 52.

Essa teoria surge como contraposição ao absolutismo, servido de base ideológica e científica para o desenvolvimento de diversos movimentos, como as revoluções americana e francesa, culminando na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão³⁰, em seu art. 16³¹, como verdadeiro dogma constitucional.

Surge então a base estrutural e científica da finalidade da separação dos poderes que é justamente combater a concentração de poder, ou seja, o exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. O liberalismo político em ascensão defende que a distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência evita, minimiza ou reduz os riscos de abuso de poder.

É possível citar como expressão da separação dos poderes, desses mecanismos de freios e contrapesos e da jurisprudência citada do Supremo Tribunal Federal os seguintes artigos:

- a) art. 5º, XXXV, da Constituição Federal³²: o Poder Judiciário pode rever atos de determinada CPI (Legislativo) que extrapolem o postulado da reserva constitucional de jurisdição, quando, por exemplo, o seu presidente expede um mandado de busca e apreensão em total violação ao art. 5º, XI, da Constituição Federal; e
- b) art. 52, I, da Constituição Federal³³: compete privativamente ao Senado Federal (Legislativo) processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República (Executivo) nos crimes de responsabilidade;

Importante ressaltar que os “Poderes” constituem órgãos independentes entre si, cada qual atuando dentro de sua parcela de competência constitucionalmente estabelecida quando da manifestação do poder constituinte originário.

Além disso, embora a indelegabilidade de funções não esteja prevista expressamente na Constituição de 1988, não há dúvidas de que deva ser reconhecida no ordenamento atual, seja por se tratar da essência da separação de poderes adotada nos Estados modernos, seja porque essas exceções (interferências ou controles recíprocos) estão inseridas ao longo do texto

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 135.

³¹ ASSEMBLEIA NACIONAL DA FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Art. 16. “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Disponível em: https://corvobranco.tripod.com/law_dirhufranca.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

³² BRASIL, ref. 5.

³³ *Ibidem*.



constitucional, dando-se destaque que a regra da separação dos poderes na Constituição Federal de 1988 foi erigida à categoria de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, III³⁴).

A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como garantia de equilíbrio político que evita, ou pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e assume feições liberais.

Não obstante verificar-se a existência de um complexo de normas constitucionais e infraconstitucional em defesa do princípio da separação de poderes, ainda assim convive-se com leis que limitam a atuação do poder geral de cautela do poder Judiciário. Tal situação vem se desenvolvendo ao longo dos anos em especial nos casos em que a Fazenda Pública figura na qualidade de demandada.

A título de exemplo, cite-se as seguintes normas e precedentes; o artigo 1.059 do Código de Processo Civil³⁵, o artigo 1º, parágrafo 5º, da Lei nº 8.437/92³⁶, a Súmula nº 212 do STJ³⁷, o artigo 170-A do Código Tributário Nacional³⁸ e o artigo 14, parágrafo 3º, da Lei nº 12.016/2009³⁹.

Em todos os casos anteriormente mencionados, descabe falar em concessão de liminar para resguardar direito material ou objetivo. Muito pelo contrário, a interpretação a ser dada é que a decisão proferida em sede liminar, assim como a decisão proferida em sede de tutela de urgência tem caráter precário e transitório, baseado numa cognição sumária. Logo, não se está concedendo um bem da vida em definitivo que somente ocorrerá com o trânsito em julgado da sentença, mas sim exercendo o poder geral de cautela concedido pela Constituição Federal aos Juízes, sempre que se deparar com uma situação prevista nos artigos 300 e 301 do Código de Processo Civil⁴⁰.

Segundo a doutrina constitucionalista mais moderna (neoconstitucionalismo, pós-positivismo e constitucionalismo pós-moderno), a Constituição Federal é o estatuto jurídico onde deve se concentrar o feixe de vetores axiológicos que deve inspirar o legislador, os

³⁴ BRASIL, ref. 5.

³⁵ BRASIL, ref. 4.

³⁶ BRASIL, Lei n. 8.437 de 30 de julho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm>. Acesso em: 30 set. 2024.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 212. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=212&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 30 set. 2024.

³⁸ BRASIL Código Tributário Nacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 30 set 2024.

³⁹ BRASIL, ref. 3.

⁴⁰ BRASIL, ref. 4.

membros do Poder Judiciário, o administrador público e todos os jurisdicionados, não se podendo conceber tamanha interferência, caracterizando verdadeira violação ao princípio da separação dos poderes e afastamento das bases que erigem o Estado Democrático de Direito no que diz respeito ao respeito mútuo entre os Poderes que o constituem.

Com essa nova realidade, a doutrina desenvolve o pensamento no sentido de que não se pode mais atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas algo muito além disso, a tônica dominante é que se deve buscar a eficácia da Constituição, de forma que a Carta Magna deve deixar de ser um texto meramente retórico, sobretudo no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais.

Parafraseando Walber de Moura Agra, o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a) posituação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva⁴¹.

Alexandre Freitas Câmara⁴² ensina que o fenômeno da constitucionalização do Direito alcançou o Direito Processual Civil, ou seja, todo o sistema processual deve ser pensado, interpretado e aplicado a partir da Constituição da República e seus novos vetores de interpretação. É a partir da Constituição da República de 1988 que se constrói, no ordenamento jurídico brasileiro, um modelo constitucional de processo, formado por uma série de princípios constitucionais que formatam o processo brasileiro.

Rodolfo Kronenberg Hartmann⁴³ doutrina que o Estado-Juiz presta a atividade “jurisdicional”, por intermédio de um instrumento denominado “processo”, após ter sido provocado pelo interessado por meio do exercício do direito de “ação”.

E é nesse contexto que se deve analisar a constitucionalidade desse processo legislativo de produzir leis que ultrapassem os limites de atuação do Poder Legislativo, de forma a interferir na livre atuação do Poder Judiciário.

Uma vez legitimados pela Constituição Federal, os pronunciamentos judiciais devem ser proferidos de forma livre e fundamentada, sob pena de nulidade. Logo, não deve ser constitucionalmente aceito que o Poder Legislativo, por meio de normas infraconstitucionais

⁴¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 31.

⁴² CÂMARA, ref. 21, p. 43.

⁴³ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo de processo civil**. 8. ed., São Paulo: Rideel, 2023, p. 3.



venha limitar a atuação dos Juízes atuando de forma apriorística para elaborar lei criando hipóteses de vedação de concessão de liminar em mandado de segurança.

Importante fazer uma análise breve sobre algumas leis que vedam a concessão de liminar em mandado de segurança contra o Poder Público.

O artigo 1.059 do Código de Processo Civil⁴⁴ dispõe que a tutela provisória contra a Fazenda Pública deverá observar a vedação contida no art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009⁴⁵.

Deve-se observar que o artigo 1.059 do Código de Processo Civil⁴⁶ veda de forma indireta a concessão de tutela provisória em face do Poder Público, aplicando-se a mesma regra de vedação contida na Lei do mandado de segurança (art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009⁴⁷). No entanto, o referido dispositivo da lei de mandado de segurança foi removido do ordenamento jurídico pelo STF por meio de controle de constitucionalidade concentrado, quando do julgamento da ADIN 4.296/DF⁴⁸ e ficou a dúvida quanto aos efeitos indiretos da *ratio decidendi* desse julgamento em relação a outras espécies de ações semelhantes no procedimento comum ordinário.

Outro importante exemplo que pode ser dado é o disposto no artigo 1º, parágrafo 5º, da Lei nº 8.437/1992⁴⁹. Percebe-se que nesse caso, o parágrafo 5º veda de forma expressa e aprioristicamente a concessão de liminar pelo juiz para casos de compensação de créditos tributários ou previdenciários, ou seja, o legislador interferiu no poder geral de cautela do magistrado proibindo expressamente a concessão de liminar nas hipóteses mencionadas.

Outro bom exemplo de limitação do poder geral de cautela do magistrado está insculpido no artigo 170-A do Código Tributário Nacional⁵⁰, que veda a concessão de qualquer medida antecipatória antes do trânsito em julgado da decisão judicial.

A ideia central aqui a ser reforçada é a conscientização de que essa interferência de um Poder sobre o outro tem resultados maléficos para a sociedade, causando desequilíbrio entre as instituições e, diga-se de passagem, enfraquecimento do Poder Judiciário na medida em que subtrai do magistrado o poder geral de cautela previsto no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal⁵¹.

⁴⁴ BRASIL, ref. 4.

⁴⁵ BRASIL, ref. 3.

⁴⁶ BRASIL, ref. 4.

⁴⁷ BRASIL, ref. 3.

⁴⁸ BRASIL, ref. 25.

⁴⁹ BRASIL, ref. 32.

⁵⁰ BRASIL, ref. 34.

⁵¹ BRASIL, ref. 5.

3. JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DE RESTRIÇÕES LEGISLATIVAS EM CONCESSÃO DE LIMINAR NO MANDADO DE SEGURANÇA

Nesse momento, importante analisar minuciosamente a *ratio decidendi* que levou o Supremo Tribunal Federal a declarar inconstitucional o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009⁵².

Como foco principal, constata-se que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão quando do julgamento da ADI 4.296/DF⁵³ ao estabelecer como inconstitucional o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009⁵⁴, que subtrai aprioristicamente do Poder Judiciário o exercício do chamado “poder geral de cautela”.

A partir de então pode-se questionar sobre o alcance da referida decisão em relação à casos semelhantes, ou seja, se a *ratio decidendi* utilizada como fundamento na ADI 4.296/DF poderá ser invocada em outras leis que também limitam ou vedam antecipadamente a atuação do Poder Judiciário na concessão de liminar.

Inicia-se com a análise do artigo 1.059 do Código de Processo Civil⁵⁵. O referido artigo faz menção ao art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009⁵⁶. Assim, uma vez considerado inconstitucional, pode-se afirmar que os efeitos da ADI 4.296/DF também alcançam esse dispositivo.

De igual modo, deve-se analisar o artigo 1º, § 5º, da Lei nº 8.437/1992⁵⁷. O referido dispositivo também veda a concessão de liminar na esfera tributária, subtraindo antecipadamente parte da autonomia do Poder Judiciário em situações nas quais se verificar a presença dos requisitos ensejadores da tutela provisória.

Também merece destaque a Súmula nº 212 do Superior Tribunal de Justiça⁵⁸, “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória.”

No entanto, a Primeira Seção do STJ, já influenciada pela ADI 4.296/DF⁵⁹, na sessão de 14/09/2022, ao apreciar o Projeto de Súmula nº 375, determinou o cancelamento da Súmula nº 212 do STJ (DJe 19/09/2022)⁶⁰.

⁵² BRASIL, ref. 3.

⁵³ BRASIL, ref. 25.

⁵⁴ BRASIL, ref. 3.

⁵⁵ BRASIL, ref. 4.

⁵⁶ BRASIL, ref. 3.

⁵⁷ BRASIL, ref. 32.

⁵⁸ BRASIL, ref. 33.

⁵⁹ BRASIL, ref. 25.

⁶⁰ BRASIL, ref. 33.



Por último, destaca-se o artigo 170-A do Código Tributário Nacional⁶¹, que veda a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Ao vedar a compensação antes do trânsito em julgado da sentença, o legislador retirou do Poder Judiciário o poder geral de cautela nas situações em que for verificada a presença de alguns dos requisitos que autorizam a concessão de liminar.

Verifica-se que a questão não ficou subordinada tão somente à lei do mandado de segurança, principalmente porque em diversas leis espalhadas pelo ordenamento jurídico encontram-se dispositivos semelhantes àquele considerado inconstitucional no julgamento da ADI 4.296/DF⁶².

O princípio da segurança jurídica exige que casos semelhantes sejam tratados de modo semelhante de forma a ser propagada a estabilidade e pacificação social. Para tanto, como a ADI 4.296/DF⁶³, na sistemática processual atual, atingiu tão somente o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2019⁶⁴, deve-se perquirir sobre seus efeitos indiretos e, principalmente, como tratar as normas de mesmo teor que não foram atingidas pela ADI 4.296/DF⁶⁵.

A decisão da ADI 4.296/DF⁶⁶ acerca da inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009⁶⁷ não é clara sobre de que forma outras regras semelhantes àquele dispositivo foram ou não afetadas. É o que se dá, por exemplo, com o art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016/2009⁶⁸.

A presente pesquisa científica busca afirmar e reafirmar que a compreensão e interpretação de seus fundamentos determinantes é indispensável.

Assim, se é inconstitucional vedar a concessão de liminar em mandado de segurança, qual deve ser a compreensão de sua abrangência em regras semelhantes com a que propugna o § 3º do art. 14 da Lei nº 12.016/2009⁶⁹.

O acórdão da ADI 4.296/DF⁷⁰ nada menciona a respeito de sua abrangência. A única referência feita àquele dispositivo está no voto do Ministro Gilmar Mendes e assim mesmo para afirmar a sua plena constitucionalidade, acentuando ser legítima a criação de restrições àquele

⁶¹ BRASIL, ref. 34.

⁶² BRASIL, ref.2 5.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ BRASIL, ref. 3.

⁶⁵ BRASIL, ref. 25.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ BRASIL, ref. 3.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ BRASIL, ref. 3.

⁷⁰ BRASIL, ref. 25.



iniciativa pela lei, justamente à falta de qualquer regra constitucional em sentido contrário, sendo a única exceção a do art. 100 da CF⁷¹ com relação ao pagamento de quantia.

Com efeito, o melhor entendimento a ser aplicado em casos semelhantes parece ser o de que a fundamentação empregada pela maioria para reconhecer a inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009⁷² também serve para afastar qualquer empecilho genérico e abstrato para o cumprimento provisório de decisão. E com um acréscimo importante: por se tratar de cumprimento provisório de sentença, fica afastado qualquer questionamento acerca da maior debilidade da cognição judicial, ínsita a provimentos de cunho provisório, como ocorre também com a liminar em mandado de segurança.

O estudo aqui desenvolvido propugna no sentido de que a *ratio decidendi* que conduziu a ampla maioria ao reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009⁷³ deve ser interpretada e aplicada na adequada compreensão do que foi decidido naquela oportunidade e que a *ratio* abrange também o art. 5º, XXXV, da CF⁷⁴. É de se esperar, portanto, extrair do que foi estabelecido para o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.016/2009⁷⁵ naquela oportunidade de que qualquer vedação prévia e genérica feita pelo legislador infraconstitucional deve ser considerada agressiva ao princípio constitucional do poder geral de cautela do juiz.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado objetiva demonstrar se é constitucionalmente possível o advento de leis produzidas pelo Poder Legislativo que restringem a atuação do Poder Judiciário na concessão de liminar em mandado de segurança à luz da mais moderna interpretação do constitucionalismo vigente (pós-positivismo) e da jurisprudência dos tribunais superiores.

A conclusão é no sentido de que é inconstitucional a produção de leis que limitam o poder geral de cautela do Poder Judiciário. Tal assertiva tem por inspiração a *ratio decidendi* da ADI 4296 onde se autoriza a compreensão de que a inconstitucionalidade reconhecida naquela ocasião também alcança não só a liminar em mandado de segurança, mas também normas similares que vedem a concessão de tutela provisória contra o Poder Público, tanto no campo tributário quanto em relação à administração pública em geral. Além disso, pode-se

⁷¹ BRASIL, ref. 5.

⁷² BRASIL, ref. 3.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ BRASIL, ref. 5.

⁷⁵ BRASIL, ref. 3.



afirmar com segurança que a jurisprudência dos tribunais superiores evidencia cada vez mais o desequilíbrio entre os poderes constitucionalmente constituídos à medida que o Poder Legislativo interfere na atuação do Poder Judiciário ao editar leis que comprometam a sua liberdade de atuação garantida nos incisos XXXV e LXIX da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

ASSEMBLEIA NACIONAL DA FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Art. 16. “Toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. Disponível em: https://corvobranco.tripod.com/law_dirhufranca.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11533.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12016.htm#art29. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

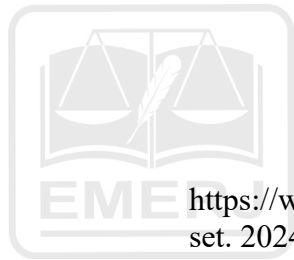
BRASIL. [Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105compilada.htm. Acesso em: 30 set 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 25.009/DF**. A segurança preventiva pressupõe existência de efetiva ameaça a direito, ameaça que decorre de atos concretos da autoridade pública [...]. Relator: Min. Carlos Velloso, 24 de novembro de 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.952, de 28 de dezembro de 1994**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18952.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)] **Emenda Constitucional nº 45**. Brasília, DF: Presidência da República [2024]. Disponível em:



https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL, **Lei n. 8.437 de 30 de julho de 1992**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18437.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 212**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=212&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de direito processual civil**. Barueri: Atlas, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FUX, Luiz. **Mandado de segurança**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso completo de processo civil**. 8. ed., São Paulo: Rideel, 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2022.

MONTESQUIEU, C.S. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Barueri: Atlas, 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.



A MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS EM ÂMBITO SUCESSÓRIO

João Gabriel Lacerda da Silva

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Advogado

Resumo - o Direito de Família é um ramo do direito, o qual lida com a intimidade e a privacidade das pessoas e exige do operador do direito uma maior sensibilidade na solução de possíveis conflitos. A partir da Constituição de 1988 e da valorização de princípios constitucionais houve a evolução dos modelos familiares. Assim sendo, aos poucos doutrina e jurisprudência passaram a reconhecer o instituto da Multiparentalidade. Desta forma, a presente pesquisa procura analisar os novos modelos familiares, assim como a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade *post mortem*. Por fim, as consequências advindas para o Direito Sucessório e Previdenciário.

Palavras-Chave - Direito de Família. Multiparentalidade. Sucessão.

Sumário - Introdução. 1. A participação do Poder Judiciário no reconhecimento de múltiplas multiparentalidades frente à autonomia da vontade. 2. A possibilidade da multiparentalidade e seus efeitos patrimoniais *post mortem*. 3. Impactos da multiparentalidade para a previdência social e coletividade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar os impactos da multiparentalidade sob o ponto de vista patrimonial à luz do Direito Constitucional e do Direito Civil.

Procura-se retratar que a partir da mudança de paradigma do modelo familiar tradicional constante na legislação anterior, o qual pautava a figura do casamento, abriu-se a possibilidade de novos modelos serem formados como, por exemplo, a multiparentalidade. Desta forma, tal fato acarreta consequências em diversos ramos do direito.

Assim sendo, apresentam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema com o fulcro de se discutir os requisitos para que fique caracterizada a multiparentalidade, à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A Constituição Federal concede especial proteção à família, visto que impõe ao Estado sua salvaguarda e proíbe que haja qualquer espécie de distinção quanto à filiação. Assim sendo, uma vez reconhecida gera efeitos para todos os fins. Para que haja uma melhor compreensão do leitor será explicado, brevemente, os modelos familiares existentes na presente pesquisa.

O assunto em discussão, embora tenha sido reconhecido pelo Supremo Tribunal

Federal (STF) - por meio do Tema em Repercussão Geral 622 – ainda apresenta controvérsias no que diz respeito aos seus efeitos patrimoniais e previdenciários.

Caberá ao Poder Judiciário solucionar tais questões no caso concreto de forma firme e parcimoniosa, a fim de evitar interferências desnecessárias na autonomia da vontade do indivíduo e, principalmente, na formação do modelo familiar escolhido.

Inicia-se o primeiro capítulo da pesquisa apresentando os modelos de famílias reconhecidos atualmente, no Direito de Família, aborda-se a participação do Poder Judiciário no reconhecimento da multiparentalidade à luz do princípio do melhor interesse da criança e da autonomia da vontade.

No segundo capítulo será abordada a viabilidade de se reconhecer a multiparentalidade *post mortem*, ou seja, quando o pai ou a mãe socioafetivos já tenham falecido e seus efeitos em âmbito sucessório.

No terceiro capítulo serão abordados os impactos trazidos para a Previdência Social e, conseqüentemente, para a coletividade, a partir do momento em que a multiparentalidade for reconhecida. É importante salientar que a legislação previdenciária já confere proteção ao filho ou ao enteado do segurado. Porém, é necessário verificar até que ponto o reconhecimento de múltiplas multiparentalidades poderá afetar os cofres públicos.

Ademais, o presente estudo tem como objetivo investigar quais fatores contribuíram para que o objeto investigado fosse reconhecido pelo Direito Brasileiro e quais foram suas conseqüências do ponto de vista sucessório. Por fim, será possível responder às perguntas realizadas no início do presente trabalho.

A abordagem da pesquisa será necessariamente qualitativa, visto que, por se tratar de tema controvertido, o pesquisador pretende entender o que influenciou o fenômeno da multiparentalidade no Direito Brasileiro. Para tanto, será necessário recorrer à bibliografia pertinente e à jurisprudência, a fim de na fase exploratória do trabalho ter subsídios para sustentar sua tese.

1. MODELOS FAMILIARES RECONHECIDOS NO DIREITO DE FAMÍLIA A MULTIPARENTALIDADE

A partir da Constituição Cidadã¹ o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou

¹ BRASIL.[Constituição(1988)].**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília,DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.



um papel de destaque e, assim, abriu caminho para que houvesse uma ampliação de princípios não apenas em âmbito constitucional, mas em diversos ramos do direito. No tocante ao Direito de Família propriamente dito o princípio da igualdade entre os filhos foi um dos primeiros passos, para que houvesse uma transformação no modelo familiar brasileiro.

Ademais, o Código Civil de 2002² contribuiu para uma nova conformação de família, por meio de dois princípios: a autonomia da vontade e a afetividade. Segundo Lôbo “[...] a realização pessoal da afetividade, no ambiente de solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções religiosas, políticas e procracionais feneceram” [...]”³. Desta feita, passou-se a ser possível que cada indivíduo escolhesse a espécie de família que desejasse sem a interferência estatal. Pode-se citar como um pilar igualmente importante o princípio da solidariedade.

Convém frisar que tal princípio pode ser encontrado no artigo 229 da CRFB/88⁴, o qual deixa claro que há deveres dos pais para com os filhos no decorrer da menor idade, bem como dos filhos maiores em relação aos seus pais durante a velhice. Pode-se concluir que os princípios da solidariedade, autonomia da vontade, igualdade, da afetividade e dignidade foram fundamentais para estruturar o Direito de Família atual.

Importante salientar que o texto constitucional estabelece de modo exemplificativo alguns modelos familiares. Pode-se citar a título de exemplo a família Monoparental e a recomposta. A Primeira é aquela formada pela criança e um de seus pais.

Por outro lado, nas palavras de Lobo, “família recomposta é aquela que se forma entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do relacionamento anterior do outro”⁵. Nesta situação, surgirá o parentesco por afinidade o qual permanecerá até mesmo com o fim do casamento ou união estável, conforme o artigo 1593 do Código Civil⁶.

O parentesco por afinidade não gera, por si só, uma paternidade socioafetiva tendo em vista que para a configuração desta é necessário o preenchimento de requisitos. Segundo Lobo, é necessário que haja: a posse do estado de filho, ou seja, dentro da família há o

² BRASIL. **Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. *apud* CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 35.

⁴ BRASIL. [Constituição(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.

⁵ LOBO, Fabíola. **Multiparentalidade e efeitos no direito de família**. 2. ed. São Paulo: Foco, 2023. p. 71.

⁶ BRASIL. **Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.

reconhecimento de que há uma relação de pai e filho ou mãe e filho, a relação entre os envolvidos deve ser duradoura e deve haver o reconhecimento por parte da comunidade desta relação de socioafetividade⁷.

Havia um debate na doutrina, bem como na própria jurisprudência se seria possível o reconhecimento de forma conjunta da paternidade socioafetiva e a biológica⁸. O Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a se pronunciar em um determinado caso, o qual se discutiu justamente a paternidade socioafetiva. É importante mencionar que a partir de tal julgamento houve o surgimento do instituto da multiparentalidade no ordenamento jurídico. Em 2016 o STF julgou o Recurso Extraordinário 898.060 em Repercussão Geral⁹, a fim de verificar se haveria prevalência entre a paternidade socioafetiva ou a biológica. No caso concreto, o que se discutia a possibilidade do nome do pai biológico da demandante constar em seus registros mesmo esta já tendo sido registrada em nome de outra pessoa, a qual acreditava ser seu pai biológico.

No presente caso, o pai biológico desejava se desincumbir de quaisquer efeitos jurídicos advindos do reconhecimento da paternidade deste para com a demandante, sob o fundamento de que a mesma já seria registrada em nome de seu pai socioafetivo.

De acordo com Lobo¹⁰, o Ministro Relator Luiz Fux utilizou como base para seu voto o direito comparado, especialmente as decisões da Suprema Corte do Estado de Louisiana nos Estados Unidos, uma vez que naquele estado a dupla paternidade já era reconhecida. Além disso, indicou como fundamento: a dignidade humana e o direito à felicidade.

É importante salientar que o ponto central da questão não era a discussão quanto à multiparentalidade no ordenamento jurídico. No entanto, a corte estabeleceu a seguinte tese: “A paternidade socioafetiva declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”¹¹.

⁷ LOBO, Fabíola. **Multiparentalidade**: efeitos no Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Foco, 2023. p. 229.

⁸ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 74. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024. *E-Book*.

⁹ BRASIL Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 898060/Santa Catarina**. Repercussão Geral. Conflito entre paternidade socioafetiva e biológica. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante]. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 12 jul. 2024.

¹⁰ LOBO, op. cit., p. 89.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 898060/Santa Catarina**. Repercussão Geral. Conflito entre paternidade socioafetiva e biológica. Multiparentalidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante, Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 12 jul. 2024.



A partir da tese acima mencionada, ou seja, da possibilidade de ambos os vínculos coexistirem tanto o socioafetivo quanto o biológico foi possível adentrar na discussão da multiparentalidade.

De acordo com Pereira, a multiparentalidade pode ser definida como: “[...] o parentesco constituído por múltiplos pais, isto é, quando o filho estabelece uma relação de maternidade/ paternidade com mais de um pai e/ ou com uma mãe [...]”¹².

Contudo, tal instituto ainda é considerado recente por parte da doutrina na legislação. Assim, há requisitos para que a multiparentalidade ocorra: primeiramente, esta deverá atender ao princípio do melhor interesse da criança, conforme preconiza o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹³. O segundo requisito diz respeito ao consentimento da criança maior de 12 anos. Por fim, os responsáveis legais deverão dar seu consentimento.

Destarte, deve-se mencionar que a multiparentalidade é considerada exceção e caberá ao Poder Judiciário verificar a luz do caso concreto se sua aplicação é conveniente ou não, a fim de blindar demandas eminentemente patrimoniais ou que sejam contrárias aos princípios albergados pela Magna Carta ou pelo ECA.

Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como tribunais de justiça têm decisões no sentido de indeferir a ação proposta para restar configurado o reconhecimento da multiparentalidade. No caso específico foi possível verificar por meio das provas nos autos que tal reconhecimento não seria benéfico à infante.

A título de exemplo pode-se citar o Recurso Especial 1674849/ RS da lavra do Ministro Marco Aurélio Bellizze a que se negou o reconhecimento da multiparentalidade nos seguintes termos:

As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade do reconhecimento da multiparentalidade na hipótese em questão, pois, de acordo com as provas carreadas aos autos, notadamente o estudo social, o pai biológico não demonstra nenhum interesse em formar vínculo afetivo com a menor¹⁴.

Para o relator ficou evidente nos autos que, na verdade, a mãe da infante com o objetivo de atender às suas pretensões moveu tal processo como intuito de ver a

¹² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Dicionário de direito de família e sucessões ilustrado. São Paulo: Saraiva, 2015 *apud* CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 240.

¹³ BRASIL. **Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivel_03/leis/8069.htm. Acesso em: 09 jul. 2024.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3.Turma). **Recurso Especial 1674849–Rio Grande do Sul**. Ação de investigação de paternidade cumulada com retificação de registro de nascimento. Conflito entre paternidade afetiva e biológica. Multiplicidade de vínculos parentais [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&O=RR&PreConsultaP=000006592%2F0&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 12 jul. 2024.

multiparentalidade reconhecida entre o pai biológico e a menor. Por outro lado, o pai socioafetivo deixou claro durante todo o processo que continuaria a cuidar da filha socioafetiva.

A partir do processo supramencionado, é importante frisar que deve haver por parte do Poder Judiciário uma análise criteriosa antes de reconhecer a multiparentalidade, visto que em alguns casos as partes movem tais processos a fim de buscar seus próprios interesses, os quais poderão estar em conflito com o interesse da criança ou do adolescente aquele a quem se busca justamente proteger. É importante salientar que a Corregedoria Nacional de Justiça alterou o seu provimento 63, por meio do provimento 83 (artigo 10 A)¹⁵ que facilitou o reconhecimento extrajudicial da paternidade ou maternidade socioafetiva em cartório. Para parte da doutrina é possível que haja tal aplicação no caso de multiparentalidade. Contudo, o provimento 149 do CNJ¹⁶ mitiga o reconhecimento da múltipla multiparentalidade, visto que não permite que haja o registro de mais de dois pais ou duas mães na certidão de nascimento.

Para Schreiber¹⁷ tal limitação seria arbitrária e não se justificaria tendo em vista que o provimento 63 permitia o reconhecimento da paternidade socioafetiva sem qualquer limitação.

É evidente que com base no princípio da autonomia da vontade não cabe mais se falar em uma intervenção estatal forte em questões familiares. Porém, um determinado instituto do direito não deve ser utilizado para desvirtuar os propósitos do ordenamento jurídico. Desta forma, deve haver requisitos para que a multiparentalidade possa ser registrada em cartório e caso estes não estejam configurados ou haja dúvidas é obrigatória a participação do Poder Judiciário, a fim de cotejar a luz do caso concreto, se de fato, a multiparentalidade deve ser reconhecida.

2. O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE POST MORTEM E SEUS EFEITOS SUCESSÓRIOS

O instituto da multiparentalidade possui muitas lacunas, as quais serão respondidas no decorrer dos anos pela doutrina e jurisprudência. Neste capítulo busca-se verificar a

¹⁵ BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 83 de 14 de agosto de 2019**. Dispõe sobre a paternidade socioafetiva. Brasília, DF: Corregedoria Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 149 de 30 de agosto de 2023**. Dispõe sobre foro extrajudicial e regulamenta serviços notariais e de registro. Brasília, DF: Conselho nacional de Justiça: Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 11 jul. 2024.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 74.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024. *E-book*.



possibilidade do reconhecimento de tal instituto mesmo após a morte daquele que se pretende o reconhecimento como suposto pai ou mãe. Em um primeiro momento, é importante mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) trata em seu artigo 42 § 6º da possibilidade de haver a adoção póstuma¹⁸.

Porém, a partir da leitura do artigo pode-se extrair dois requisitos: a necessidade de uma manifestação de vontade inequívoca por parte do adotante na adoção e este ter dado início ao processo antes de seu falecimento. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com o tempo, passou a permitir, em casos excepcionais, a possibilidade da adoção póstuma mesmo que aquele que faleceu não tenha dado início ao processo de adoção.

Pode-se citar a título de exemplo o Recurso Especial 1.663.137-MG (2017/0068293-7)¹⁹ da lavra da Ministra Nancy Andrighi, a qual deu provimento ao recurso e reconheceu a adoção por parte do falecido e não apenas da viúva em relação à filha de criação. Para a ministra havia provas nos autos da vontade inequívoca do adotante em realizar a adoção.

Segundo Madaleno²⁰ é plenamente possível que um pai reconheça a paternidade após o falecimento do filho, visto que não há qualquer proibição legal. Desta forma, de acordo com a autor, o contrário também seria aceitável, ou seja, de o filho requerer esse reconhecimento da paternidade mesmo após a morte de seu pai. No mesmo caminho, a corte igualmente permitiu o reconhecimento da paternidade/maternidade socioafetiva *post mortem*, mas deve haver a presença de requisitos, a fim de ficar comprovada a socioafetividade e, consequentemente, ser possível a adoção.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ SP) reconheceu a socioafetividade *post mortem* entre padrasto e enteada e negou provimento ao recurso de uma das filhas do falecido, que pleiteava o não reconhecimento de tal relação. Para o desembargador relator havia provas nos autos que permitiriam o reconhecimento da socioafetividade²¹.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 12 jul. 2024.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.663.137–MinasGerais**. Ação de Direito Civil.[...Adoção póstuma. Manifestação inequívoca do adotante inexistência. Laço de afetividade em vida demonstração cabal...]. Relatora Min. Nancy Andrighi, 15 de abril de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700682937&dt_publicacao=22/08/20171. Acesso em: 14 jul. 2024.

²⁰ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p.536. *apud* PIERONI, Aline Martinez. **A multiparentalidade e sua relevância na ordem jurídica**. 2019. 342 f. Especialização (Pós Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível 1000178-22.2021.8.26.0704**. Ação de investigação de reconhecimento de paternidade *post mortem* [prova colhida nos autos suficiente para demonstrar afetividade de padrasto e enteada]. Relator Des. Coelho Mendes, 15 de julho de 2022. Disponível

Nas palavras do relator haveria quatro pontos que seriam suficientes para a denegação do pleito recursal:

Primeiramente, a meia-irmã da apelada reconheceu esta como filha do falecido e sua herdeira. Ademais, a união estável entre a mãe da apelada e o falecido iniciou-se quando a apelada tinha três anos de idade. Por fim, o falecido teria inserido esta última como sua dependente em seu imposto de renda e tratava o filho da apelada como se fosse seu neto, tanto é que este foi contemplado em seu testamento²².

Pode-se dizer que o reconhecimento da socioafetividade *post mortem* por parte dos tribunais de todo o Brasil, assim como pelos tribunais superiores levou em consideração o princípio do melhor interesse da criança e a dignidade da pessoa humana.

No tocante a multiparentalidade embora esta seja considerada como um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro existem decisões por parte dos tribunais que começaram a permitir que houvesse tal reconhecimento mesmo *post mortem*.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reconheceu a possibilidade da multiparentalidade *post mortem*. No caso dos autos, o autor interpôs ação de investigação de paternidade *post mortem*, uma vez que teria descoberto por meio de sua genitora não ser filho de seu pai registral, ambos os pais já haviam falecido. É importante destacar que o pedido principal feito pela parte autora era a desconstituição de seu registro com a exclusão de seu pai registral e a inclusão do nome de seu pai biológico e os efeitos advindos de tal reconhecimento. De modo subsidiário, pleiteou o reconhecimento da multiparentalidade. A sentença em primeiro grau reconheceu a paternidade biológica, mas negou o pedido para a retificação registral, bem como qualquer efeito patrimonial²³.

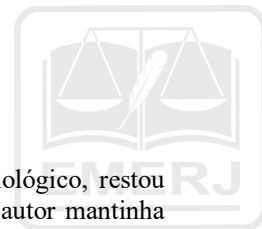
Em segunda instância a sentença foi reformada, pois no entender da desembargadora relatora Glaucia Dipp Dreher a multiparentalidade estava configurada. Segundo a relatora em suas palavras:

No caso, a paternidade socioafetiva, ainda que se trate de uma "adoção à brasileira",

em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15857626&cdForo=0>. Acesso em: 13 jul. 2024.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado **Apelação Cível 1000178-22.2021.8.26.0704**. Ação de investigação de reconhecimento de paternidade *post mortem* [prova colhida nos autos suficiente para demonstrar a afetividade de padrasto e enteada]. Relator Des. Coelho Mendes, 15 de julho de 2022. Disponível em :<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15857626&cdForo=0>. Acesso em: 13 jul. 2024.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul 1ª Câmara Especial Cível. **Apelação Cível 50044476620148210010**. Ação de Família investigatória de paternidade [...MANUTENÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. A paternidade biológica ficou comprovada por meio do exame de DNA realizado nos autos. Por outro lado, o vínculo socioafetivo estabelecido entre o autor e o pai registral restou evidente, não havendo razão para afastá-lo do registro civil do autor...]. Relatora. Des. Glaucia Dipp Dreher, 21 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 14 jul. 2024.



visto que o pai registral tinha conhecimento de que não era pai biológico, restou consolidada, e é inegável que o vínculo afetivo e emocional que o autor mantinha com seu pai registral, circunstância que não permite a averbação da paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. Seria até mesmo incongruente desconsiderar, neste momento, a figura paterna, já que foi o pai registral o responsável pela criação e formação do autor²⁴.

Para a relatora seria possível manter o nome do pai socioafetivo e ao mesmo tempo adicionar o nome do pai biológico do autor em seu registro de nascimento, uma vez que a busca pela identidade genética decorreria do direito à personalidade.

Note-se que por meio do voto supramencionado é possível corroborar que ainda que ambos os pais já tenham falecido, é plenamente possível o reconhecimento da multiparentalidade *post mortem*. Caso tal possibilidade não fosse albergada pela jurisprudência ou pelos tribunais somente seria possível tal reconhecimento quando o pai ou a mãe a ser reconhecido estivessem vivos, o que, por si só, seria um contrassenso a ratio protetiva tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional.

É necessário destacar que quando a suprema corte reconheceu a multiparentalidade ainda que indiretamente esta o fez com a intenção de preservar os novos modelos familiares, assim como resguardar princípios caros para a ordem jurídica: a dignidade da pessoa humana, o princípio da autonomia da vontade e o direito à felicidade.

Outro aspecto que não se pode deixar de mencionar é quanto aos efeitos sucessórios advindos a partir de tal reconhecimento. Vale ressaltar que o direito à herança está previsto no ordenamento pátrio.

É inegável que como reconhecimento do instituto haverá possibilidade de criança ou o adolescente ter em seu registro de nascimento mais de um pai ou mais de uma mãe. Com isso, consequentemente terá os direitos patrimoniais reconhecidos, pois afinal aquele que foi reconhecido passou a ter a condição de filho. Negar tal direito seria o mesmo que permitir que houvesse uma diferenciação entre os filhos uma questão tão combatida, que ocorria em legislações passadas como o Código Civil de 1916 e a Constituição de 1967.

Contudo, para uma parte da doutrina a situação em comento necessita de reflexão, visto que há o receio de o Poder Judiciário ser alvo de ações com fins eminentemente patrimoniais. Segundo Madaleno, para ações consideradas abusivas em que o demandante

²⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul 1ª Câmara Especial Cível. **Apelação Cível 50044476620148210010**. Ação de Família investigatória de paternidade [...] MANUTENÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. A paternidade biológica ficou comprovada por meio do exame de DNA realizado nos autos. Por outro lado, o vínculo socioafetivo estabelecido entre o autor e o pai registral restou evidente, não havendo razão para afastá-lo do registro civil do autor]. Relatora. Des. Gláucia Dipp Dreher, 21 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 14 jul. 2024.

busca o reconhecimento de seu pai biológico apenas para fins de obter vantagens financeiras seria possível tão somente o reconhecimento da ancestralidade genética sem ensejar qualquer outro efeito jurídico, especialmente efeitos sucessórios²⁵.

Por outro lado, para Vieira, assim parece:

[...] negar um direito líquido e certo (filiação), por uma expectativa de direito (herança), baseada em mero juízo de valor, nos parece ser tanto injusto quanto ilegal. Mais que isso: excluir direitos constitucionalmente previstos baseados em suposições de imorais efeitos patrimoniais é um retrocesso do qual não podemos nos valer [...]²⁶.

Convém mencionar, no entanto, que o reconhecimento de uma multiparentalidade *post mortem* seja tanto do ponto de vista socioafetivo em uma maternidade/paternidade socioafetiva ou por conta de uma questão de reconhecimento biológico não enseja apenas efeitos de ordem sucessória, uma vez que diz respeito a um reconhecimento de identidade daquele indivíduo, o qual não deve ser inviabilizado por medo de questões meramente patrimoniais.

Insta ressaltar que a multiparentalidade obteve a chancela do Poder Judiciário ainda que forma indireta, a fim de conceder um tratamento para uma situação que há tempos faz parte da realidade brasileira. Muitas famílias vivenciam situações de multiparentalidade, mas por inúmeros fatores como, por exemplo, até mesmo pelo desconhecimento da lei acabam por não oficializar tal questão perante os órgãos competentes. Ademais, segundo Pereira²⁷ a discussão de um filho poder receber mais de uma herança, a partir do reconhecimento de mais de um pai ou mais de uma mãe decorre do Código Civil de 1916. A legislação da época dizia que na adoção simples somente haveria vínculo de parentesco entre o adotante e o adotado e seria permitido ao adotado ter direitos sucessórios de seus parentes consanguíneos.

É importante frisar que mesmo após a Magna Carta de 1988 o STJ já decidiu que as adoções realizadas sob a legislação anterior deverão seguir seus ditames, ou seja, ao que parece haverá apenas o parentesco entre adotante e adotado e este último poderá receber a herança de sua família consanguínea.

Desta forma, é possível que um filho com mais de dois pais ou duas mães em seu

²⁵ MADALENO, Rolf. Sucessão legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 533 *apud* CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 272.

²⁶ CAMACHO, Michelle Vieira. Multiparentalidade e seus efeitos sucessórios. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2018. p. 218-219. *apud* CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 273.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *apud* SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. Efeitos jurídicos da multiparentalidade. **Rev. Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 847-873, set/dez. 2016. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/16480/1/PRArt214244_Efeitos%20jur%C3%ADdicos%20da%20multiparentalidade_compl_P_BD.pdf. Acesso em: 17 jul. 2024.



registro receba a herança de todos eles, visto que a legislação atual proíbe qualquer desigualdade entre os filhos, conforme previsto no artigo 227§ 6º do CRFB/88²⁸, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹. No tocante às ações com intuito unicamente patrimonial caberá ao Poder Judiciário decidir a luz do caso concreto com base na lei nos princípios constitucionais, especialmente, da boa-fé objetiva. O melhor deslinde para o caso concreto sem evidentemente contrariar a legislação regente.

3. OS IMPACTOS DA MULTIPARENTALIDADE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

É inegável que o reconhecimento da multiparentalidade ainda que indiretamente por parte do Supremo Tribunal Federal³⁰ foi um passo importante, uma vez que reafirmou-se os novos modelos de família existentes na legislação pátria. No entanto, é necessário verificar suas consequências para os diferentes ramos do direito. Neste capítulo será analisada a consequência no tocante ao Direito Previdenciário, especialmente, para a previdência social.

Primeiramente, é importante destacar que de acordo com o artigo 195 da Constituição Federal o sistema da previdência social será financiado por toda a sociedade de forma direta ou indireta³¹. Pode-se dizer que o que está por trás de tal norma é o princípio da solidariedade. Tal fato pode ser aferido por meio da forma pela qual o sistema de previdência foi construído.

Atualmente, a filiação ao regime geral de previdência social tem caráter, em regra, obrigatório e destina-se ao trabalhador. O sistema possui como característica a repartição simples, ou seja, aqueles que estão, neste momento, no mercado de trabalho irão contribuir, a fim de permitir que o sistema pague as aposentadorias dos inativos. Estes, por outro lado, ao se aposentarem não irão contribuir ao menos no regime geral. Ademais, as contribuições também permitem que sejam pagos outros benefícios³².

²⁸ BRASIL.[Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jul. 2024.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 17 jul. 2024.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 898060/ Santa Catarina**. Repercussão Geral [Conflito entre paternidade socioafetiva e biológica. Multiparentalidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante ...]. Relator Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 07 set. 2024.

³¹ BRASIL.[Constituição(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 set. 2024.

³² Será objeto deste capítulo tão somente a discussão quanto a pensão por morte, tendo em vista o

No entanto, é necessário analisar a estrutura da previdência social. A Lei nº 8.213/91 trata da figura do segurado, assim como dos dependentes³³, conforme artigo 16. Insta ressaltar que no Regime geral da Previdência social (RGPS) existem o segurado obrigatório e o segurado facultativo.

Segundo a legislação previdenciária em vigor há alguns benefícios que para o segurado ter direito aos mesmos é indispensável que haja o cumprimento de um período de carência estabelecido, o qual deverá ser respeitado. Além disso, a maior parte dos benefícios previstos quem fará jus será o próprio segurado. Os dependentes terão direito a dois benefícios: a pensão por morte e o auxílio reclusão.

No que diz respeito à pensão por morte não há a necessidade de respeitar tempo de carência para que os dependentes possam recebê-la. No entanto, há uma ordem imposta pela lei com relação a quem irá receber tal pensão após o óbito do segurado.

Segundo Assis³⁴, a Lei nº 8213/91 impõe três classes de dependentes:

[...] a primeira classe é composta pelo cônjuge/ companheira companheiro, pelo filho não emancipado ou menor de 21 anos ou inválido em qualquer idade. Além disso, os com deficiência mental, intelectual ou grave. A segunda classe será composta pelos pais e a última será formada pelos irmãos. A pensão por morte se estende às uniões homoafetivas a partir de entendimento do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, convém frisar que tendo em vista que a lei impõe tal ordem de preferência, caso um dos dependentes da classe 1 esteja vivo este será o habilitado para receber a pensão por morte deixada pelo segurado. Desta forma, como falecimento do dependente o direito ao pensionamento será extinto. Portanto, a pensão por morte não passará para as classes seguintes, ainda que haja pai ou irmão inválido, menor de 21 anos ou com deficiência.

O artigo 16§ 2º da Lei nº 8213/91³⁵ equipara o enteado ao filho e permite que o mesmo seja considerado dependente do segurado, desde que haja uma declaração por parte do mesmo de que havia uma dependência econômica daquele em relação a este. Pode-se depreender que embora o enteado seja equiparado aos dependentes da classe 1 a lei faz uma pequena ressalva, uma vez que diferentemente dos demais dependentes da classe 1 sua

reconhecimento da multiparentalidade.

³³BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Institui os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 07 set. 2024.

³⁴ASSIS, Izabela Cristina Sampaio. Repercussões da multiparentalidade nos benefícios pensão por morte e auxílio reclusão. **Anima Educação**, 2022. 16 p. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/items/ebad8771-4694-428b-8d6d-57a87b1dcbac>. Acesso em: 10 ago. 2024.

³⁵BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Institui os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 07 set. 2024.



dependência econômica não é presumida e deverá ser comprovada, assim como nas demais classes.

Contudo, atualmente, devido aos novos modelos familiares a aludida lei possui lacunas que deverão ser respondidas pela doutrina e pela jurisprudência. Pode-se citar no caso de multiparentalidade reconhecida se é possível que o menor tenha direito a mais de duas pensões por morte.

Segundo Pieroni³⁶, pelo princípio da isonomia seria possível ao filho com múltiplos pais ou mães ter todos os direitos advindos de tal reconhecimento. Assim sendo, a criança deve ser considerada dependente. Por outro lado, para a autora os múltiplos pais ou mães também devem ser reconhecidos como dependentes do filho e, caso este possua a qualidade de segurado, receberiam a pensão por morte.

O artigo 124 inciso VI da Lei nº 8.213³⁷ proíbe o recebimento de mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, mas há a ressalva de ser possível a escolha da mais vantajosa.

No entanto, cumpre destacar que a lei não fez qualquer ressalva com relação aos filhos ou enteados neste aspecto. Assim sendo, deve-se interpretar a norma de forma restritiva, haja vista que o intuito do legislador é o de proteger a criança e o adolescente.

Desta forma, caso os requisitos legais estejam todos preenchidos é possível o recebimento pelo filho da pensão por morte de ambos os pais. Todavia, no que diz respeito à multiparentalidade tal questão ainda é controversa porque neste caso o filho reconhecido receberia mais de duas pensões, o que pode gerar um prejuízo aos cofres públicos e à coletividade.

Insta ressaltar que os tribunais têm aos poucos permitindo que no caso de paternidade socioafetiva reconhecida, ainda que haja a paternidade biológica é possível o recebimento da pensão por morte do pai socioafetivo. A título de exemplo, pode-se citar o Recurso Cível 5000226-55.2022.4.02.5108 da lavra da Juíza Federal Michele Menezes da Cunha, que reconheceu o direito a pensão da autora em relação ao pai socioafetivo³⁸.

³⁶ PIERONI, Aline Martinez. **A multiparentalidade e sua relevância na ordem jurídica**. 2019. 342 f. Especialização (Pós Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo 2019.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 8.213, 24 de julho de 1991**. Institui os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 07 set. 2024.

³⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. 3ª Turma Recursal do Rio de Janeiro. **Recurso Cível 5000226-55.2022.4.02.5108/RJ**. Previdenciário. Pensão por morte. Paternidade Afetiva. Artigo 1593 do Código Civil. Tema nº 622 do STF. Pensão por Morte Concedida. Relatora. Juíza Federal. Michele Menezes da Cunha, 01 de março de 2024. Disponível em: <https://juris.trf2.jus.br/documento.php?uuid=6e7dbbad9b75ec580172354a64f5ce4&options=%23page%3D1>. Acesso em: 07 set. 2024.

Nas palavras da relatora juíza federal Michele Meneses “Neste contexto restou comprovado que a requerente esteve na condição de filha de seu pai afetivo e também padrasto, uma vez que o falecido era casado com a genitora da requerente³⁹”.

Ademais, para a relatora ficou demonstrado que o padrasto registrou a requerente como filha e tal registro permaneceu inalterado mesmo como reconhecimento da paternidade biológica.

Cumpre salientar a decisão do Tribunal Regional Federal de São Paulo (TRF3), a qual permitiu que fosse paga pensão ao pai socioafetivo do segurado, tendo em vista que houve o reconhecimento da paternidade socioafetiva, assim como a dependência econômica restou comprovada.

Para a Desembargadora Federal Leila Paiva Morrison “Não há óbice à concessão de pensão por morte ao pai não biológico do segurado, desde que comprovada a paternidade socioafetiva e a dependência econômica em relação ao instituidor do benefício⁴⁰”.

Por meio das decisões supramencionadas verifica-se que a tendência dos tribunais é permitir que haja o recebimento da pensão por morte quando houver o reconhecimento da paternidade socioafetiva. Assim sendo, considerando que o Supremo Tribunal Federal⁴¹ trouxe a possibilidade de paternidade biológica e socioafetiva coexistirem não seria justo que o menor com múltiplos pais fosse tolhido de receber as respectivas pensões, desde que os requisitos legais para tanto estejam preenchidos.

Adicionalmente, é importante considerar que no caso de tal reconhecimento a criança ou o adolescente é considerado como filho para todos os fins e a não concessão do benefício traz uma desigualdade com os demais filhos o que violaria o artigo 227§6⁴² da Magna Carta. Por outro lado, convém frisar que os pais ao serem reconhecidos igualmente possuirão todos os deveres, bem como os direitos advindos de tal reconhecimento.

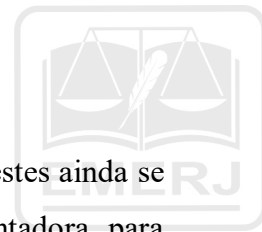
Com relação ao filho maior de 21 anos caso este não seja inválido ou deficiente não haverá qualquer direito com relação ao recebimento de pensão por morte. No que diz respeito

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. 9ª Turma. **Apelação Cível 0021238-12.2012.4.03.9999/SP 002**. Previdenciário. Pensão por morte. Paternidade Socioafetiva. Dependência econômica Comprovada. Relatora. Desembargadora Federal Leila Paiva Morrison, data do julgamento 14 de maio de 2021. Data da publicação 20 de maio de 2021. Disponível em: <https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=11>. Acesso em: 07 set. 2024.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 898060/SC**. Repercussão Geral. [Conflito entre paternidade socioafetiva e biológica. Multiparentalidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante...]. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 07 set. 2024.

⁴² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 set. 2024.



a possíveis impactos para a previdência social, assim como para a coletividade, estes ainda se mostram muito incipientes. Além disso, não há qualquer norma regulamentadora para solucionar tal aspecto e, portanto, caberá à jurisprudência a partir do caso concreto indicar limitações ao recebimento de múltiplas pensões por morte, a depender de quantos pais ou mães a criança tenha registrada em seu registro de nascimento.

CONCLUSÃO

Em face do exposto, buscou-se analisar no presente trabalho o instituto da multiparentalidade e seus reflexos em âmbito sucessório. Para tanto, abordou-se o modelo familiar tradicional e os novos modelos familiares, os quais surgiram aos poucos a partir do princípio da autonomia da vontade, assim como de uma menor ingerência estatal em relação à família.

Ademais, examinou-se como o aludido instituto obteve espaço no ordenamento jurídico pátrio. O Supremo Tribunal Federal não enfrentou o tema diretamente, tendo em vista que no aludido caso, o qual versou acerca do tema tratou, na verdade, da paternidade socioafetiva. Desta forma, verificou-se que o relator pautou-se nos princípios da autonomia da vontade, do livre planejamento familiar e da felicidade. Assim sendo, fixou-se a tese de ser possível a coexistência entre a paternidade socioafetiva e a biológica.

Ressaltou-se a necessidade de requisitos para que haja a paternidade socioafetiva e, consequentemente, a multiparentalidade. O primeiro requisito é a posse do estado de filho, ou seja, deve haver um comportamento de ambas as partes que estas se reconhecem como pai e filho, assim como deve haver tal reconhecimento por parte da comunidade.

Apurou-se que a jurisprudência admite o reconhecimento da multiparentalidade *post mortem*, ou seja, ainda que o pai que se busca reconhecer tenha falecido caso fique comprovado que havia por parte do mesmo uma vontade inequívoca em reconhecer a criança ou o adolescente como filho é possível a concessão da multiparentalidade.

Para tanto buscou-se uma analogia com a adoção *post mortem*, visto que esta já é reconhecida no ordenamento jurídico e ambos os processos guardam similaridades. O Superior Tribunal de Justiça permitiu em casos excepcionais que a adoção póstuma fosse feita mesmo sem que aquele que faleceu houvesse iniciado tal processo.

Adicionalmente, averiguou-se a possibilidade de reconhecida a multiparentalidade ser possível que o menor possa herdar múltiplas heranças. Em que pese, parte da doutrina temer que haja demandas de cunho puramente patrimoniais é importante mencionar que com

tal reconhecimento o menor é tido como filho para todos os fins, sendo vedado pelo ordenamento qualquer desigualdade entre os filhos.

Destacou-se a necessidade de o Poder Judiciário verificar a luz do caso concreto se a demanda proposta para que haja o reconhecimento da multiparentalidade tem como objetivo o melhor interesse da criança e cabe ao juiz indeferi-la caso entenda que tal objetivo não foi almejado.

Por fim, investigou-se a possibilidade de um menor tendo sido reconhecida a multiparentalidade receber pensão por morte de múltiplos pais. Depreendeu-se por meio da pesquisa que a legislação previdenciária não traz qualquer óbice com relação ao filho receber a pensão por morte de ambos os pais.

No entanto, no que diz respeito à multiparentalidade tal questão é muito insipiente e não há qualquer menção na legislação pátria. Afora tal aspecto, a jurisprudência dos tribunais têm atuado de forma tímida, embora haja julgados que concederam a pensão por morte devido à paternidade socioafetiva mesmo com a paternidade biológica reconhecida.

É inegável que o tema em discussão ainda possui muitas lacunas e caberá à doutrina e à jurisprudência debruçarem-se sobre tais questões, à medida que as demandas forem propostas perante o Poder Judiciário. Deve o magistrado resguardar os direitos da criança e ao mesmo tempo evitar prejuízos à coletividade em tais demandas.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Izabela Cristina Sampaio de. Repercussões da multiparentalidade nos benefícios pensão por morte e auxílio reclusão. **Anima Educação**, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/items/ebad8771-4694-428b-8d6d-57a87b1dcbac>. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 149, de 30 de agosto de 2023**. Dispõe sobre foro extrajudicial e regulamenta serviços notariais e de registro. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. **Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da paternidade socioafetiva, do Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. Brasília, DF: Corregedoria Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 set. 2024.



BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivel_03/leis/8069.htm. Acesso em: 09 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Institui os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 07 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.663.137 – Minas Gerais.** Ação de Direito Civil.[...Adoção póstuma. Manifestação inequívoco adotante inexistência. Laço de afetividade em vida demonstração cabal...] Relatora Min. Nancy Andriighi, 15 de abril de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700682937&dt_publicacao=22/08/20171. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1.674.849 – Rio Grande do Sul.** Ação de investigação de paternidade cumulada com retificação de registro de nascimento. Conflito entre paternidade afetiva e biológica. Multiplicidade de vínculos parentais [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&O=RR&preConsultaPP=000006592%2F0&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 898.060 – Santa Catarina.** Repercussão Geral. [Conflito entre paternidade socioafetiva e biológica. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante...]. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginas/dor.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 10ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível 1000178-22.2021.8.26.0704.** Ação de investigação de reconhecimento de paternidade *post mortem* [prova colhida nos autos suficiente para demonstrar afetividade de padrasto e enteada]. Relator Des. Coelho Mendes, 15 de julho de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=15857626&cdForo=0>. Acesso em: 13 jul. 2024.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

LOBO, Fabíola. **Multiparentalidade efeitos no direito de família.** 2.ed. São Paulo: Foco, 2023.

PIERONI, Aline Martinez. **A multiparentalidade e sua relevância na ordem jurídica.**



2019.342f. Especialização (Pós Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 74. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2024. *E-Book*.



A ANÁLISE DOS CRIMES DE ÓDIO EM RAZÃO DA RAÇA E DO GÊNERO À LUZ DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Júlia Áurea de Souza

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC-Rio). Advogada.

Resumo – o Brasil é signatário de tratados internacionais sobre direitos humanos para eliminar as discriminações com base na raça e no gênero, além de editar leis internas com o mesmo objetivo, contudo, o país foi denunciado recentemente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por proteção inadequada a grupos minoritários. Assim, surgiram relevantes controvérsias doutrinárias quanto à forma mais adequada de efetivar as normas já existentes. No presente trabalho, visa-se à análise do simbolismo das leis e dos tratados, com a finalidade de sustentar que o Direito não é capaz de sozinho alterar a estrutura social, mas pode dar maior eficácia a proteção contra os crimes de ódio. Para tanto, defende-se a aplicação da Justiça Restaurativa, de maneira a priorizar a atuação da vítima no processo penal e, então, compreender as melhores formas de reparar a sua dignidade, e, ao mesmo tempo, reprimir concretamente o ofensor.

Palavras-chave – Direito Penal. Justiça Restaurativa. Direito penal simbólico. Racismo estrutural. Feminicídio.

Sumário – Introdução. 1. Objetivos constitucionais e o crime de ódio. 2. Direito penal simbólico e casos recentes submetidos à Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3. Possibilidade do uso da Justiça Restaurativa nos crimes de ódio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a efetividade das legislações penais de combate aos crimes de ódio em razão da raça e do gênero para superar as raízes da sociedade cisheteropatriarcal branca, considerando a gana social em usar o Direito Penal como proposta de solução de problemas estruturais.

O objetivo é demonstrar que o atual modelo penal, baseado em lógica de sanção individual, não é eficiente para romper as discriminações, o que se torna evidente com as atuais condenações do Brasil perante a Corte Internacional de Direitos Humanos (Corte IDH) pela proteção deficiente de grupos minoritários, ainda que haja legislação penal sobre o tema.

Com esse propósito, o artigo se vale das posições doutrinárias e casos recentes submetidos ao sistema interamericano de direitos humanos, para discutir a eficácia e efetividade do ordenamento jurídico.

Considera-se, para tanto, que a Constituição Brasileira (CRFB/88) declara como objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos e a construção de uma sociedade livre

e justa. Frisa-se a ratificação pelo Brasil de Convenções e Tratados se comprometendo internacionalmente a combater diversas formas de discriminação.

Em que pese tais compromisso do Estado, a aplicação da lei interna e o enrijecimento das penas, a exemplo das alterações promovidas pela Lei nº 14.994/24, parecem ser um caminho deficiente e inapto para atingir, de fato, os objetivos constitucionais e convencionais.

O tema torna-se controvertido ao analisar os efeitos positivos e negativos do direito penal simbólico, pois, ao mesmo tempo que representa a vitória legislativa e ideológica do grupo minoritário, gera resposta insuficiente às demandas sociais, bem como dificulta a resolução real do problema.

A relevância social e jurídica é revelada por envolver a proteção dos direitos fundamentais e o progresso contra atos discriminatórios, devendo para isso analisar se o arcabouço legislativo e as práticas judiciais estão adequadamente contribuindo para a construção de uma sociedade mais inclusiva.

Para melhor debate do tema, busca-se entender o conceito de “direito penal simbólico”, bem como a identificar as consequências de seu uso como resposta aos pleitos sociais.

De início, o primeiro capítulo da pesquisa visa a identificar as características da estrutura social brasileira, considerando o objetivo de promover o bem de todos sem preconceitos e os tratados internacionais.

Em seguida, o segundo capítulo aborda o conceito doutrinário do direito penal simbólico, para posteriormente analisar os casos submetidos no sistema interamericano de direitos humanos sobre a falha do Brasil nos crimes de ódio.

Por fim, o terceiro capítulo sugere a construção de um Direito Penal coletivo para combater crimes discriminatórios relacionado com os preconceitos estruturais, como forma de alcançar a justa repressão a conduta criminosa conciliada com a proteção efetiva dos grupos minoritários.

Para isso, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é qualitativa, já que a pesquisadora pretende analisar o uso do Direito Penal para superar discriminações sociais, concluindo, de forma explicativa, pelo declínio do modelo penal atual em crimes que repercutem em demanda coletiva, com o fito de comprovar ou rejeitar argumentativamente esta tese. Para isso, a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente ao tema em análise.



1. OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS E O CRIME DE ÓDIO

A Constituição Brasileira promulgada em 1988 (CRFB/88)¹ estabelece rol de garantias e direitos fundamentais. Em razão de estabelecer valores constitucionais, se classifica como uma constituição principiológica, e, por fixar as finalidades do exercício do poder político e normas programáticas, como uma constituição dirigente, conforme classificação de Guilherme Peña². Nota-se, contudo, a dificuldade de concretizar os princípios estabelecidos, diante a estrutura complexa da sociedade brasileira, a sua amplitude de território e a pluralidade cultural.

Ao verificar os fatores históricos do Brasil, principalmente a colonização e a escravidão, extrai-se a origem de uma sociedade altamente estratificada e desigual. Mesmo com o aumento do debate sobre a importância dos direitos humanos e dos valores da igualdade, a estrutura social continua hierarquizada em critérios de cor, gênero, religião e orientação sexual.

Nota-se que, após diversas constituições e períodos ditatoriais, a ordem constitucional atual se destaca pela sua preocupação com direitos fundamentais e formas de garanti-los, o que não necessariamente reflete a mudança de hierarquias sociais.

Destaca-se que o poder constituinte originário, no art. 3º da CRFB/88³, elencou a construção uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, dentre outros.

Em harmonia com tais metas, o art. 5º da CRFB/88⁴ fixou no mesmo rol de direitos fundamentais: a igualdade entre homens e mulheres, a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e o racismo como crime inafiançável e imprescritível.

Os direitos fundamentais formam um rol exemplificativo, diante da sua característica de historicidade, e não excluem os direitos assumidos em tratados internacional, o que permite a inclusão de novos direitos à medida que a sociedade se transforma.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 1 nov. 2024.

² MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2024. E-book.

³ BRASIL, ref.1.

⁴ BRASIL, *ibidem*.

No mais, se o tratado sobre direitos humanos for aprovado com o rito da emenda constitucional, terá valor hierárquico desta. Por outro lado, se aprovado com quórum inferior, terá a posição de supralegal. Em todo o caso, a sua aplicação por todos os poderes e entes é imperiosa desde a sua internalização.

Nesse sentido, o Brasil é parte na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto nº 678/92⁵ com status supralegal.

A Convenção Americana é um dos principais instrumentos internacionais sobre direitos humanos e prevê uma série de direitos que visam criar condições para que todos gozem de seus direitos para atingir o ideal do ser humano livre e isento do temor. O Brasil aceitou a jurisdição da Corte Interamericana, de modo que pode ser condenado internacionalmente por eventual descumprimento das obrigações assumidas, sem que se limite a soberania do país.

Em dezembro de 1969, o Decreto nº 65.810/69⁶ promulgou a Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, dotada status supralegal. Após, em 2022, o Brasil se tornou signatário da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, internalizada pelo Decreto nº 10.932/22⁷.

Em decorrência das convenções assinadas, deve-se adotar políticas públicas especiais e concretas para assegurar a proteção e desenvolvimento dos grupos raciais e pessoas pertencente a estes, visando o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, bem em garantir um tratamento equitativo e não discriminatório, processo ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e criminal às vítimas do racismo e de outras formas correlatas de intolerância.

⁵ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=Ninguém%20deve%20ser%20submetido%20a,dig nidade%20inerente%20ao%20ser%20humano. Acesso em: 8 ago. 2024.

⁶ BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Promulga a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html. Acesso em: 8 ago. 2024.

⁷ BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022.** Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.



Na esfera interna, a Lei nº 12.288/10⁸ instituiu o Estatuto da Igualdade racial e a Lei nº 7.716/89⁹ definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. As legislações representam a conquista dos grupos raciais e avanço na proteção de seus direitos, apesar de não solucionar, por si só, o racismo enraizado no Estado.

Além disso, a criminalização dos atos discriminatórios, como sendo aqueles que gerem constrangimento, medo ou exposição indevida, que não se dispensaria a outros grupos em razão da cor, etnia, religião ou procedência, não combate a causa do problema social e, por ser dotado de subjetividade, o julgador deve atentar para as perspectivas de raça, o que demanda maior especialização dos profissionais do ramo.

Em relação aos direitos das mulheres, o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará), internalizada pelo Decreto nº 1.973/96¹⁰, com status supralegal, que se atenta ao fato que a violência contra mulher exterioriza as relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens. Com a mesma temática, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) foi internalizada pelo Decreto nº 4.377/02¹¹.

Em decorrência de seus compromissos internacionais, o Poder Público deve se empenhar em agir com zelo para prevenção da violência, e quando ocorra, a investigar e punir, tendo que para isso, adotar as diligências necessárias e adequar a sua legislação interna, inclusive estabelecendo medidas judiciais para proteção e reparação dos danos. Como meio para isso, deve estabelecer

⁸ BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

⁹ BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm#:~:text=LEI%20N%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20raça%20ou%20de%20cor. Acesso em: 8 ago. 2024.

¹⁰ BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto 1996.** Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1973.htm#:~:text=DECRETA%3A,inteiramente%20como%20nela%20se%20contém. Acesso em: 8 ago. 2024.

¹¹ BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.** Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.



proteção jurídica dos direitos da mulher e garanti-los por meio de tribunais e instituições competentes para efetivar sua proteção.

De forma coerente com os objetivos constitucionais, ainda há o compromisso global da Agenda 2030 e entre as metas estabelecidas estão a igualdade de gênero e a redução das desigualdades. No ordenamento jurídico interno, cumprindo com seus objetivos constitucionais e com a determinação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso *Maria da Penha vs. Brasil*¹², foi promulgada a Lei nº 11.340/06¹³, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Em outubro de 2024, a Lei nº 14.994/24¹⁴, dentre outras providências, tornou o feminicídio um crime autônomo com pena de reclusão, de vinte a quarenta anos, sendo a maior pena prevista no ordenamento jurídico atual. A alteração aparentemente representa avanço na proteção das mulheres, contudo, é resultado do Direito Penal de emergência, isto quer dizer, é feita para gerar satisfação momentânea de pleitos sociais, sem alterar a realidade fática.

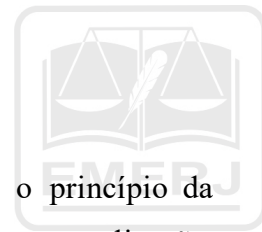
É perceptível que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta inúmeras normas protetivas à dignidade humana e, com maior rigor, aos grupos minoritários, ou seja, aqueles expostos a maiores violências estruturais, o que, em primeira análise, parece cumprir com o seu objetivo de promoção de uma sociedade sem preconceito.

Consequentemente, a prática de crimes pautados em ódio em razão da raça ou do gênero, com ou sem violência física, está abrangido dentre os valores merecedores de tutela penal, pois atentam gravemente contra a ordem constitucional e paz social.

¹² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil. Relatório de 4 de abril de 2001.** Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 8 ago. 2024.

¹³ BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 14.994, de 9 de outubro de 2024.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para tornar o feminicídio crime autônomo, agravar a sua pena e a de outros crimes praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, bem como para estabelecer outras medidas destinadas a prevenir e coibir a violência praticada contra a mulher. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/14994.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.



Ainda que o Direito Penal seja usado como o último instrumento, o princípio da intervenção mínima não pode ser aplicado para gerar uma proteção deficiente. Com a sua aplicação, busca-se delimitar os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes, com o fito de reger e limitar o poder punitivo do Estado. Diante disso, em relação as ofensas de menor relevância, é privilegiada a solução por outras áreas do direito, ainda que haja sanção, seja no âmbito civil ou no administrativo.

É com base na intervenção mínima que os valores são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, diante da sua maior importância no contexto social. Com fundamento nela que o legislador, atento às mutações da sociedade, mudará a importância dada a bens jurídicos que, no passado, eram de maior ou menor relevância, e assim, fará acrescentar ou retirar do ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores.

Ou seja, é imperioso segui-la para adequar a proteção penal as necessidades da sociedade de cada época, devendo respeitar o importante papel contramajoritário das instituições, para que haja adequação aos princípios democráticos e não gere discriminação aos grupos minoritários. No mais, a democracia não se encerra nas escolhas dos representantes por meio do sufrágio universal e votações majoritárias, também se encontra no respeito a dignidade de todos, que sequer pode ser violada pela vontade da maioria.

Não se ignora, no entanto, o simbolismo presente na edição das leis, pois representa a conquista de espaço e força política de grupos vulnerabilizados. Ao externalizar, por meio das escolhas legislativas, a preocupação com as desigualdades de raça e de gênero, observa-se que, apesar da sociedade ser estratificada, há pressão social e internacional para alterar essa característica.

Ademais, as escolhas dos representantes do Poder Legislativo ocorrem por meio do sufrágio universal, o que democratiza e legitima a atuação legiferante, demonstrando mudanças culturais do eleitorado. Logo, os valores e objetivos constitucionais demonstraram a alta importância ao combate da discriminação na sociedade brasileira contemporânea para buscar o desenvolvimento social interno.

Por conseguinte, os crimes de ódio merecem tutela penal, sendo o disposto, inclusive, nas convenções citadas, de modo que não se verifica qualquer violação ao princípio da mínima intervenção, resguardando a tratativa pelas outras áreas do direito, inclusive a indenização civil pelos danos morais e materiais que dele decorrer.

2. DIREITO PENAL SIMBÓLICO E CASOS RECENTES SUBMETIDOS À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O sistema penal é constituído por conjunto de agência responsáveis pela constituição de uma política penal, tanto ao seleccionar condutas para criminalizar, quanto para a aplicar a lei e a pena.

Chama-se de criminalização primária, o processo legislativo que observa os valores sociais e constitucionais, bem como o princípio da menor intervenção pelo Direito Penal, para seleccionar condutas a serem tipificadas, já deixando, no texto penal, aberturas para a interpretação do aplicador.

O processo de aplicação da lei, por sua vez, é entendido como criminalização secundária, seja pelas agências policiais ou pelas judiciais. É no momento da aplicação da lei penal que se vê de forma mais clara a seletividade penal, ainda que seu processo tenha início na criminalização primária, tanto para definir os criminosos, quanto para definir as vítimas, criando estereótipos que guiam o sistema penal.

Observa-se a estratificação desta estrutura ao notar a maior eficácia em reprimir judicialmente crimes de fácil constatação praticados por agentes com menor poder de resistência ao sistema penal e a fragilidade do Estado em punir crimes praticados por agentes com maior poder de resistência.

Para Eugenio Zaffaroni, a “[...] seletividade é mais acentuada em sociedades estratificadas, com maior polarização de riqueza e escassas possibilidades de mobilidade vertical, o que coincide com a atuação mais violenta das agências de criminalização”¹⁵, como também em sociedades com preconceitos enraizados.

Em suma, a seletividade do sistema penal se revela como problema estrutural, ou seja, como resultado da forma que a sociedade foi construída, o que, contudo, não retira a necessidade de prevenir e punir as condutas danosas baseadas em fatores discriminatórios.

No que tange ao combate as práticas discriminatórias, apesar dos diversos crimes de ódio e as normas protetivas presentes no ordenamento, é preciso aplicar corretamente os instrumentos

¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 51.



previstos para que haja a real observância dos compromissos nacional e internacionalmente assumidos. O mero simbolismo presentes nestas legislações não são suficientes para enfrentar adequadamente os problemas sociais existentes.

Conforme difundido pelo Marcelo Neves¹⁶, a legislação simbólica representa uma norma ineficaz e sem eficiência social, com três diferentes tipos de legislação simbólica: a de confirmação de valores sociais, a legislação álibi e a legislação como fórmula de compromisso dilatório.

Contudo, ela não se confunde com a norma que for devidamente aplicada, mas não atingiu os fins que motivaram sua criação, pois nesse cenário, não há *déficit* de eficácia, mas sim uma norma inefetiva.

Em suma, no primeiro tipo, a edição da lei consagra a vitória de um grupo social ao positivar os seus valores diante um conflito social existente. Já no segundo caso, a lei é editada como forma de dar rápida e aparente solução ao um problema social, com o intuito de gerar maior confiança do cidadão no sistema jurídico-político. Frisa-se que a resolução do conflito não é o interesse primário para a atividade legiferante, e, por conseguinte, obstrui a sua verdadeira solução.

A terceira tipologia, legislação como fórmula de compromisso dilatório, trata dos casos em que a solução do conflito é adiada para momento indeterminado. Nesse cenário, os grupos envolvidos na situação problema se contentam com a edição da lei, já que positivar a posição de um em detrimento do outro.

O grupo desfavorecido pela legislação estará satisfeito, no entanto, diante a ineficácia da norma, ou seja, pela previsível falta de concretização da norma. Como efeito dos dois últimos tipos, tem-se que:

a legislação-álibi é um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos. Como já enfatizamos acima, descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública. O efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A "conciliação" implica a manutenção do status quo e, perante o público-espectador, uma "representação"/"encenação" coerente dos grupos políticos divergentes.¹⁷

A partir desse ângulo, percebe-se que a pressão social, muitas vezes vinculada ao movimento do populismo penal, pleiteando o enrijecimento das penas, para proteção e igualdade material de tratamento aos grupos mais vulneráveis foi atendida pelo Estado.

¹⁶ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.33-51.

¹⁷ *Ibid.*, p. 52.

Por outro lado, a dificuldade probatória e a abertura normativa se revelam como obstáculos para efetivar a aplicabilidade das normas nos casos concretos. Nota-se que o crime de ódio, por violência ou por discriminação, exige a demonstração da motivação preconceituosa, seja em razão de raça, religião, identidade de gênero etc.

Tal elemento, contudo, é dotado de caráter subjetivo, e com isso, necessita de arcabouço probatório e argumentativo maior do que elementos verificáveis nas obras toscas. Identificar a motivação discriminatória na não admissão de um funcionário na empresa, por exemplo, requer exame mais apurado do que apurar a materialidade em um crime que deixa vestígios, tal como roubo.

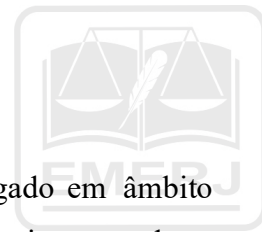
Em especial, ao tratar de crimes de ódio no contexto doméstico, a dificuldade probatória é acentuada por ocorrerem em âmbito privado, em que há menor exposição da violência, física ou psicológica, e, na maioria das vezes, sem testemunhas. Além desses fatores, ainda há casos que não chegam aos olhos do Poder Judiciário, o que representam uma cifra oculta.

Sob tal perspectiva que se analisa que o Brasil, apesar de possuir uma legislação robusta para combater crimes de ódio, há denúncias internacionais por falhas na implementação efetiva dessas leis, em especial em não adotar diligências adequadas em suas investigações para verificar a existência e punição do crime. Ou seja, apesar da extensa proteção legislativa, os agentes secundários aparentemente não aplicam seus mecanismos para investigar e punir os crimes dessa natureza e agem de forma negligente para efetivar a solução criada pelos agentes primários.

Em 2021, a Corte Interamericana de Direitos julgou o caso *Barbosa de Souza e outros vs. Brasil*¹⁸, cujo mérito trata sobre a aplicação indevida da imunidade parlamentar em benefício responsável pela morte da jovem negra Márcia Barbosa. No caso, o Brasil não atuou com diligência para investigar o caso, não adotou perspectiva de gênero, e, além disso, foi demonstrado que houve intenção em desvalorizar a vítima e que toda a investigação e o processo penal tiveram um caráter discriminatório por razão de gênero.

No julgamento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destaca que a violência contra a mulher é um problema estrutural e generalizado na sociedade brasileira, apontando que as jovens negras e pobres são as principais vítimas, com taxa de vitimização sessenta e seis vezes superior as mulheres brancas.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil.** Sentença de 4 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 23 jul. 2024.



Em relação a desvalorização da vítima, o caso Mariana Ferrer, julgado em âmbito nacional, ganhou notoriedade na sociedade após a divulgação de trecho da audiência, no qual um advogado criminal ataca a vítima de estupro, a questionando sobre seus comportamentos sociais¹⁹. Em decorrência da repercussão, foi sancionada a Lei nº 14.245/21²⁰, que dentre outras medidas, criou causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo, o que ressalta o populismo penal nos movimentos sociais, para incrementar as sanções já existentes.

Ainda em 2021, a Comissão submeteu à Corte Interamericana o caso Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira vs. Brasil²¹, cujo teor aborda a discriminação racial sofrida pelas trabalhadoras afrodescendentes durante processo de contratação em empresa. No caso, as vítimas demonstraram interesse em um anúncio de trabalho e foram informadas que a vaga já estava preenchida, contudo, posteriormente, uma mulher branca se candidatou para o cargo e foi contratada. A conduta está tipificada no art. 4º da Lei nº 7.716/89²² com previsão de pena de reclusão e como efeito da condenação, a suspensão do funcionamento do estabelecimento por prazo não superior a três meses.

As vítimas lavraram boletim de ocorrência e o Ministério Público ofereceu a denúncia, dando início a um processo judicial lento, sem resposta efetiva. Em suma, o sistema judicial brasileiro falhou em oferecer uma resposta adequada e dentro do prazo razoável aos atos de discriminação racial, o que posteriormente foi reconhecido pelo Brasil perante a Corte Interamericana.

No mais, a Comissão frisou que, durante as suas atividades de monitoramento, observou-se o aumento nas denúncias referentes a discriminação racial no ambiente de trabalho. Ressalta-se

¹⁹ CNN BRASIL. **CNJ pune com advertência juiz do caso Mariana Ferrer**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/cnj-pune-com-advertencia-juiz-do-caso-mariana-ferrer/>. Acesso em: 8 ago. 2024.

²⁰ BRASIL. **Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021**. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114245.htm. Acesso em: 3 set. 2024.

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira vs. Brasil**. Relatório de mérito, de 3 de março de 2020. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2021/BRA_12.571_POR.PDF. Acesso em: 23 jul. 2024.

²² BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JA NEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20raça%20ou%20de%20cor. Acesso em: 8 ago. 2024.

que a discriminação racial representa um obstáculo para o acesso igualitário ao emprego e as mulheres afrodescendentes, mais uma vez, são desproporcionalmente atingidas por este fator.

Nesse interim, as falhas cometidas pelos agentes secundários em proporcionar uma proteção efetiva às vítimas se revelam como produto perfeito do sistema para manter a relação de domínio. A discrepância entre o ordenamento jurídico e sua aplicação prática indica a natureza simbólica do direito penal, visto que os agentes primários cedem à pressão social, mas o objetivo de romper com as estruturas criadas não é o que motiva sua atuação.

Por isso, não se deve usar a função simbólica do Direito Penal, pois além de retirar a credibilidade do ordenamento jurídico, impede a superação dos obstáculos para o desenvolvimento social.

3. POSSIBILIDADE DO USO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES DE ÓDIO

Ainda que se reconheça os avanços legislativos na proteção dos grupos vítimas de crimes de ódio, a efetivação das leis penais enfrenta desafios consideráveis, em especial em relação a estrutura do processo penal para amparar a aplicação do direito material.

Não se duvida da impossibilidade de o direito alterar a mentalidade e a cultura da sociedade e, por si só, extinguir problemas estruturais, ainda que se utilize da esfera mais rígida, que é a penal, para atingir esta meta. Nas palavras de Silvio Luiz de Almeida, “Ainda que os indivíduos que cometam atos racistas sejam responsabilizados, o olhar estrutural sobre as relações raciais nos leva a concluir que a responsabilização jurídica não é suficiente para que a sociedade deixe de ser uma máquina produtora de desigualdade racial.”²³.

Por outro lado, não se afasta a importância da responsabilização penal, já que o bem jurídico tutelado pela criminalização do ódio é a dignidade humana, o que torna imperiosa aplicação adequada do Direito Penal, de modo que é preciso afastar a teorias abolicionista do sistema penal.

Em vista disso, não se busca atribuir integralmente ao Direito Penal a tarefa de superar os preconceitos e as discriminações enraizados e cumprir com todos os compromissos sociais assumidos, mas se pretende a construção de diálogo com as diversas outras formas de política

²³ ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019, p. 39.



pública, para, quando preciso, aplicar corretamente o Direito Penal, possibilitando a articulação com outros campos para maior proteção da vítima e efetivação dos direitos humanos.

Contudo, o sistema penal tal como existe hoje não é eficaz em relação aos delitos relacionados a demandas sociais, isso porque, ele não foi estruturado para combater esses crimes. Os casos do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos revelam a ineficiência da estrutura processual atual para combater as discriminações da forma proposta pelas legislações e tratados adotados. Nesse sentido, nos dois casos citados no capítulo anterior, foi reconhecida a falha do Brasil na investigação e no processo penal.

Nota-se que, em ambos os casos, já havia lei penal e penas adequadas para os crimes cometidos, entretanto, não houve a correta aplicação. A partir disso, é possível deduzir que os movimentos sociais que pleiteiam sanções mais duras para os crimes de ódio são frutos do populismo penal, revelando a gana para incrementar as sanções existentes e piorar as condições de aplicação da pena. Além disso, confirma-se a necessidade de elaborar meios processuais próprios para esses crimes, com o fito de evoluir na aplicação do direito e reduzir os erros dos operadores na investigação e no processo.

O ordenamento atual tradicional, conforme se extrai do art. 59 do Código Penal²⁴, foca principalmente no caráter retributivo da pena, apesar do artigo também reconhecer a existência do caráter preventivo. Ou seja, no sistema retributivo, majoritariamente aplicado no Brasil, o foco principal está na aplicação da pena, com a atuação preponderante dos representantes do Estado e, por outro lado, a vítima tem pouco destaque na solução do caso.

Nota-se que o Estado é o único titular do direito de punir, ainda que o crime seja de ação penal privada ou condicionada a representação, já que ele foi criado para manter o controle e a harmonia na vida em coletividade, sendo o escolhido para solucionar os conflitos que surgir. Assim, ainda que a vítima do crime seja determinada, se considera que toda a sociedade também é vítima pelo descumprimento da ordem social, devendo ter seus interesses garantidos pelo Estado.

Logo, os principais agentes na Justiça Retributiva é o Estado-Acusador, com a atuação dos membros do Ministério Público, sendo este, em regra, o titular da ação penal, e o Estado-Juiz, que detém o poder punitivo. Observa-se, com isso, que a vítima direta, no sistema tradicional, ocupa lugar secundarizado, com pouco destaque e baixa influência no processo.

²⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 4 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 set. 2024.

Entretanto, considerando que a legislação criada para combater crimes de ódio tem como objetivo a proteção de grupos vulnerabilizados, nada mais razoável do que conferir-lhe destaque processual quando o seu direito for ferido, prestando amparo para que não permaneça na posição de subjugação. Para isso, é imperioso que se empodere a vítima direta dos crimes de ódio, pois, visto que a sua dignidade foi afetada, ao lhe dar protagonismo, ela opinará na construção da solução para que seja adotado o meio que mais repara o dano sofrido.

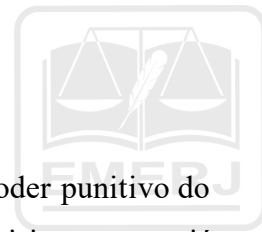
Nesse sentido, o modelo da Justiça Restaurativa propõe colocar o ofendido no centro do processo penal e prestar assistência que ele precisar no curso da ação, focando na possibilidade de reparar o dano sofrido e atender o interesse dos envolvidos. Além disso, projeta a preocupação com as consequências do crime e soluções para os problemas gerado pelo ilícito, de forma que a atuação se atenta com o futuro, ao contrário do que ocorre na Justiça Retributiva, em que há um processo estigmatizante e revitimizador, com visão apenas para reprimir a conduta passada.

Embora seja reduzido o campo de aplicação, o modelo restaurativo é usado no ordenamento brasileiro, principalmente em relação adolescentes em conflito com a lei e crimes de menor potencial ofensivo. Ainda assim, a sua aplicação à crimes de maior relevância social, tal como os crimes de racismo e os crimes de violência doméstica, ainda é muito criticada, sob a alegação que banalizaria a discussão de tais condutas tão graves.

Apesar de ser plausível a preocupação que a aplicação das técnicas restaurativas gere impunidade, sendo sim necessário ter cautela para evitar esse resultado não querido, o Estado tem que atuar com igual cautela em qualquer sistema de justiça adotado, pois esse é um risco inerente a todos os modelos, seja no retributivo, no restaurativo ou no negocial.

No mais, o alto número de crimes na cifra oculta e na cifra negra, ou seja, crimes ocorridos não conhecidos e crimes não solucionados pelo Estado, demonstram que há impunidade na Justiça Restaurativa. Nota-se, contudo, que um dos motivos para a existência da cifra oculta se dá pelo baixo destaque dado a vítima no curso do processo, já que desestimula a busca da tutela estatal, diante do conhecimento que a vítima pouco será ouvida e que os problemas consequentes do crime, por ela suportados, não serão resolvidos, ou sequer, terá assistência no decorrer do processo.

O modelo retributivo, embora associado com pedidos de desculpas e acordos simples, pode contribuir com o avanço no combate aos crimes de ódio, desde que garanta assistência estatal e empoderamento para a vítima, de modo que a auxilie a superar os problemas gerados, bem como façam o infrator compreender a gravidade dos seus atos.



Todavia, o protagonismo da vítima no processo não excluiria nem o poder punitivo do Estado, apesar de ser delegada parcela de poder para a vítima, sequer extinguiria as penas já cominadas aos delitos, mas sim adicionaria o diálogo no processo para que o infrator auxilie a vítima a lidar com as consequências do delito. No mais, ao relevar para o agente os resultados da sua conduta, incrementa a possibilidade dele se conscientizar sobre a desconformidade de seus atos, o que torna mais efetivo o combate aos crimes de ódio, possibilitando que o Direito Penal auxilie nas metas de redução de desigualdades e na construção de uma sociedade justa e sem preconceitos.

Conforme explica Alisson Morris, o “[...] objetivo é a restituir à vítima a segurança, o auto-respeito, a dignidade e, mais importante, o senso de controle. Objetiva, além disso, restituir aos infratores a responsabilidade por seu crime e respectivas consequências (SIC) [...]”²⁵. Em suma, embora as penas privativas de liberdade e restritivas de direitos desempenhem funções importantes para a repressão individual e social da conduta, em pouco restituem os direitos da vítima e o infrator não arcará com o ônus de solucionar o conflito gerado pela sua conduta.

Com a adoção da Justiça Restaurativa nos crimes de ódio, abre-se a possibilidade de diálogo para a conscientização e correção do criminoso, com maior aceitação da punição pelos seus atos, priorizando adoção de medidas concretas para reparar à vítima os danos sofridos e punir adequadamente o agente.

Como resultado, a coletividade estará mais engajada nos debates sociais relevantes para redução de discriminações. Assim, a presença do Estado no processo será para empoderar a vítima, garantir patamares necessários para a repressão do delito. Por outro lado, a atuação da vítima, no centro do processo, reduzirá as falhas e as impunidades geradas no sistema atual, como forma de controle aos agentes criminalizadores secundários.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que o Brasil construiu robusta agenda e compromissos para a efetivação dos direitos humanos, inclusive ao promulgar

²⁵ MORRIS, Alisson. **Criticando os Críticos:** Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. Tradução Marcelo Maciel. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/12/27/F3/44/65A9C71030F448C7860849A8/Criticando%20os%20criticos.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

uma constituição social em 1988 e internalizar tratados internacionais, em especial no que se refere a proteção de grupos historicamente vulnerabilizados.

Com isso, apesar de avanços nas discussões sobre direitos humanos, a sociedade permanece estratificada em funções de raças, gênero, classe etc. Identificou-se que o direito, como forma de controle social, reflete a hierarquia existente, de modo que as agências criminalizadoras, sobretudo os agentes secundários, mantém o aparato de poder com práticas discriminatórias.

A relevância da pesquisa é evidenciada na importância social, política e jurídica de efetivar os direitos humanos. De um lado, a existência de previsões constitucionais, inúmeras leis e tratados internacionais protetivos a grupos minoritários, inclusive com constantes endurecimentos das sanções, levaria a crer que o ordenamento jurídico é suficientemente protetor.

De outro modo, no entanto, restou demonstrado, por meio das jurisprudências e das doutrinas citadas, que as legislações existentes são simbólicas, pois para atender os pleitos dos movimentos sociais, criminaliza condutas pautadas em ódio e enrijece as penas, o que gera falsa sensação de segurança e de vitória para estes grupos, por atender o populismo penal.

Por outro lado, no momento da aplicação das regras construídas, os agentes não as observam, não atuando de forma protetiva, tal como esperado no momento de sua edição, o que agrada os interesses daqueles que são contrários a luta desses grupos.

A pesquisa possibilitou perquirir quais seriam os instrumentos e modelos processuais mais adequados para garantir a aplicação correta do direito material sobre a matéria. Verificou-se que a resposta não é unânime e gera debates, sobretudo, doutrinários.

Assim, foi necessário identificar as características atuais da Justiça Retributiva, adotada atualmente para apurar os crimes de ódio, e os resultados de sua aplicação. Notou-se a falta de protagonismo da vítima e a despreocupação em sanar os danos a ela causados em decorrência do ilícito penal praticado, que, por conseguinte, resulta em crimes não denunciados e não solucionados.

A proposta exposta pelo capítulo final parece mais adequada. Objetivou-se demonstrar que a problemática gira em torno da não participação da vítima e do infrator na construção da sanção a ser aplicada, o que geraria maior controle do ofendido para evitar impunibilidade, bem como maior compreensão pelo ofensor das consequências de sua conduta.

Conclui-se, então, que a solução para efetivar a punibilidade de crimes de ódio é encontrada no uso da Justiça Restaurativa, já que o Estado serviria para amparar e emponderar a



vítima, auxiliando na restauração da sua dignidade, ao mesmo tempo que reprime concretamente a conduta discriminatória. Reconhece-se a complexidade do tema, por enfrentar temática sensível, de modo que a discussão envolve articulação com outras áreas de conhecimento para atingir a tutela adequada dos direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 1 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=Ninguém%20deve%20ser%20 submetido%20a,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 1.973, de 1º de agosto 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm#:~:text=DECRETA%3A,inteira mente%20como%20nela%20se%20contém. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 4 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://planalto.gov.br/Ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022**. Promulga a Convenção Interamericana contra Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Decreto/D10932.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969**. Promulga a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Brasília, DF: Presidência da

República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d65810.html. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm#:~:text=LEI%20N%207.716%2C%20DE%205%20DE%20JANEIRO%20DE%201989.&text=Define%20os%20crimes%20resultantes%20de,de%20raça%20ou%20de%20cor. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112288.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114245.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.994, de 9 de outubro de 2024. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais), a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para tornar o feminicídio crime autônomo, agravar a sua pena e a de outros crimes praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, bem como para estabelecer outras medidas destinadas a prevenir e coibir a violência praticada contra a mulher. Brasília, DF: Presidência da República, 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114994.htm. Acesso em: 4 nov. 2024.



CNN BRASIL. **CNJ pune com advertência juiz do caso Mariana Ferrer**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/cnj-pune-com-advertencia-juiz-do-caso-mariana-ferrer/>. Acesso em: 8 ago. 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil**. Relatório de 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 8 ago. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil**. Sentença de 4 de fevereiro de 2020. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 23 jul. 2024.

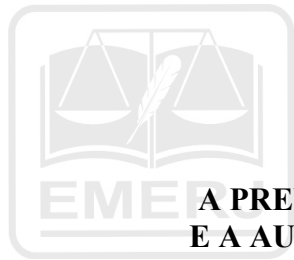
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Neusa dos Santos Nascimento e Gisele Ana Ferreira vs. Brasil**. Sentença de 29 de julho de 2021. Disponível em: https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2021/BRA_12.571_POR.PDF. Acesso em: 24 jul. 2024.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2024. E-book.

MORRIS, Alisson. **Criticando os Críticos**: Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. Tradução Marcelo Maciel. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/data/files/12/27/F3/44/65A9C71030F448C7860849A8/Criticando%20os%20criticos.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro**: teoria geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



A PREVISÃO LEGAL DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE CLUBES DE FUTEBOL E A AUSÊNCIA DE PREVISÃO DO INSTITUTO EM RELAÇÃO ÀS ASSOCIAÇÕES EM GERAL

Julia Barbosa Scaffa Falcão

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica - PUC-Rio. Advogada.

Resumo - atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê expressamente a possibilidade de que clubes de futebol suscitem recuperação judicial, como forma de reerguer os times que contam com dívidas milionárias. Essa previsão foi elaborada para os clubes sob o formato de sociedades anônimas do futebol, mas é estendida aos clubes sob o formato de associações sem fins lucrativos. Porém, as associações civis sem fins lucrativos destinadas a outras funções, como a garantia dos direitos à saúde, à assistência religiosa ou à educação, não possuem previsão expressa de sua legitimidade ativa para pedido de recuperação judicial na legislação pátria. Dessa forma, ao buscarem a recuperação judicial, deparam-se com insegurança jurídica e ausência de isonomia, sem que exista a certeza de que sua legitimidade ativa será reconhecida pelo Poder Judiciário. Precisam considerar a instabilidade dos precedentes judiciais no momento de suscitar a sua submissão a plano de recuperação judicial. O presente artigo buscou expor essa situação de ausência de igualdade material, causada no ordenamento jurídico atual, e demonstrar a possibilidade de alteração legal que solucione o problema. A referida mudança seria decorrente do Poder Legislativo, incluindo previsão expressa da legitimidade ativa das associações civis sem fins lucrativos para o pedido de recuperação judicial.

Palavras-chave - Associação. Clubes de futebol. Sociedade Anônima de futebol. Recuperação judicial.

Sumário - Introdução. 1. A possibilidade de extensão da recuperação judicial prevista pela Lei da Sociedade Anônima de Futebol aos clubes que seguem o formato de associações. 2. Inexistência de previsão legal do instituto da recuperação judicial de associações regulamentadas pelo Código Civil e a isonomia entre essas associações e os clubes de futebol. 3. Possibilidade de elaboração de lei que preveja a recuperação judicial às associações sem fins lucrativos, de forma geral. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico busca discutir a existência, ou não, de isonomia entre o tratamento conferido aos clubes de futebol sob o formato de associações e às associações sem fins lucrativos regulamentadas pelo Código Civil, quanto à possibilidade de buscarem recuperação judicial.

Observa-se que a Lei nº 14.193/2021, conhecida como Lei da SAF - Sociedade Anônima do Futebol, prevê a possibilidade de que os clubes de futebol utilizem os mecanismos previstos na Lei nº 11.101/2005 - Lei de Recuperação e Falência. Essa possibilidade não se



limita aos clubes que aderirem ao formato de Sociedade Anônima, sendo estendida aos clubes sob o formato de associações sem fins lucrativos.

Porém, o Código Civil, que regulamenta as associações sem fins lucrativos de modo geral, não contém qualquer previsão legal de requerimento de recuperação judicial a ser feito por essas associações.

Desta forma, a legislação brasileira permite que os clubes de futebol organizados sob o formato de associações sem fins lucrativos requeiram a recuperação judicial, mas não estende a mesma possibilidade às associações sem fins lucrativos de forma geral, que são regidas pelas regras do Código Civil.

Por isso o presente trabalho busca tecer uma crítica à ausência de isonomia no tratamento dispensado pela legislação brasileira aos clubes de futebol e às associações sem fins lucrativos.

Inicia-se o primeiro capítulo buscando esclarecer o mecanismo de recuperação judicial previsto na Lei nº 14.193/2021, conhecida como Lei da SAF - Sociedade Anônima do Futebol e se a possibilidade de extensão desse mecanismo aos clubes que não adotarem a forma de sociedades anônimas está de acordo com o restante do Ordenamento Jurídico.

Em seguida, no segundo capítulo, busca-se analisar se existe uma afronta à isonomia, causada pelo tratamento diferenciado que a legislação brasileira dispensa aos clubes de futebol sob a forma de associações e às associações sem fins lucrativos regidas pelas normas gerais do Código Civil.

No terceiro capítulo, analisa-se a possibilidade de elaboração de inovação legislativa que possibilite a aplicação do instituto de recuperação judicial às associações civis sem fins lucrativos, de modo geral.

A pesquisa é realizada através do método hipotético-dedutivo, através do qual são analisadas hipóteses de solução para o problema exposto e, posteriormente, confirmada ou negada a efetiva possibilidade de solução a ser apresentada ao problema.

Para isso, a pesquisa é qualitativa, de forma a analisar as referências e a bibliografia, sem que a conclusão do trabalho seja uma verdade exata. A pesquisa engloba a análise de diferentes hipóteses de solução a um problema, cuja crítica é exposta no trabalho e, posteriormente, a apresentação de possível solução a esse problema, que tenha a capacidade de afastar essa crítica.

1. A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL PREVISTA PELA LEI DA SOCIEDADE ANÔNIMA DE FUTEBOL AOS CLUBES QUE SEGUEM O FORMATO DE ASSOCIAÇÕES

A Lei nº 14.193/2021¹, conhecida como “Lei da Sociedade Anônima de Futebol” ou “Lei da SAF”, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a oportunidade de que os clubes de futebol, que, tradicionalmente, seguem o formato de associações sem fins lucrativos, passem a adotar o modelo de sociedades empresárias.

Historicamente, o futebol está entre os esportes que movem maiores quantidades de dinheiro no Mundo, com transferências de jogadores que envolvem bilhões de reais e salários milionários pagos a eles mensalmente. Segundo Job Eloisio Vieira Gomes:

O futebol, onde quer que tenha nascido, se transformou no maior esporte do mundo e movimenta valores financeiros comparáveis somente aos maiores negócios do mercado mundial. Um ambiente com tanta popularidade, portanto, não teria como fugir aos interesses econômico e político.²

Nota-se que não há mais um esporte lúdico, praticado a fim de lazer, e sim um mercado negocial, que engloba valores cada vez mais altos. Gomes exemplifica os valores envolvidos, afirmando que “somente a FIFA, segundo divulgou a própria entidade, na recém-encerrada Copa do Mundo de Futebol de 2014, no Brasil, faturou algo em torno de 9 bilhões de dólares”³. Menciona, ainda, que essa quantia costuma aumentar, de uma Copa do Mundo para a seguinte, até o dobro do valor da competição anterior⁴.

Nessa esteira de transformação dos clubes de futebol em partes integrantes de um mercado de negócios bilionários, tornou-se necessária a busca por investimentos nos times, que passaram a colecionar dívidas decorrentes dos valores estratosféricos gastos em compras e transferências de atletas.

No Brasil, até os maiores clubes de futebol, que possuem as torcidas mais populosas, maior número de títulos expressivos e realizam vendas de jogadores a preços mais altos,

¹ BRASIL. **Lei nº 14.193, de 6 de agosto de 2021**. Institui a Sociedade Anônima do Futebol e dispõe sobre normas de constituição, governança, controle e transparência, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário específico; e altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114193.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

² GOMES, Job Eloisio Vieira. **Direito Desportivo: interesses econômicos no futebol moderno**. Rio de Janeiro: Gramma, 2018, p. 71.

³ *Ibid.*, p. 72.

⁴ *Ibid.*



acumulam dívidas que se tornam de impossível adimplemento. Isso porque os débitos são empilhados e acumulados de forma rápida, sem que houvesse qualquer expectativa de melhoria nesse cenário econômico-financeiro.

O que possibilitou o maior investimento nos clubes, representando uma esperança de recuperação econômica e pagamento de grande parcela das dívidas, foi a Lei da SAF, que, de forma inovadora no ordenamento jurídico, trouxe, em seu texto, a previsão da possibilidade de transformação dos clubes em sociedades anônimas, aptas a receberem quantias investidas por terceiros.

A referida lei tem como princípio a recuperação dos times de futebol que se encontram em crises econômico-financeiras envolvendo montantes milionários. Busca-se, através de diferentes mecanismos, possibilitar que as entidades desportivas se reergam e continuem praticando suas atividades e cumprindo sua função social.

Nas palavras de Bruno Pinto Soares:

Dessa maneira, visando à recuperação econômico-financeira das entidades de prática desportiva da modalidade futebolística – e, diretamente ou indiretamente, ao resgate do seu desempenho desportivo e ao fomento econômico-financeiro nacional –, o novel diploma legal trouxe consigo inovações importantes, tais quais: incentivos fiscais, instrumentos próprios de captação de recursos financeiros perante o mercado, meios de reorganização de passivos, entre outras relevantes novidades.⁵

Um dos institutos previstos como mecanismos a facilitar o soerguimento dos clubes de futebol é o da recuperação judicial, conforme previsão dos artigos 13 e 25 da Lei nº 14.193/2021⁶. Os dispositivos legais preveem a opção para que o time efetue o pagamento das obrigações aos seus credores através de recuperação judicial ou extrajudicial, submetendo-se ao procedimento previsto na Lei nº 11.101/2005⁷.

Considerando que a Lei da SAF prevê a criação de sociedade anônima a partir do clube de futebol, quando do surgimento da inovação legislativa, iniciou-se discussão acerca da

⁵ SOARES, Bruno Pinto *et al.* A Sociedade Anônima do Futebol (SAF): disposições introdutórias e constituição. In: SOUZA, Gustavo Lopes Pires de; RAMALHO, Carlos Santiago da Silva (org). **Sociedade Anônima do Futebol: Primeiras Linhas**. Belo Horizonte: Expert, 2022, p.16

⁶ BRASIL. **Lei nº 14.193, de 6 de agosto de 2021**. Institui a Sociedade Anônima do Futebol e dispõe sobre normas de constituição, governança, controle e transparência, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário específico; e altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114193.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

⁷ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

possibilidade de aplicação dos seus dispositivos aos clubes que permanecessem sob a natureza jurídica de associações sem fins lucrativos.

Segundo Soares⁸, a primeira corrente envolvida na discussão defendia que, considerando que o legislador optou por prever o mecanismo de recuperação judicial inserido na Lei da Sociedade Anônima de Futebol, que regulamenta as relações jurídicas dos times que optam por constituir sociedade empresária, a possibilidade de adotá-lo estaria restrita aos clubes que se tornassem sociedades. Essa opinião seria reforçada pela previsão legal do procedimento conforme a Lei nº 11.101/2005⁹, que prevê, expressamente, a sua aplicação a empresário e sociedade empresária.

Dessa forma, o primeiro grupo formador de opinião interpretava a inovação legislativa de forma a afastar sua aplicabilidade aos clubes sob a natureza de associações sem fins lucrativos. Nesse sentido explicam Pedro Teixeira e Vanderson Braga Filho:

Duas correntes se apresentam sobre a possibilidade jurídica do pedido de recuperação judicial, extrajudicial e de falência por entidades desportivas que sejam associações civis sem fins lucrativos. A primeira, mais conservadora, positivista e literal, compreende que somente as entidades desportivas que se constituírem sob a forma de sociedade empresária podem postular recuperação judicial, extrajudicial e se submeter à falência. Isso porque o art. 1º da Lei nº 11.101/2005 determina que “esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”.¹⁰

Os autores salientam, ainda, que a finalidade da limitação da submissão à recuperação às agremiações desportivas que optam pela constituição segundo o modelo de sociedade anônima é de estimular que os clubes busquem esse formato, migrando de associações sem fins lucrativos para o modelo de empresas.

O autor Soares¹¹ ressalta que a segunda corrente de pensamento defendia que estaria em desconformidade com o princípio da isonomia, basilar no ordenamento jurídico pátrio, a legitimidade ativa para requerer recuperação judicial concedida apenas a número restrito de clubes de futebol, aqueles que optassem por constituir sociedade anônima. Enquanto isso, os

⁸ SOARES, Bruno Pinto. A recuperação judicial/extrajudicial como meio para reorganização das dívidas para a SAF. In: SOUZA, Gustavo Lopes Pires de; RAMALHO, Carlos Santiago da Silva (org). **Sociedade Anônima do Futebol**: Primeiras Linhas. Belo Horizonte: Expert, 2022, p.110/111

⁹ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁰ TEIXEIRA, Pedro Freitas; BRAGA FILHO, Vanderson Maçullo. Recuperação judicial, extrajudicial e falência de associações civis desportivas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 32 - 90, maio-ago. 2020.

¹¹ SOARES, Bruno Pinto. A recuperação judicial/extrajudicial como meio para reorganização das dívidas para a SAF. In: SOUZA, Gustavo Lopes Pires de; RAMALHO, Carlos Santiago da Silva (org). **Sociedade Anônima do Futebol**: Primeiras Linhas. Belo Horizonte: Expert, 2022, p.110/111



demais clubes veriam afastada sua oportunidade de soerguimento, por terem permanecido sob o formato de associações.

Freitas e Braga Filho¹² mencionam, sobre o grupo que defende o posicionamento de que seria possível a recuperação judicial, além da recuperação extrajudicial e da falência, pelos clubes de futebol sob forma de associação civil sem fins lucrativos, que “no pós-positivismo jurídico, os princípios atuam de modo decisivo na dinâmica de ajuste do Direito à vida social, moldando a interpretação da regra jurídica e se associando a ela no processo de sua incidência”.

A segunda corrente de pensamento defende a aplicação principiológica do Direito, com a incidência das regras em conformidade com uma interpretação decorrente dos princípios do ordenamento jurídico, e não segundo a literalidade do dispositivo legal.

Atualmente, a interpretação da lei é feita pelos juristas e pelo Poder Judiciário no sentido de estender a legitimidade para o requerimento de recuperação judicial aos clubes de futebol sob a forma de associações. Isso porque os mencionados artigos 13 e 25 da Lei da Sociedade Anônima de Futebol¹³ não preveem, expressamente, que o instituto da recuperação somente poderá ser adotado por sociedades empresárias, e sim por clubes de futebol que optarem por essa forma de prosseguir com o pagamento de seus débitos.

Nesse sentido foi a decisão da 6ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina¹⁴, cujo relator, Desembargador Vitoraldo Bridi, determinou “a possibilidade da recuperação judicial de clube de futebol foi albergada pela Lei n. 14.193/2021, sendo desnecessária a conversão em sociedade anônima de futebol”.

Assim, interpreta-se a legislação de forma a ampliar a aplicabilidade do instituto da recuperação judicial, conferindo aos clubes que constituíram sociedades anônimas e, também, aos que não constituíram, a possibilidade de buscar se reerguer da crise econômico-financeira e das dívidas através de processo de recuperação.

¹² TEIXEIRA, Pedro Freitas; BRAGA FILHO, Vanderson Maçullo. Recuperação judicial, extrajudicial e falência de associações civis desportivas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 32 - 90, maio-ago. 2020.

¹³ BRASIL. **Lei nº 14.193, de 6 de agosto de 2021**. Institui a Sociedade Anônima do Futebol e dispõe sobre normas de constituição, governança, controle e transparência, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário específico; e altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114193.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (6. Câmara de Direito Comercial). **Agravo de Instrumento 5029594-28.2023.8.24.0000**. Agravo de Instrumento. Decisão que deferiu o processamento de recuperação judicial de clube de futebol. Viabilidade, ainda que constituído na forma de associação civil [...]. Relator: Des. Vitoraldo Bridi, 01 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&num_processo=50295942820238240000&eventos=true&num_chave=&num_chave_documento=&hash=5912955d8b7dacebfa744f841f64a32b. Acesso em: 23 set. 2024.

2. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE ASSOCIAÇÕES REGULAMENTADAS PELO CÓDIGO CIVIL E A ISONOMIA ENTRE ELAS E OS CLUBES DE FUTEBOL

Conforme anteriormente mencionado, o instituto de recuperação judicial, segundo o procedimento descrito pela Lei nº 11.101/2005, aplica-se a empresários e a sociedades empresárias. Conclui-se, a partir da leitura do art. 1º da referida lei¹⁵ que, para que a pessoa jurídica ou natural tenha legitimidade ativa para requerer recuperação em juízo, é necessário que exerça atividade classificada como empresária.

Nesse sentido leciona André Santa Cruz:

De acordo com o art. 1.º da LRE, que já analisamos, suas normas só se aplicam àqueles que exercem atividade empresarial, não se referindo a devedores civis. Portanto, somente empresários (...) podem requerer recuperação judicial. Não se pode esquecer, no entanto, que a própria LRE, em seu art. 2.º, exclui alguns empresários do âmbito de incidência de suas regras.¹⁶

Conclui-se, portanto, que a legislação exclui, ao conceder a legitimidade para requerer recuperação judicial apenas às pessoas que exercem atividade empresária, as associações sem fins lucrativos, regulamentadas pelos artigos 53 e subsequentes do Código Civil¹⁷.

Observa-se que existem associações com as mais diversas funções, como a promoção da saúde, da educação, assistência social, religião, cultura, representação política e defesa de diferentes interesses de partes da sociedade. Apesar de não ter o lucro como sua finalidade, as associações desempenham papel fundamental na sociedade, promovendo a proteção de interesses individuais e coletivos.

Essas associações civis podem desempenhar atividades econômicas, voltadas para o mercado e que têm como função social movimentar a economia, mesmo que seu objetivo não seja a obtenção de lucro, ou podem desempenhar outras funções sociais, relacionadas à proteção de direitos.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11101.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.320

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.



Nota-se a importância da manutenção da função social das associações civis sem fins lucrativos para o interesse público, considerando que ações sociais voltadas a questões objeto de proteção pelo Poder Público são realizadas por essas associações, que buscam auxiliar a sociedade em aspectos essenciais ligados aos direitos sociais.

O princípio central e objetivo primordial da previsão legal do instituto de recuperação judicial é possibilitar que uma empresa viável se recupere e permaneça cumprindo sua função social, movimentando o mercado, gerando empregos e circulando capital.

André Santa Cruz, em seu livro acerca do direito empresarial, sustenta:

Segundo o art. 47 da LRE, “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”. O dispositivo deixa clara a sua finalidade: permitir a recuperação dos empresários individuais e das sociedades empresárias em crise, em reconhecimento à função social da empresa e em homenagem ao princípio da preservação da empresa.¹⁸

Conforme o princípio constitucional da igualdade material, não seria juridicamente viável que só fosse permitida a oportunidade de recuperação e de manutenção da atividade, cumprindo a função social, às empresas que possuem o lucro como sua finalidade precípua. Não estaria de acordo com o princípio da isonomia afastar essa possibilidade de soerguimento das associações cujo objeto é a garantia ao direito à saúde ou ao direito à educação.

Além disso, não estaria em conformidade com o interesse público, para o qual as pessoas jurídicas sem fins lucrativos contribuem, através de suas atividades voltadas à garantia de direitos sociais fundamentais.

Nesse sentido, a jurisprudência¹⁹ tem admitido a recuperação judicial requerida por associações sem fins lucrativos que demonstrem exercer atividades econômicas. Compreende-se que, apesar de não possuírem o objetivo principal de obter lucro, podem se enquadrar no requisito subjetivo previsto pela Lei nº 11.101/2005.

Apesar de ser reconhecida a possibilidade de concessão de recuperação judicial a associações civis por decisões judiciais, a inexistência de previsão legal expressa causa insegurança jurídica. Não há um dispositivo legal que possa ser invocado por associações sem

¹⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1.317

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **AgInt no TP 3654/RS**. Agravo interno. Tutela provisória no Recurso Especial. Contracautela. Recuperação judicial. Ilegitimidade ativa das associações civis sem fins lucrativos. Fumaça do bom direito reconhecida. Periculum in mora caracterizado. Processamento da recuperação judicial autorizado [...]. Relator Min. Raul Araújo, 15 de março de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202103301750. Acesso em: 19 ago. 2024.

fins lucrativos para garantir o reconhecimento de sua legitimidade ativa para requerer recuperação judicial.

Observa-se que os clubes de futebol, inclusive os que possuem natureza jurídica de associações, que não constituíram sociedade anônima, possuem previsão expressa em inovação legislativa, que pode ser aplicada caso busquem o instituto da recuperação judicial. Verifica-se que a função social que esses times desempenham tem a oportunidade de ser viabilizada e mantida, através de recuperação que tenha como consequência o reerguimento da empresa ou associação. Isso está em conformidade com a lei que trata, de forma especial e individualizada, das entidades desportivas.

Enquanto isso, não há previsão legal expressa de legitimidade ativa para a recuperação judicial que se aplique às associações civis. Existem associações cujos objetos principais são a proteção de direitos fundamentais, como a saúde, a educação e o acesso à religião. Essas pessoas jurídicas não têm a garantia jurídica de que poderão requerer recuperação judicial caso se deparem com uma crise econômico-financeira no exercício de suas atividades.

A função social das pessoas jurídicas cuja finalidade é proteger direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, previstos pela Constituição da República, não tem a garantia legal de que poderá ser mantida através de recuperação judicial que viabilize a continuação do exercício dessa função. Isso porque inexistente previsão legal expressa da recuperação a ser concedida a essas pessoas.

Segundo o princípio da isonomia, ou igualdade material, é possível o tratamento desigual a pessoas que se encontram em situações de desigualdade, com o objetivo de amenizar essa diferença. Porém, não há justificativa para o tratamento desigual que amplia a desigualdade, conferindo a possibilidade, expressa na lei, de empresas que visam precipuamente o lucro se recuperarem de uma crise financeira, enquanto as associações que têm o objetivo de proteger direitos individuais e coletivos não possuem a mesma segurança jurídica e a mesma certeza de que terão sua legitimidade para buscar a recuperação reconhecida.

Da mesma forma, não se verifica condizente com o ordenamento jurídico brasileiro a previsão de legitimidade ativa para buscar a recuperação judicial conferida a clubes de futebol, enquanto as associações civis que possuem outras finalidades não têm o mesmo tratamento legal. A legislação fortalece um cenário de desigualdade, em que é desvalorizada a função social das pessoas jurídicas que têm como finalidade a proteção de direitos fundamentais.



3. POSSIBILIDADE DE ELABORAÇÃO DE LEI QUE PREVEJA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS ASSOCIAÇÕES SEM FINS LUCRATIVOS, DE FORMA GERAL

Considerando que as associações civis sem fins lucrativos não se enquadram na previsão legal de legitimados ativos para o requerimento de recuperação judicial, que engloba empresários e sociedades empresárias, mas também não estão listadas no dispositivo legal que enumera as pessoas excluídas da possibilidade de suscitar recuperação, resta clara a insegurança jurídica que permeia sua busca pelo soerguimento em caso de dificuldades financeiras.

Existe a possibilidade de ajuizamento de demandas judiciais por diferentes associações, que exercem diversas funções sociais, em busca de sua recuperação judicial nos moldes da recuperação aplicada às empresas. Porém, surge a chance de que seja proferida decisão judicial favorável ao soerguimento de uma das associações e outra decisão, proferida por outro juízo, seja contrária ao processamento da recuperação de outra associação, mesmo que não haja diferença substancial entre elas.

O debate nas esferas doutrinária e jurisprudencial causado pela opção do legislador de não inserir as associações no rol de pessoas jurídicas aptas a requerer a recuperação judicial tem como resultado inevitável a insegurança de pessoas jurídicas que exercem função social de interesse público. Além disso, essa insegurança afasta as associações do Poder Judiciário, considerando que existe a possibilidade de que elas requeiram a recuperação judicial e seu pedido seja negado. Por muitas vezes, permanecem prestando o serviço de interesse público sem recursos suficientes, sendo imposta a necessidade de diminuir a qualidade desse serviço, além de ter que reduzir o número de empregos que oferecem e o valor de renda que circulam, por receio de requerer a recuperação judicial e ter seu pedido rejeitado pelo Poder Judiciário.

Uma possível solução para essa insegurança jurídica seria a alteração da Lei nº 11.101/2005, inserindo no dispositivo legal que prevê os legitimados ativos da recuperação judicial as associações civis sem fins lucrativos. Dessa forma, tornar-se-ia viável o pedido de recuperação por essas pessoas jurídicas diretamente baseado na previsão legal expressa, sem que tivessem que argumentar a respeito da isonomia para que obtivessem decisão judicial favorável à sua legitimidade.

A questão já chegou ao Superior Tribunal de Justiça, demonstrando o esforço que, muitas vezes, precisa ser feito pelas associações, que necessitam recorrer até às últimas instâncias do Poder Judiciário a fim de obter provimento do seu pedido de recuperação judicial, investindo tempo e recursos financeiros para isso.

Ressalta-se, ainda, que, ao buscar a recuperação judicial, as pessoas jurídicas se encontram em uma situação econômico-financeira negativa, obtendo dívidas que, muitas vezes, se multiplicam conforme o tempo passa. Enquanto a associação busca o provimento judicial de seu pedido de recuperação, através de inúmeros recursos processuais, que demandam tempo, suas dívidas podem se acumular e a sua função social é posta em risco, visto que o soerguimento da pessoa jurídica pode deixar de ser viabilizado devido ao decurso do tempo.

No pedido de Tutela Provisória 3.654, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Luis Felipe Salomão votou no sentido de admitir a legitimidade das associações civis sem fins lucrativos à recuperação judicial. O julgador sustentou:

Deveras, apesar de não se enquadrarem literalmente nos conceitos de empresário e sociedade empresária do art. 1º da Lei n. 11.101/2005 para fins de recuperação judicial, as associações civis também não estão inseridas no rol dos agentes econômicos excluídos de sua sujeição (LREF, art. 2º).

[...]

Realmente, muitas associações civis, apesar de não serem sociedade empresária propriamente dita, possuem imenso relevo econômico e social, seja em razão de seu objeto, seja pelo desempenho de atividades perfazendo direitos sociais e fundamentais em que muitas vezes o Estado é omissor e ineficiente, criando empregos, tributos, renda e benefícios econômicos e sociais.

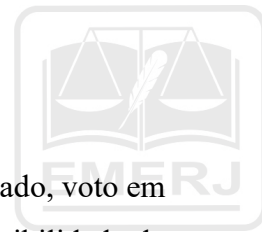
[...]

É justamente em razão de sua relevância econômica e social que se tem autorizado a recuperação judicial de diversas associações civis sem fins lucrativos e com fins econômicos, garantindo a manutenção da fonte produtiva, dos empregos, da renda, o pagamento de tributos e todos os benefícios sociais e econômicos decorrentes de sua exploração.

Portanto, apesar de realmente haver posicionamentos doutrinários em sentido contrário, assinalo que também há diversas doutrinas especializadas defendendo, com substrato nos princípios e objetivos insculpidos no art. 47 da LREF, a possibilidade de se efetivar uma leitura sistêmica dos arts. 1º e 2º, de modo que, em interpretação finalística da norma fulcrada nos princípios da preservação da empresa e de sua função social, reconhecem como possível a extensão do instituto da recuperação judicial a entidades que também exerçam atividade econômica, gerando riqueza e, na maioria das vezes, bem-estar social, apesar de não se enquadrarem literalmente no conceito de empresa.²⁰

Nesse sentido foi a decisão do órgão julgador, que possibilitou a submissão de associação civil sem fins lucrativos a plano de recuperação judicial, de forma a viabilizar o prosseguimento do cumprimento de sua função social.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **AgInt no TP 3654/RS**. Agravo interno. Tutela provisória no Recurso Especial. Contracautela. Recuperação judicial. Ilegitimidade ativa das associações civis sem fins lucrativos. Fumaça do bom direito reconhecida. Periculum in mora caracterizado. Processamento da recuperação judicial autorizado [...]. Relator Min. Raul Araújo, 15 de março de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202103301750. Acesso em: 19 ago. 2024.



Porém, é importante destacar que houve, no próprio julgamento mencionado, voto em sentido divergente, que fora vencido. O Ministro Raul Araújo sustentou a impossibilidade da recuperação judicial de pessoa jurídica sob a forma de associação sem fins lucrativos:

Ocorre que, tal como apontado na decisão ora agravada, o deferimento da recuperação judicial dos agravantes não encontra, em princípio, respaldo na Lei 11.101/2005. Efetivamente, a teor do arts. 1º e 2º da Lei 11.101/2005, os institutos da recuperação judicial e extrajudicial e da falência aplicam-se apenas a empresários e sociedades empresárias, havendo inclusive, em relação às últimas, ressalvas expressas, conforme se vê na redação do texto legal.²¹

Dessa forma, resta cristalina a insegurança jurídica sofrida pelas associações civis sem fins lucrativos, causada pela incerteza acerca da sua legitimidade ativa, ou não, para suscitar recuperação judicial.

Apesar de ter sido proferida decisão favorável à legitimidade ativa dessas pessoas jurídicas pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a estabilidade da jurisprudência não pode ser comparada à estabilidade da lei. As decisões judiciais e interpretações realizadas pelos aplicadores do Direito são alteradas conforme as mudanças fáticas e diferentes entendimentos sobre o mesmo assunto.

A letra da lei, apesar de sofrer alterações, garante maior segurança jurídica e certeza de sua aplicação. A previsão expressa de legitimidade no texto legal denotaria maior estabilidade e mais facilidade aos pedidos de recuperação judicial elaborados por associações civis sem fins lucrativos.

Observa-se que existiu tentativa de alteração do texto legal, para que fossem incluídas as associações civis sem fins lucrativos no rol de pessoas legitimadas ativamente à recuperação judicial, através do Projeto de Lei do Senado nº 219/2009²².

O referido Projeto de Lei previu a alteração do artigo 70 da Lei nº 11.101/2005, para que constasse em seus parágrafos 3º e 4º a seguinte redação:

§3º As associações e as fundações constituídas há mais de um ano poderão requerer o plano especial de recuperação judicial de que trata este capítulo, o qual abrangerá

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **AgInt no TP 3654/RS**. Agravo interno. Tutela provisória no Recurso Especial. Contracautela. Recuperação judicial. Ilegitimidade ativa das associações civis sem fins lucrativos. Fumaça do bom direito reconhecida. Periculum in mora caracterizado. Processamento da recuperação judicial autorizado [...]. Relator Min. Raul Araújo, 15 de março de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202103301750. Acesso em: 19 ago. 2024.

²² BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 219, de 2009**. Altera o art. 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para permitir que as associações e as fundações possam requerer o plano especial de recuperação judicial, que abrangerá qualquer tipo de crédito e não implicará em falência do devedor em caso de seu descumprimento. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91280>. Acesso em: 23 set. 2024.



todos os créditos, de qualquer natureza, vencidos ou vincendos, a serem pagos nas condições estipuladas no art. 71 desta Lei.

§4º Em caso de descumprimento do plano especial de recuperação judicial, pela associação ou fundação devedora, não será decretada a sua falência, sendo permitido ao credor, tão somente, promover a execução do devedor.²³

O art. 70 da Lei nº 11.101/2005, porém, não sofreu a alteração mencionada, permanecendo as associações civis sem fins lucrativos, assim como as fundações, excluídas das previsões legais de legitimados ativos à recuperação judicial. O Projeto de Lei do Senado nº 219/2009 foi arquivado definitivamente em dezembro de 2018, não provocando a modificação legislativa.

Apesar disso, a alteração do ordenamento jurídico, a fim de promover a inclusão das associações civis sem fins lucrativos no rol de pessoas jurídicas legitimadas ativamente a pedido de recuperação judicial, reputa-se a opção viável a garantir segurança jurídica a essas pessoas.

A referida alteração da lei possibilitaria que as associações obtivessem maior certeza de sua submissão a um plano de recuperação judicial, caso fosse necessário ao seu soerguimento. Além disso, viabilizaria maior celeridade à tramitação dos pedidos de recuperação judicial dessas pessoas jurídicas, que não precisariam recorrer à última instância do Poder Judiciário a fim de ter o seu requerimento deferido.

Dessa forma, a consequência indireta da alteração legislativa acima mencionada seria a maior facilidade de manutenção do cumprimento das funções sociais de associações, que, comumente, realizam trabalhos sociais relacionados a religião, saúde, educação, e outras áreas que caberiam às ações do Poder Público.

A função social desempenhada pelas associações civis reflete grande importância à sociedade como um todo, sendo de interesse público que sua manutenção seja viabilizada por instrumentos que possibilitem que essas pessoas jurídicas se reergam de situações econômico-financeiras negativas.

CONCLUSÃO

Por tudo que se delimitou, o presente artigo se propôs a explicar a introdução do sistema de recuperação judicial aplicado às sociedades anônimas do futebol no Brasil, e

²³ BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 219, de 2009**. Altera o art. 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para permitir que as associações e as fundações possam requerer o plano especial de recuperação judicial, que abrangerá qualquer tipo de crédito e não implicará em falência do devedor em caso de seu descumprimento. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91280>. Acesso em: 23 set. 2024.



compará-lo à ausência de previsão legal de legitimidade ativa das associações civis sem fins lucrativos para requerer a recuperação.

Além disso, foi demonstrado que os clubes de futebol sob o formato de associações sem fins lucrativos podem, conforme precedentes jurisprudenciais, se submeter a alguns dispositivos da legislação aplicável aos clubes sob o modelo de empresas, sobretudo os que tratam da recuperação judicial, o que lhes permite, também, buscar seu soerguimento através desse instituto.

Em contrapartida, as associações civis sem fins lucrativos, inclusive as que exercem função relacionada à garantia de direitos como saúde, educação, assistência religiosa, e outros cujo exercício deveria ser garantido pelo Poder Público, carecem de dispositivo legal que lhes confira legitimidade para que se submetam a processo de recuperação judicial.

Diante da insegurança jurídica, caso as associações civis sem fins lucrativos optem por buscar se reerguer através da recuperação judicial, existe a real possibilidade de que precisem buscar esse direito através de recursos até às últimas instâncias do Poder Judiciário, sem qualquer certeza de que sua legitimidade ativa será reconhecida.

Como consequência, há o desencorajamento dessas pessoas jurídicas sem fins lucrativos a buscarem sua recuperação econômico-financeira através da recuperação judicial, o que pode levar, indiretamente, ao acúmulo de mais dívidas e um passivo cada vez mais difícil de ser solucionado.

É possível concluir que, além da insegurança jurídica, as associações civis sem fins lucrativos são acometidas com a ausência de isonomia no ordenamento jurídico, que conta com dispositivos legais que asseguram a legitimidade ativa da recuperação judicial para clubes de futebol sob a forma de associações, mas não para as pessoas jurídicas que exercem funções que garantem direitos fundamentais a parte da população.

Há dificuldade de reerguimento das associações civis sem fins lucrativos, quando se encontram em uma situação econômico-financeira de muitos débitos a serem sanados. Isso poderia ser facilitado com uma alteração na legislação, que permitisse, de maneira expressa e direta, o requerimento de recuperação judicial por essas pessoas jurídicas, garantido-a de maneira célere.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 ago. 2024

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF: Presidência da República, 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.193, de 6 de agosto de 2021**. Institui a Sociedade Anônima do Futebol e dispõe sobre normas de constituição, governança, controle e transparência, meios de financiamento da atividade futebolística, tratamento dos passivos das entidades de práticas desportivas e regime tributário específico; e altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14193.htm. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 219, de 2009**. Altera o art. 70 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, para permitir que as associações e as fundações possam requerer o plano especial de recuperação judicial, que abrangerá qualquer tipo de crédito e não implicará em falência do devedor em caso de seu descumprimento. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/91280>. Acesso em: 23 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **AgInt no TP 3654/RS**. Agravo interno. Tutela provisória no Recurso Especial. Contracautela. Recuperação judicial. Ilegitimidade ativa das associações civis sem fins lucrativos. Fumaça do bom direito reconhecida. Periculum in mora caracterizado. Processamento da recuperação judicial autorizado [...]. Relator Min. Raul Araújo, 15 de março de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202103301750. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (6. Câmara de Direito Comercial). **Agravo de Instrumento 5029594-28.2023.8.24.0000**. Agravo de Instrumento. Decisão que deferiu o processamento de recuperação judicial de clube de futebol. Viabilidade, ainda que constituído na forma de associação civil [...]. Relator: Des. Vitoraldo Bridi, 01 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://eprocwebcon.tjsc.jus.br/consulta2g/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&num_processo=50295942820238240000&eventos=true&num_chave=&num_chave_documento=&hash=5912955d8b7dacebfa744f841f64a32b. Acesso em: 23 set. 2024.

GOMES, Job Eloisio Vieira. **Direito Desportivo: interesses econômicos no futebol moderno**. Rio de Janeiro: Gramma, 2018.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

SOARES, Bruno Pinto. A recuperação judicial/extrajudicial como meio para reorganização das dívidas para a SAF. In: SOUZA, Gustavo Lopes Pires de; RAMALHO, Carlos Santiago da Silva (org). **Sociedade Anônima do Futebol: Primeiras Linhas**. Belo Horizonte: Expert, 2022



SOARES, Bruno Pinto *et al.* A Sociedade Anônima do Futebol (SAF): disposições introdutórias e constituição. *In:* SOUZA, Gustavo Lopes Pires de; RAMALHO, Carlos Santiago da Silva (org). **Sociedade Anônima do Futebol: Primeiras Linhas**. Belo Horizonte: Expert, 2022

TEIXEIRA, Pedro Freitas; BRAGA FILHO, Vanderson Maçullo. Recuperação judicial, extrajudicial e falência de associações civis desportivas. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 32 - 90, maio-ago. 2020.

OS EFEITOS TEMPORAIS DA COISA JULGADA NAS RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS DE TRATO SUCESSIVO QUANDO O STF PROFERE DECISÃO EM CONTROLE CONCENTRADO – TEMA 881, STF

Júlia Poncinelli Garcia

Graduada pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Advogada

Resumo – O presente artigo objetiva analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) proferida em sede de Repercussão Geral no RE 949297/CE, representado pelo Tema 881, que trata dos efeitos temporais da coisa julgada em relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. O caso em concreto trata da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), onde o contribuinte possuía decisão judicial anterior favorável a não cobrança do tributo, que foi impactada por decisão posterior do STF declarando a constitucionalidade do tributo. O STF estabeleceu no referido julgamento que decisões em controle concentrado ou em repercussão geral podem interromper imediatamente os efeitos de decisões judiciais que julgaram a constitucionalidade de forma incidental, mesmo que já transitadas em julgado, desde que proferidas em relações tributárias continuadas e respeitados os princípios da irretroatividade, anterioridade anual e nonagesimal.

Palavras-chave – Direito Tributário. Direito Processual Civil. Coisa Julgada. Obrigação de trato sucessivo.

Sumário – Introdução. 1. A decisão do STF em sede de repercussão geral no Tema 881. 2. (Ir)retroatividade da decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade ou recurso extraordinário com repercussão geral nas relações de trato sucessivo. 3. Respeito aos princípios constitucionais tributários, garantia da segurança jurídica e respeito à coisa julgada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa, em seu primeiro capítulo, a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) em 2023 que, em regime de Repercussão Geral, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 949.297/CE (Tema 881), decidiu no sentido de que os efeitos temporais da coisa julgada nas demandas individuais que versem sobre relações jurídicas tributárias de trato sucessivo seriam imediatamente e automaticamente cessados quando o STF possuir decisão em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou recurso extraordinário com repercussão geral, por possuírem efeitos *erga omnes*.

O segundo capítulo analisa de forma aprofundada a discussão sobre a (ir)retroatividade das decisões do STF, sob a ótica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e as consequências práticas das decisões proferidas em sede de controle concentrado ou em repercussão geral sobre relações jurídicas de trato sucessivo. Examina ainda, como as decisões judiciais



individuais, com efeitos *inter partes*, podem ser impactadas por decisões do Supremo Tribunal Federal.

O terceiro capítulo analisa de forma pormenorizada os princípios constitucionais tributários, com enfoque na segurança jurídica e no respeito à coisa julgada. Traz ao debate os limites constitucionais ao poder-dever de tributar do Estado, demonstrando como o STF procurou equilibrar a efetividade de suas decisões com os direitos fundamentais em questão.

No âmbito do julgamento analisado, restou sedimentado que, tendo o STF decidido em ação direta ou em sede de repercussão geral, interrompe-se, automaticamente, os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações individuais, desde que sejam respeitados os princípios da irretroatividade, anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

Assim, o trabalho enfoca demonstrar que não houve decisão ofensiva à coisa julgada, como muitos doutrinadores defendem, mas sim efetivação, no caso concreto, das decisões proferidas pelo STF em ação de controle concentrado ou em sede de repercussão geral, que possuem efeito *erga omnes*.

Para a exploração do tema, foram utilizados os métodos hipotético-dedutivo e qualitativo, de forma que a pesquisadora pretendeu se valer de proposições hipotéticas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-lo argumentativamente. A qualitativa foi utilizada quando em consulta a livros e artigos com pertinência temática, além da análise de decisões jurisprudenciais específicas.

1. A DECISÃO DO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL NO TEMA 881 (RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 949.297/CE)

A discussão teve início em 1988, com a Lei nº 7.689¹ que instituiu a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), atraindo, desde o seu nascedouro, debates sobre sua constitucionalidade ou não. No início da década de 1990 diversos contribuintes obtiveram decisões favoráveis, as quais transitaram em julgado, afastando a constitucionalidade da referida contribuição e a existência de relação jurídico-tributária entre o contribuinte e a União.

¹ BRASIL. **Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1998**. Institui contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7689.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

No entanto, no Recurso Extraordinário 146.733/SP², julgado em 1992, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em controle difuso e incidentalmente, pela constitucionalidade parcial da contribuição. A constitucionalidade da Lei n. 7.689/1988 também foi objeto de apreciação em controle concentrado, por meio da ADI n° 15³, cujo julgamento ocorreu em 14 de junho de 2007.

Na referida ADI, o STF afirmou que a contribuição era constitucional e deveria ser paga, assim, a partir da decisão de 2007 todos deveriam passar a pagar o tributo. É exatamente em relação a esse caso da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido que o Tema de Repercussão Geral n° 881 está relacionado.

No ano de 2023, o Supremo Tribunal Federal decidiu, nos autos do Recurso Extraordinário n° 949.297/CE, Tema 881⁴, com relatoria do Ministro Edson Fachin, à luz dos arts. 3º, IV, 5º, caput, II e XXXVI, 37 e 150, VI, c, da Constituição Federal⁵, acerca do limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

A Tese firmada, que possui efeito *erga omnes* e vinculante foi a seguinte:

1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventa ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

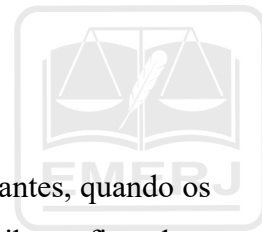
A discussão gira em torno da oponibilidade da coisa julgada formada em demanda

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE n° 146.733-9/SP**. Mandado de Segurança. Declaração de inconstitucionalidade da lei 7689/88 [...]. Relator: Min. Moreira Alves, 29.06.1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=210152&pgI=6&pgF=10>. Acesso em: 29 nov.2024.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI n° 15/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contribuição Social sobre o Lucro. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14.06.2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 29 nov.2024.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE 949297/CE**. Mandado de Segurança. Declaração de inconstitucionalidade da lei 7689/88 [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 08.02.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 29 nov.2024.

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov.2024.



individual em face de processo objetivo com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, quando os conteúdos dos atos decisórios são opostos em relação à constitucionalidade de tributo, fixando a existência ou não de relação jurídico-tributária de trato continuado entre contribuinte e Estado.

Além disso, muito se discute, na dimensão constitucional, acerca da coisa julgada e segurança jurídica como corolário do Estado Democrático de Direito. Sendo de suma importância ressaltar que não se está diante de “relativização da coisa julgada”, como muitos doutrinadores defenderam, logo quando houve a publicação do julgado.

Segundo Teori Zavascki⁶:

A relação jurídica sucessiva ou de trato continuado é uma relação jurídica, a qual denomino complexa, que conforma relações instantâneas e permanentes. Essa relação jurídica, nasce de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada.

O recurso extraordinário é o meio mais comum de uma determinada questão chegar à apreciação da Suprema Corte. Assim, conforme artigo 97, Constituição Federal: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”⁷.

Humberto Theodoro Júnior em “Curso do Direito Processual Civil”⁸ traz que:

A extensão da coisa julgada em Direito Tributário, destarte, tanto pode ficar restrita a um exercício, ou um lançamento, como pode estabelecer-se em caráter permanente para alcançar todo o desenrolar futuro da relação continuativa mantida entre o contribuinte e o Fisco. O que vai determinar uma ou outra extensão será a demanda retratada no pedido formulado no processo. Se a pretensão veio estribada numa razão de ordem permanente, a questão solucionada na sentença abrangerá, sem dúvida, a relação jurídica de trato continuado em sua dimensão duradoura. Caso contrário, se a controvérsia exposta pela parte cinge-se a um isolado ato de tributação, não haverá como estender a eficácia da sentença para atingir outros lançamentos, ainda que promovidos em termos iguais ao enfrentado, pelo julgamento pretérito.

Assim, não se pode afirmar que a insegurança jurídica foi criada pela decisão do Supremo quando do julgamento do Recurso Extraordinário, tendo em vista que, o contribuinte, mesmo tendo ciência da declaração de constitucionalidade da cobrança de CSLL em 2007⁹, optou por não efetuar

⁶ ZAVASCKI, T. A. **Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado**. In: STJ Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa de 15 anos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 112.

⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov.2024.

⁸ JÚNIOR, H. T. **Curso de direito processual civil**. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. I, p. 966.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI nº 15/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contribuição Social sobre o Lucro. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14.06.2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 29 nov.2024.

o recolhimento do tributo devido, pautando-se apenas por demanda individual que, mesmo acobertada pelo manto da coisa julgada, não pode ser considerada prevalente face à decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral. Ao agir assim, estar-se-ia fazendo uma aposta.

O termo dos votos dos Ministros indica que a tese fixada impacta não somente esse caso, mas outros também, na medida em que haverá a possibilidade aplicação retroativa das decisões do STF em sede de Repercussão Geral, quando se referir a tributo relacionado a relação jurídica de trato sucessivo ou continuado, por isso a importância de ser estudado o tema.

2. (IR)RETROATIVIDADE DA DECISÃO DO STF EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE OU RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL NAS RELAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO

Conforme explicitado anteriormente, a coisa julgada pode ser interpretada de diversas formas, a depender da natureza da obrigação. No caso dos tributos não continuativos, cobrados uma vez só, como, por exemplo, o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis, que incide sobre a venda de um determinado imóvel, se houver uma decisão transitada em julgado, como a relação é única, esse direito permanece, mesmo após decisão contrária do STF sobre o tema.

O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é dual ou paralelo, eis que coexistem todas as espécies e modalidades admitidas em Direito Comparado.

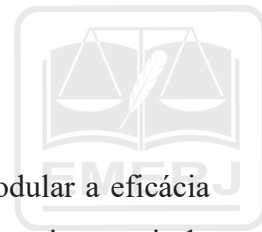
O controle concentrado de constitucionalidade, segundo Guilherme Peña de Moraes¹⁰:

Instrumentalizado pela via de ação direta, proporciona a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sustentada como objeto principal da atividade cognitiva, por dois órgãos judiciais, consistentes no Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Justiça, consoante a inconstitucionalidade possa ser declarada em face da Constituição da República, Constituição de Estado ou Lei Orgânica do Distrito Federal.

Em regra, a decisão de inconstitucionalidade de lei possui efeito *ex tunc* e *erga omnes*. Isso porque a lei, uma vez declarada inconstitucional, o é desde o seu nascimento. No entanto, a Lei n. 9.868/1999¹¹, em seu art. 27, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse público social, conferiu aos membros do STF o poder de modular os efeitos de sua decisão.

¹⁰ MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022. E-book.

¹¹ BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.



Assim, o STF, por maioria de dois terços de seus membros, poderá modular a eficácia temporal da decisão que declarou a lei inconstitucional, projetando-a para o futuro, seja a partir do trânsito em julgado ou outro momento que vier a ser fixado.

No que tange ao julgamento do Tema 881¹², o ministro Barroso esclareceu ainda que, no caso da CSLL, por ter uma inequívoca decisão anterior, de 2007¹³, do Supremo afirmando que o tributo era devido, a Corte entendeu que não deveria fazer a chamada modulação e determinou o recolhimento dos valores passados, respeitado o prazo de prescrição.

Dessa forma, restou sedimentado no referido julgado que, a eficácia temporal da coisa julgada em demanda individual, derivada de relação tributária de trato continuado, possui condição resolutiva que se implementa com a publicação de ata de ulterior julgamento realizado em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, quando a decisão posterior do Supremo Tribunal seja oposta.

No caso concreto, o contribuinte, em 1992, havia obtido decisão judicial com trânsito em julgado que o exonerava do pagamento da CSLL. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹⁴ considerou que a lei instituidora da contribuição (Lei nº 7.869/1988¹⁵) possuía vício de inconstitucionalidade formal, por se tratar de lei ordinária em matéria que exigiria lei complementar.

Em 2007, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 15¹⁶, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14.06.2007, declarou a constitucionalidade da referida Lei nº 7.869/1988, após reiteradas demandas individuais em que os juízes afastavam a referida cobrança.

A partir dessa decisão, houve modificação substantiva na situação jurídica subjacente à

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE 949297/CE**. Mandado de Segurança. Declaração de inconstitucionalidade da lei 7689/88 [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 08.02.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 29 nov.2024.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI nº 15/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contribuição Social sobre o Lucro. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14.06.2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 29 nov.2024.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (3ª Turma). **Processo nº 0008113-77.2001.4.05.8100**. Apelação em Mandado de Segurança. Direito de continuar a não recolher a contribuição social sobre o lucro líquido de acordo com a lei 7689/88 [...]. Relator: Des. Federal Vladimir Souza Carvalho, 03.09.2009. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/processo/200181000081139>. Acesso em: 29 nov.2024.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1998**. Institui contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7689.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI nº 15/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contribuição Social sobre o Lucro. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14.06.2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 29 nov.2024.

decisão transitada em julgado, em favor do contribuinte. Dessa maneira, restou estabelecido que, em se tratando de relação de trato sucessivo, sujeita-se, prospectivamente, à incidência da nova norma jurídica.

No caso concreto que chegou à Corte Constitucional, através de Recurso Extraordinário contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, verifica-se que a Fazenda Nacional pretendeu cobrar a CSLL relativa a fatos geradores posteriores à decisão deste Tribunal na ADI 15.

O contribuinte alegou, em sua defesa, a ocorrência do instituto da coisa julgada, de forma que, como possuía decisão com trânsito em julgado a seu favor, não poderia a Fazenda Nacional pretender cobrar o tributo de forma retroativa, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais tributários.

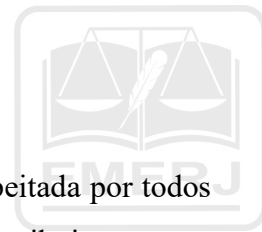
No entanto, não foi a tese prevalente na Corte Constitucional, que entendeu que os efeitos da coisa julgada em obrigações sucessivas não poderiam ser interpretados da mesma forma que em relação as obrigações unitárias, estabelecidas de uma só vez.

Ademais, estabeleceu-se a necessidade de observância das regras constitucionais que se referem ao limite ao poder de tributar. Assim, a decisão em controle concentrado ou em repercussão geral, que seja contrária à coisa julgada do contribuinte em relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, equivale à instituição de novo tributo, que, pela segurança jurídica, deve respeitar os princípios da irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, de acordo com a espécie tributária do caso concreto.

Ainda, há que se ressaltar que as decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle incidental de constitucionalidade não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, apenas possuindo esse efeito as decisões em controle concentrado.

Tal medida, para Antonio do Passo Cabral¹⁷ fortalece um sistema que gera segurança jurídica, por meio de aplicação obrigatória de precedentes, de forma a promover a unidade do Direito por meio da interpretação judiciária, objetivando resguardar a isonomia tributária e livre concorrência.

¹⁷ CABRAL, Antonio. **REFLEXOS DA DECISÃO SOBRE A COISA JULGADA DO STF**. Rio de Janeiro, 16.mar.2023. 1 vídeo (117 min). Publicado pela EMERJ. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=UP_QxbvU2q4. Acesso em: 29.nov.2024.



Imaginar que a decisão da ADI nº 15, de 2007,¹⁸ não precisasse ser respeitada por todos os contribuintes, de forma que algumas empresas poderiam optar por deixar de contribuir e apostar que o Fisco não os cobraria e outras teriam decidido se resguardar e quitar o tributo, poderia levar à afronta da livre concorrência.

Dessa forma, quem possuísse decisão individual afastando o pagamento do tributo teria uma vantagem competitiva desproporcional e desleal em relação aos demais concorrentes, tendo em vista que quem agiu de boa-fé e decidiu por contribuir, após a declaração de constitucionalidade pelo STF em 2007, em sede de controle concentrado, teria arcado com tributo que outra empresa, do mesmo ramo, optou por correr o risco de não recolhê-lo.

Em que pese exista entendimento em contrário, o referido julgado trouxe importantes conceitos no que tange ao fortalecimento dos precedentes, bem como no aprimoramento do controle de constitucionalidade brasileiro.

3. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS, GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA E RESPEITO À COISA JULGADA

Como se sabe, o sistema constitucional brasileiro adotou o “sistema misto de controle de constitucionalidade das leis”¹⁹, de modo a coexistirem os sistemas difuso, com efeitos *inter partes* e o concentrado, cujas decisões possuem efeitos *erga omnes*.

Assim, todos os juízes podem pronunciar, de forma incidental e provisória, juízos de constitucionalidade. Afirma-se ser provisória, pois, cabe à parte no processo propor, pela via do recurso extraordinário, ao STF, que decida pela definitividade do ditado da constitucionalidade ou não de lei ou ato normativo, na forma do artigo 102, III, b, Constituição Federal²⁰.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu o parágrafo 3º no art. 102 da Constituição Federal²¹, instituindo requisito adicional para aferir a admissibilidade de recurso extraordinário: a

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI nº 15/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contribuição Social sobre o Lucro. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14.jun.2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 29 nov.2024.

¹⁹ BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. E-book. p.87. ISBN 9788553611959. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611959/>. Acesso em: 29 nov. 2024.

²⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov.2024.

²¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov.2024.

repercussão geral da questão constitucional discutida.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 1.035, §§ 1 e 3²², traz um norte para o que pode ser considerado como matéria de Repercussão Geral:

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Dessa forma, quando o magistrado reconhecer a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, caberá Recurso Extraordinário ao STF, quantos às causas decididas em única ou última instância.

Sobre essa hipótese, foi exatamente o que ocorreu no ano de 2023, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu, nos autos do Recurso Extraordinário nº 949.297/CE, Tema 881²³, com relatoria do Ministro Edson Fachin, à luz dos arts. 3º, IV, 5º, caput, II e XXXVI, 37 e 150, VI, c, da Constituição Federal²⁴, acerca do limite da coisa julgada em âmbito tributário.

O recurso extraordinário obteve repercussão geral reconhecida, a fim de decidir se as decisões da Suprema Corte, em sede de controle concentrado, fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, nas relações de trato sucessivo, quando a decisão estiver baseada na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.

Assim, em que pese os contribuintes que possuíam decisões judiciais, proferidas em demandas individuais, no sentido da inconstitucionalidade da cobrança da CSLL, argumentem pela violação à garantia fundamental da coisa julgada, na forma do art. 5, XXXVI, Constituição

²² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov.2024.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE 949297/CE**. Mandado de Segurança. Declaração de inconstitucionalidade da lei 7689/88 [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 08.fev.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 29 nov.2024.

²⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov.2024.



Federal²⁵, tal visão não foi a adotada pelo Plenário do STF.

Como consequência desse entendimento, o Supremo deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela Fazenda Nacional.

Visto isso, após julgamento de mérito do RE 949.297²⁶, representado pelo Tema 881, restou estabelecida a tese:

1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

Luiz Guilherme Marinoni²⁷ esclarece que a decisão dotada de eficácia vinculante se aplica imediatamente sobre as relações em trânsito:

O princípio da proteção à confiança explica a eficácia da declaração de (in)constitucionalidade sobre as relações continuativas. Sem negar a coisa julgada e os efeitos que legitimamente dela decorreram, a decisão de (in)constitucionalidade faz cessar a eficácia da coisa julgada, permitindo que a relação jurídica se desenvolva de acordo com o direito. Vale dizer que a decisão dotada de eficácia vinculante incide imediatamente sobre as relações em trânsito, permitindo-lhes a regulação constitucional própria ao momento em que se desenvolvem. Embora atribuir efeito a um juízo que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional não signifique o mesmo que atribuir efeito a uma lei inconstitucional, não há racionalidade em admitir que uma decisão continue a produzir efeitos, regulando uma relação que se desenvolve no tempo, depois de a lei que a sustentou ter sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, o Tribunal Constitucional entendeu que, a alteração das circunstâncias fáticas e/ou jurídicas levam automaticamente, em relações jurídicas de trato continuado, à perda de eficácia da coisa julgada.

Em relação às garantias titularizadas pelo contribuinte em face do Estado, conhecidas como limitações ao poder de tributar, estas devem ser respeitadas pois possuem relação estreita com o Estado Democrático de Direito.

Portanto, restou estabelecido no julgamento que o princípio constitucional da

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov.2024.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE 949297/CE**. Mandado de Segurança. Declaração de inconstitucionalidade da lei 7689/88 [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 08.fev.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 29 nov.2024.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1.172

anterioridade tributária (CF, art. 150, III, b)²⁸ revela-se como verdadeira cláusula pétrea, por se constituir em garantia individual associada à segurança jurídica.

O legislador, atento à importância de tal princípio, e, em reforço à segurança jurídica, promulgou a Emenda Constitucional 42/2003, inserindo o item “c” no art. 150, III, Constituição Federal²⁹, que prevê a necessidade de respeito também à anterioridade nonagesimal quando houver aumento ou instituição de novo tributo.

Defende Humberto Ávila³⁰:

A anterioridade nonagesimal consubstancia regra de observância conjugada com a anterioridade anual, de modo que o tributo somente poderá ser cobrado a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que a lei que o instituiu ou aumentou foi editada, a exigência só poderá ser feita, de qualquer modo, noventa dias após a publicação da lei, tudo a fortalecer a segurança jurídica dos cidadãos.

Ainda, conforme artigo 20, LINDB³¹, o Judiciário, em sua atividade típica de julgar, deve se ater às consequências práticas de suas decisões:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

José Casalta Nabais³² defende que há um dever fundamental de pagar tributos, tendo em vista a importância destes para a consecução dos fins sociais do Estado, conferindo dignidade bastante ao bem jurídico tutelado pela norma: a higidez da Ordem Tributária para a consecução de seus fins.

Na conclusão do julgamento do RE 949.297/CE³³, a Ministra Rosa Weber, em seu voto, afirma que os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, quando traduzirem alteração no estado de direito, em referência à sentença

²⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov.2024.

²⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov.2024.

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 217

³¹ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

³² NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 15 e ss; NABAIS, José Casalta. Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 12 e ss.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE 949297/CE**. Mandado de Segurança. Declaração de inconstitucionalidade da lei 7689/88 [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 08.02.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 29 nov.2024.



proferida em relação jurídica de trato continuado, seria equiparável, no âmbito do direito tributário, à instituição de um novo tributo.

Tal fato justificaria a incidência, conforme a natureza da espécie tributária, dos princípios constitucionais da anterioridade anual e da anterioridade nonagesimal.

Assim, restou sedimentado na tese final que, em que pese as decisões do STF em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompam automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado, devem ser respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

Dessa forma, decisão com efeito vinculante e *erga omnes*, proferido pela Suprema Corte, quando contrastar com decisão judicial com trânsito em julgado, proferida em demanda individual, com efeito *inter partes*, romperia com a legítima expectativa desta, pois consubstanciaria alteração do estado de direito, a evidenciar o contribuinte deve se planejar com base na nova circunstância.

Dito isso, uma possível modulação de efeitos do julgado de 2023 traria insegurança jurídica aos envolvidos, visto que, o contribuinte que, tendo tido ciência da declaração de constitucionalidade anterior, na ADI nº 15³⁴, em sede de controle concentrado, da referida norma e, mesmo assim, opte por não recolher o tributo aos cofres públicos, com base em decisão judicial incidental, não pode alegar que foi surpreendido pela cobrança referida.

Deve-se ter em vista que os contribuintes que, após a decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à coisa julgada que lhes havia sido favorável, recolheram devidamente o tributo em questão, não poderiam ser prejudicados, sob pena de violação do princípio da isonomia e premiação aos que decidiram arriscar por não recolher o tributo.

Além de submeter o Fisco a que compactue com a concorrência desleal, visto que, quem optou por respeitar a decisão do STF, de 2007³⁵, em sede de controle concentrado, estaria em desvantagem competitiva em relação a quem não recolheu o tributo, principalmente pelo fato da CSLL incidir sobre as receitas financeiras.

Para não gerar dúvidas de que a decisão do Supremo não teria sido arbitrária ou infundada, o Ministro Luís Roberto Barroso, em sua observação final, pediu Vênia à Senhora Presidente para

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI nº 15/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contribuição Social sobre o Lucro. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14.jun.2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 29 nov.2024.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI nº 15/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contribuição Social sobre o Lucro. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14.jun.2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 29 nov.2024.

agradecer e registrar a importante contribuição dos advogados públicos, advogados privados e pareceristas, que ajudaram a iluminar uma questão complexa e chegar a um meio termo.

CONCLUSÃO

O julgamento do RE 949297/CE, em 2023, representado pelo Tema 881, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), marcou um importante momento para o entendimento da coisa julgada em relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. A decisão firmada em sede de Repercussão Geral estabelece um parâmetro a ser utilizado quando da análise das consequências práticas das decisões supervenientes da Corte Constitucional em relação às demandas individuais anteriores.

Em seu julgamento, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que as decisões proferidas em sede de controle concentrado ou em sede de Repercussão Geral possuem o poder de interromper automaticamente e imediatamente os efeitos temporais dessas decisões anteriores, que possuem efeitos apenas *inter partes*. No entanto, tal interrupção deve ser ponderada com o respeito aos princípios constitucionais da irretroatividade, anterioridade anual ou anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

O presente trabalho buscou demonstrar que essa decisão não representa uma relativização da coisa julgada, mas sim a efetivação e fortalecimento dos precedentes judiciais que possuam efeito vinculante e *erga omnes*.

A Suprema Corte, ao decidir que as declarações supervenientes de constitucionalidade de tributos fazem cessar a eficácia de decisões judiciais anteriores que declaravam, incidentalmente, a sua inconstitucionalidade, reafirma a importância do controle concentrado e da Repercussão Geral como forma de promoção da segurança jurídica e manutenção da isonomia tributária.

Além disso, garante uma valorização dos contribuintes que optaram por cumprir a legislação em vigor, após decisão em controle concentrado de constitucionalidade, de forma que não sejam prejudicados por uma eventual modulação dos efeitos da decisão.

Portanto, pode-se afirmar que, no julgado analisado, o Supremo buscou equilibrar a segurança jurídica com a efetividade das normas constitucionais, garantindo que a dinâmica da tributação se ajuste à coerência normativa, enquanto respeita os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE nº 146.733-9/SP**. Mandado de Segurança. Declaração de inconstitucionalidade da lei 7689/88 [...]. Relator: Min. Moreira Alves, 29.06.1992. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=210152&pgI=6&pgF=10>. Acesso em: 29 nov.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **RE 949297/CE**. Mandado de Segurança. Declaração de inconstitucionalidade da lei 7689/88 [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 08.02.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 29 nov.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **ADI nº 15/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Contribuição Social sobre o Lucro. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 14.06.2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484298>. Acesso em: 29 nov.2024.

BRASIL. **Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1998**. Institui contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7689.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov.2024.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região (3ª Turma). **Processo nº 0008113-77.2001.4.05.8100**. Apelação em Mandado de Segurança. Direito de continuar a não recolher a contribuição social sobre o lucro líquido de acordo com a lei 7689/88 [...]. Relator: Des. Federal Vladimir Souza Carvalho, 03.set.2009. Disponível em: <https://www4.trf5.jus.br/processo/200181000081139>. Acesso em: 29 nov.2024.

BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019. E-book.



ZAVASCKI, T. A. **Coisa julgada em matéria constitucional**: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. In: STJ Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa de 15 anos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 112.

JÚNIOR, H. T. **Curso de direito processual civil**. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. I, p. 966.

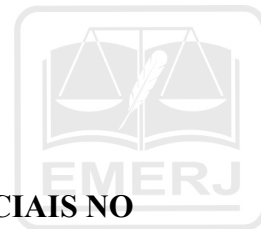
MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022. E-book.

CABRAL, Antonio. **REFLEXOS DA DECISÃO SOBRE A COISA JULGADA DO STF**. Rio de Janeiro, 16.mar.2023. 1 vídeo (117 min). Publicado pela EMERJ. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=UP_QxbvU2q4. Acesso em: 29.nov.2024.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1.172

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 217

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 15 e ss; NABAIS, José Casalta. Por um estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 12 e ss.



POPULISMO PENAL MIDIÁTICO: A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS SOCIAIS NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO SOCIAL DO CONDENADO

Karina Faria de Souza

Graduada pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO). Advogada.

Resumo – considerando que os benefícios da Progressão de Regime e Saídas Temporárias previstos na Lei nº 7.210/84 são um auxílio para a ressocialização social, este trabalho, discorre sobre as controvérsias e discussões sobre o assunto, relacionando com o Populismo Penal Midiático e a influência das mídias sociais no processo de ressocialização do apenado. A ideia é demonstrar uma análise crítica de que os argumentos de Liberdade de Expressão x Liberdade Informação não devem ser utilizados como justificativa para exageros gerados por notícias. Além disso, defende-se que a definição proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1010606 quanto ao Direito ao Esquecimento, é insuficiente para proteger à honra do apenado que está no processo de ressocialização social.

Palavras-chave – Execução Penal. Ressocialização. Populismo Penal. Mídias Sociais.

Sumário – Introdução. 1. A Aplicação da Ressocialização Social do condenado: Uma discussão pautada nos Benefícios de Progressão de Regime e Saídas Temporárias consagrados pela Lei nº 7.210/84. 2. Liberdade de Expressão x Liberdade de Informação: Até que ponto as mídias sociais podem alegar os direitos constitucionais para a divulgação de informações referentes à processos penais? 3. Populismo Penal Midiático: A influência das mídias sociais no processo de Ressocialização Social do Condenado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica se debruça sobre o populismo penal que é uma forma de política criminal, buscando relacioná-lo com as mídias sociais, considerando que por muitas das vezes, informações divulgadas de forma equivocada podem ocasionar inúmeras consequências na vida de qualquer indivíduo, principalmente aqueles com processo criminal.

O enfoque principal desse populismo penal midiático, será com base no processo de ressocialização social do condenado, possuindo como uma diretriz a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), uma vez que esta, sempre foi muito indagada e questionada pela sociedade, em razão dos benefícios concedidos pela legislação, como por exemplo, permitir a todo e qualquer condenado, a mudança de regime após o cumprimento de determinada quantidade de pena, além da possibilidade das denominadas “saidinhas temporárias”, que são concedidas em datas especiais como dia das mães, dia dos pais, etc.

Por essa razão, o primeiro capítulo trata da aplicação da ressocialização social do

condenado, discutindo a respeito dos benefícios de Progressão de Regime e Saídas Temporárias consagradas pela Lei nº 7.210/84, que são vistos como forma de retorno do apenado ao convívio social.

É notório que vige no ordenamento processual brasileiro o princípio da publicidade, no qual detém como finalidade principal a transparência dos atos processuais. Entretanto, apesar da necessidade de transparência, a mídia parece acreditar ser a única fonte possível de informação para tornar público esses atos, e evidentemente, acaba influenciando e extrapolando certos limites.

O segundo capítulo é debruçado com o fim de expor a importância de realizar uma distinção entre Liberdade de Expressão x Liberdade de Informação, e os possíveis limites impostos pela doutrina e jurisprudência a respeito de divulgação de processos penais.

E por fim, o último capítulo tem como base análises de casos emblemáticos, como de Suzane Von Richthofen, Ana Carolina Jatobá, Elize Matsunaga entre outras, para averiguar se as mídias sociais influenciam a população de forma negativa ou positiva, de acordo com suas informações referentes a legislação de Execução Penal e casos concretos.

Além disso, é cabível ressaltar haver uma análise qualitativa com indagações amplas, baseadas em fundamentos de doutrinas pertinentes ao assunto de Direito Processual Penal e Execução Penal que englobem questões referentes aos direitos do condenado, questionando e argumentando a respeito da possibilidade de progressão de regime e saídas temporárias, que perante análise da opinião popular, são questões problemáticas.

O método escolhido para exemplificar a base do estudo do artigo é o hipotético dedutivo, onde expressa um conjunto de hipóteses mediante análise doutrinária e de casos concretos, com o fim de chegar a uma conclusão positiva ou negativa ao final.

Além de conteúdos doutrinários, neste método, há jurisprudências do STF e STJ para obter uma concepção por meio de casos concretos solucionados, principalmente em relação ao convívio social do ser humano, trazendo matérias sobre o respectivo assunto.

1. A APLICAÇÃO DA RESSOCIALIZAÇÃO SOCIAL DO CONDENADO: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NOS BENEFÍCIOS DE PROGRESSÃO DE REGIME E SAÍDAS TEMPORÁRIAS CONSAGRADOS PELA LEI Nº 7.210/84

Após o percurso de todo o processo penal até a obtenção da sentença condenatória, se utiliza o Código Penal e o Código de Processo Penal como fontes fundamentais de garantias



processuais, principalmente quando se refere ao contraditório e ampla defesa que são princípios de grande relevância para o âmbito penal.

É importante mencionar a definição pelo Processualista Renato Marcão acerca do principal objetivo da Execução Penal:

Adotado o sistema vicariante pelo legislador penal, e considerando que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal, constitui pressuposto da execução a existência de sentença criminal que tenha aplicado pena, privativa de liberdade ou não, ou medida de segurança, consistente em tratamento ambulatorial ou internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.¹

Logo após o trânsito em julgado, inicia-se para o juízo da Execução Penal a continuação da análise do processo e surge nesse momento, a responsabilidade para garantir o devido processo legal e assegurar todas as garantias e benefícios para o condenado previstos na Lei nº 7.210/84, a denominada LEP².

O cumprimento da sentença penal condenatória poderá se iniciar em três regimes: Fechado; Semi-Aberto e Aberto. O Regime Fechado é o mais gravoso, visto que conforme art.33, §1º, alínea ‘a’ combinado com o art.33, §2º, alínea ‘a’ ambos do Código Penal³, seu cumprimento será em estabelecimento de segurança máxima ou média para penas que superem 8 anos de reclusão.

Para realizar a dosimetria da pena, se analisa os critérios previstos no art.59 do Código Penal, além de circunstâncias agravantes ou atenuantes previstas nos arts.61 e 65 ambos do Código Penal, e possíveis majorantes ou minorantes previstas no tipo penal analisado no processo, que ao final definem a quantidade de pena a ser cumprida e o regime a ser cumprido, que normalmente é o Fechado diante das circunstâncias desfavoráveis quando presentes.⁴

O Regime Fechado é o ponto inicial para análise do Benefício da Progressão de Regime, garantia essencial para a ressocialização social do condenado.

Antes da entrada em vigor da Lei nº 10.792/03⁵ a Comissão Técnica de Classificação (CTC) era responsável pela análise dos pedidos dos condenados para Progressão de Regime, proferindo a decisão final concedendo ou não a progressão, conforme redação antiga do Art.6º

¹ MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p.2.

² *Ibid.*

³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

⁴ BRASIL, ref. 4.

⁵ BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.792.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

da Lei 7.210/84.⁶

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador e acompanhará a execução das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, devendo propor, à autoridade competente, as progressões e regressões dos regimes, bem como as conversões.

A Lei nº 10.792/03, veio com o objetivo de diminuir a competência decisiva da Comissão nas decisões de progressão, o que felizmente foi feito, conforme alteração do art.6º da Lei nº 7.210 atual: Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.⁷

Em 2019 entrou em vigor o Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) que trouxe consideráveis mudanças para o Código Penal, Código de Processo Penal e interferiu na Execução Penal, considerando que a Execução é um desdobramento de ambos. A mudança se referente a competência decisiva da Comissão, no qual inclusive foi mantida pela Lei nº 13.964/19.

A Progressão de Regime está prevista na Lei nº 7.210/84 no art.112 que define porcentagens específicas para serem cumpridas, com o objetivo de que o condenado tenha direito de progredir para Regime menos gravoso. É importante consignar que não basta apenas o cumprimento das porcentagens específicas, mas também a observância de requisitos subjetivos, como de obter um bom comportamento carcerário durante todo o período analisado.⁸

Cabe salientar que a concessão ou a negativa da Progressão será sempre motivada e terá a manifestação tanto do Ministério Público como do Defensor responsável pelo apenado, considerando que o sistema que vigora é o acusatório, e deve haver margem de contraditório e Ampla Defesa para todas as partes, visto que apesar de não existir hierarquia entre os direitos fundamentais, é de máxima importância dar um certo valor às questões relacionadas a restrição de liberdade.⁹

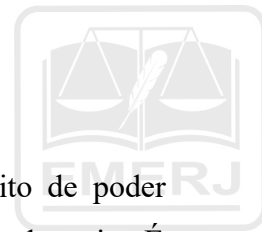
Considerando o preenchimento de qualquer das porcentagens estabelecidas no art.112 da Lei nº 7.210/94, como por exemplo, cumprir 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça, somado ao fato de bom comportamento, dá direito ao condenado em Regime Fechado ir para o Semi-Aberto.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p.267.

⁷ BRASIL, ref. 5.

⁸ NUCCI, ref. 6., p.267.

⁹ MARCÃO, ref. 1, p.105.



Progredir do Regime Fechado para o Semi-Aberto representa o direito de poder trabalhar ou estudar durante o dia, e apenas retornar para o estabelecimento prisional a noite. É cabível registrar que o cumprimento em Regime Semi-Aberto ocorre em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, conforme redação do art.33, §1º alínea “b” do Código Penal¹⁰.

Além disso, o art.126 da LEP¹¹ prevê a possibilidade de remição de pena por dia trabalhado ou de estudo, como uma forma também de incentivo para que o condenado consiga obter a progressão de Regime. A ideia é ajudar o condenado a voltar ao convívio social aos poucos, visto que é notório que o estigma que ele carregará por ter obtido uma sentença condenatória de um delito, perante a análise da sociedade, seria algo que devesse ter uma repreensão social.

De forma reiterada, inúmeras opiniões são lançadas no sentido de que o indivíduo condenado sempre deve permanecer acautelado, considerando algumas justificativas sociais, como o fato de ser absurdo o apenado ter a chance de uma progressão de regime para voltar ao convívio social, citam que a ressocialização é completamente equivocada, visto que aquele sujeito deveria ter a prisão perpétua determinada ou até mesmo ter a pena de morte decretada.

Entretanto, é importante salientar que a pena de morte é proibida no Brasil, diante da Convenção InterAmericana de Direitos Humanos, mas há exceções conforme explicita André de Carvalho Ramos¹²:

A pena de morte é expressamente vedada pela Constituição de 1988, salvo em caso de guerra declarada (“art. 5º, XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada”). É necessário que o Código Penal Militar (CPM) prescreva tal pena, existente hoje em vários crimes a partir do art. 356 (entre outros, os crimes de deserção, traição à pátria, dano especial, inobservância do dever militar, motim, espionagem, entre outros). A pena de morte no Brasil é executada por fuzilamento (art. 56 do CPM). Caso a pena seja imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares (art. 57). Mesmo emenda constitucional não poderia tornar possível a pena de morte em outros casos fora do contexto de guerra declarada, pois o direito à vida é cláusula pétrea.

Além disso, outro ponto muito criticado se refere as saídas temporárias que estão previstas no art.122 da Lei de Execução Penal¹³, ao qual conferem o direito do apenado que cumpre pena em regime Semi-Aberto obter autorização para saída temporária do

¹⁰ BRASIL, ref. 3.

¹¹ BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

¹² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024, p.363.

¹³ BRASIL, ref. 11.

estabelecimento, sem vigilância direta, nos casos de visita à família, frequência a curso supletivo profissionalizante, e participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

A saída temporária possui como prazo máximo o período de 07 (sete) dias, por até 05 (cinco) vezes ano, totalizando, no máximo, 35 (trinta e cinco) dias anuais, conforme entendimento consolidado pelo STJ no REsp 1.544.036-RJ¹⁴:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MAIS DE CINCO SAÍDAS TEMPORÁRIAS POR ANO. RECURSO REPETITIVO. TEMA 445. Respeitado o limite anual de 35 dias, estabelecido pelo art. 124 da LEP, é cabível a concessão de maior número de autorizações de curta duração. Prevaleceu o entendimento consagrado pela Terceira Seção do STJ nos REsp 1.166.251-RJ (DJe 4/9/2012) e 1.176.264-RJ (DJe 3/9/2012), julgados sob o rito dos recursos repetitivos, de que é possível à autoridade judicial, atenta às peculiaridades da execução penal, conceder maior número de saídas temporárias (mais de 5 vezes durante o ano), de menor duração (inferior a 7 dias), desde que respeitado o limite de 35 dias no ano, porquanto o fracionamento do benefício é coerente com o processo reeducativo e com a reinserção gradativa do apenado ao convívio social.

Entretanto, a Lei nº 14.843/24 acabou por restringir e limitar a saída temporária, procedendo a revogação dos incisos I e III do artigo 122 da LEP, ou seja, não é mais permitida saída temporária para visita à família e para a participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Grande parte da população critica os benefícios da Lei de Execução Penal, principalmente no caso de saídas temporária, e após essas alterações, deduz-se que essa parte da sociedade concorda com a medida sancionada pelo Presidente, porém, é notório que se trata de um grande retrocesso e interferência de forma negativa na ressocialização social do apenado.

Outro ponto importante da mudança foi restringir mais ainda as espécies de delitos que não permitirão o benefício da saída temporária, considerando que o §2º do art. 122 artigo vedava a saída temporária aos condenados pela prática de crimes hediondos com resultado de morte, atualmente este artigo foi atualizado pela Lei nº 14.843/24 e passou a vedar a saída temporária para os condenados por crime hediondo ou com violência ou grave ameaça à pessoa.¹⁵

Desse modo, é evidente que os direitos previstos na Lei de Execução Penal (nº

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **REsp 1.544.036-RJ**. Direito Processual Penal. Possibilidade de concessão de mais de cinco Saídas Temporárias por ano. Recurso Repetitivo. Tema 445. [...]. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 14 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/3936/4161>. Acesso em 3 ago. 2024.

¹⁵ SIMÃO, Diego de Azevedo. **Saída temporária na Lei 14.843 e veto presidencial**; ou quando o veto não veta. Conjur, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-18/saida-temporaria-na-lei-14-843-2024-e-veto-presidencial-ou-quando-o-veto-nao-veta/>. Acesso em: 3 ago. 2024.



7.210/84) vieram para garantir a progressão de Regime e auxiliar o condenado ao convívio social, visto que a ressocialização é um direito constitucionalmente garantido, mas, certas opiniões acabam prejudicando o andamento deste processo, que por muitas das vezes são ocasionados pelas mídias sociais, sendo assim, é imperioso discorrer à respeito dessa influência midiática nessas situações e debater sobre possíveis violações de limites ao acesso à informação x liberdade de expressão.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO X LIBERDADE DE INFORMAÇÃO: ATÉ QUE PONTO AS MÍDIAS SOCIAIS PODEM ALEGAR OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS PARA A DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES REFERENTES À PROCESSOS PENAIIS?

Primordialmente, é importante definir os conceitos de Liberdade de Expressão e de Liberdade de Informação, estabelecendo as diferenciações de suas conceituações para o regramento jurídico.

A Liberdade de Expressão está consagrada no art.5º, inciso IX da CRFB/88¹⁶ e veio como uma forma de defesa contra a censura e todo autoritarismo estatal, considerando que por inúmeros anos, diante de uma sociedade completamente extremista, muitas pessoas não podiam expressar sua forma de pensamento, sob pena de sofrerem represálias.¹⁷

Marcelo Novelino define a Liberdade de Expressão da seguinte forma:

A Liberdade de manifestação do pensamento, consiste, segundo a lição de Celso Bastos (2000), no “direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento. É o direito de não ser impedido de exprimir-se. Ao titular da liberdade de expressão é conferido o poder de agir, pelo qual contará com a abstenção ou com a não interferência de quem quer que seja no exercício do seu direito.”¹⁸

De forma contrária, a Liberdade de Informação está prevista no art.5º, inciso XIV da CRFB/88 no qual assegura a todos o acesso à informação, sendo resguardado o sigilo de fonte quando necessário ao exercício profissional. Novelino preceitua a liberdade de informação no seguinte formato:

A liberdade de informação abrange os direitos de informar, de se informar e de ser

¹⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 ago.2024.

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional** 19. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2024. p.408.

¹⁸ *Ibid.*

informado. O direito de informar, enquanto prerrogativa constitucionalmente assegurada de transmitir uma informação, não deve ser confundido com a liberdade de manifestação de pensamento (CF, art.5º, IV), consistente no direito de emitir uma opinião sobre determinado tema. Por sua importância na construção de uma sociedade democrática, o direito de transmitir informação recebe uma proteção constitucional específica para os casos em que é exercido profissionalmente por intermédio dos meios de comunicação social (CF, arts.220 a 224)¹⁹

Conforme explicitado no conceito do Autor, a liberdade de expressão não se confunde com a liberdade de informação, entretanto, apesar da Carta Magna trazer uma proteção para o caso de exercício profissional, ou seja, jornalistas, programas informativos que normalmente são vistos como fonte de informação, acabam extrapolando esse direito constitucionalmente garantido.

No ordenamento jurídico penal, vigora o princípio da publicidade processual que traz a ideia de que todos tenham acesso ao processo com o fim de dar uma maior transparência para fiscalizar os atos processuais e evitar danos maiores as partes envolvidas, principalmente com relação ao réu.²⁰

Grande parte dos indivíduos que trabalham com mídias sociais, se aproveitam da publicidade ofertada em processos penais para divulgar informações sobre investigados ou até mesmo condenados, com o fim de garantir uma possível informação sobre o que ocorre na sociedade.

Diante da enorme divulgação, muitos ex-detentos que em sua maioria, estavam na fase de ressocialização, acabavam sentindo dificuldade para conseguir seguir em frente com a mudança de vida, principalmente para conseguir emprego, estudar, etc. Por essa razão, muitos alegavam o Direito ao Esquecimento, que é um direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos.²¹

Mas, o STF no julgamento do RE 1010606²² decidiu que o Direito ao Esquecimento é incompatível com a Constituição, conforme a tese do julgado:

¹⁹ NOVELINO, ref.15., p.408.

²⁰ SCHREIBER, Simone. Notas sobre o Princípio da Publicidade Processual no Processo Penal. **Revista SJRJ, Rio de Janeiro**, v.20, n.36, p.133-148, abr.2013. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/381-1719-3-pb.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2024.

²¹ KLUSKA, Flávia Ortega. **O que consiste o direito ao esquecimento?** 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/o-que-consiste-o-direito-ao-esquecimento/319988819>. Acesso em: 4 ago. 2024.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1010606-RJ**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Caso Aída Curi. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem constitucional. Recurso extraordinário não provido. [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201010606%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 4 ago.2024.



É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.

Dessa forma, o que resta demonstrado na tese firmada pelo Egrégio Tribunal Superior Federal, é de que os limites estabelecidos sobre a divulgação de informações referentes à processos penais, estão relacionados aos casos de intervenção em outros direitos como a imagem, à honra, etc, quando há divulgação das informações.

Entretanto, é curioso que normalmente esses excessos já são cometidos quando informam sobre a localização do condenado, as pessoas que foram visitá-los no presídio, entre outras questões que normalmente são divulgadas pela mídia.

O ponto principal é que por mais que esteja resguardado o sigilo de fonte, muita das vezes há divulgações de informações inverídicas, até mesmo as denominadas *fake news*, que atualmente é o maior problema que abarca a sociedade, por distorcer completamente a realidade e induzir o leitor ao erro.²³

Além disso, a ausência de limitações específicas pelos Tribunais acabam por trazer uma notória insegurança jurídica, considerando que apesar do Supremo Tribunal Federal ressaltar que no caso de violação ao direito de imagem ou à honra ensejará possível indenização ao condenado, quais seriam esses limites violados? Qual tipo de imagem divulgada ensejaria essa possível indenização?

São inúmeros questionamentos que por muita das vezes não são sanados, dependem da interpretação do julgador da situação em concreto, ora, se o juiz for conservador, dificilmente entenderá que houve uma violação à imagem daquele condenado, considerando que “ninguém o obrigou a cometer o crime, então que arque com as consequências”, e como fica a vida desse indivíduo e de sua família?

Na sociedade atual, há vários casos emblemáticos que merecem ser citados e comparados para explicitar o populismo penal midiático e toda essa influência causada pelas mídias sociais no retorno ao convívio social pelo condenado, que serão abordados e debatidos, inclusive com essa ideia de Liberdade de Informação x Liberdade de Expressão para tentar entender na prática, se a tese defendida pelo Egrégio Superior Tribunal Federal quanto ao

²³ THEODORO, Juliana. **Fake News**. Disponível em: <https://www.significados.com.br/fake-news/>. Acesso em: 6 ago. 2024.

Direito ao Esquecimento é suficiente em sua aplicação.

3. POPULISMO PENAL MIDIÁTICO: A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS SOCIAIS NO PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO SOCIAL DO CONDENADO

O Populismo Penal engloba uma ideia baseada em um senso comum, ou seja, busca opiniões, emoções trazidas pela sociedade referente às demandas criminais, com o fim de que ao final, haja mais rigor na aplicação das Leis, para que o medo da criminalidade seja completamente diminuído, em razão do intenso ‘‘clamor popular’’.²⁴

Logo, resta incontroverso que o Populismo demonstra ser uma espécie de política criminal opressora com relação aos delitos penais, no qual por meio de uma suposta insegurança pública, há uma espécie de alienação social que induz os membros da sociedade a realizarem protestos, manifestações para que hajam mudanças na legislação.

Notadamente, considerando a vivência em um mundo totalmente tecnológico, a mídia tem grande influência nessa ideia de Populismo Penal, cujo o qual por muita das vezes é aderida a nomenclatura Populismo Penal Midiático, diante do grande alarde causado por notícias, vídeos espalhados pela mídia.

Um grande exemplo a ser citado de todo essa presunção e tamanha irresponsabilidade gerada pela mídia, é o caso de Suzane Von Richthofen, ao qual no ano de 2002 planejou o assassinato de seus pais para ficar com parte de sua herança, e poder finalmente ficar com seu namorado Daniel Cravinhos, ao qual foi um dos executores do crime junto com seu irmão Christian Cravinhos, vez que os pais de Suzane não apoiavam seu relacionamento.²⁵

Após esse crime que chocou o país, qualquer acontecimento relacionado a vida de Suzane vira notícia, como por exemplo, o fato de sair em datas comemorativas²⁶, o fato de ter engravidado de um médico²⁷, entre outras razões como o fato de ter progredido de Regime, que

²⁴ CAETANO, Filipe Ribeiro. **Espetacularização do Processo Penal e as Consequências do Populismo Penal Midiático**. 2016. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016, p.30.

²⁵ TORTELLA, Thiago. Saiba quem é Suzane von Richthofen, condenada pelo assassinato dos pais. **CNN**, jan. 2023. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/saiba-quem-e-suzane-von-richthofen-condenada-pelo-assassinato-dos-pais/>. Acesso em 11 set. 2024.

²⁶ SUZANE von Richthofen deixa prisão para ‘‘saidinha’’ temporária de Dia das Mães. **G1**, Vale do Paraíba e Região, 8 maio.2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2019/05/08/suzane-von-richthofen-deixa-prisao-para-saidinha-temporaria-de-dia-das-maes.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2024.

²⁷ BIÓGRAFO diz que Suzane von Richthofen está grávida de médico e já escolheu nome da filha: Isabela. **O Globo**, Rio de Janeiro, 01 set.2023. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2023/09/01/biografo-diz-que-suzane-von-richthofen-esta-gravida-de-medico-e-ja-escolheu-nome-da-filha.ghtml>. Acesso em: 10 set. 2024.



como já mencionado no Capítulo 1, tanto a saída em datas comemorativas, como a Progressão de Regime são direitos consagrados pela Lei nº 7.210/84.

Agora, com relação as demais questões citadas, qual a relevância para sociedade em saber que Suzane está em um relacionamento e teve uma filha? Pelo teor das notícias, há uma presunção de que após o cometimento da grave infração, ela sequer poderia construir uma família ou decidir mudar de vida.

No dia 10 de setembro de 2024 houve uma vasta quantidade de notícias em inúmeros sites de que Suzane havia realizado prova de concurso para Servidor Público no TJ/SP o que ocasionou em inúmeras críticas e opiniões nas redes sociais, visto que ela deveria ser impedida de prestar concursos, em razão de possível vedação prevista em Lei, uma vez que supostamente seria ausente o requisito de “boa conduta social”, mas de acordo com o Precedente do STF no RE 1.282.553²⁸, haveria uma brecha para que no caso de aprovação, Suzane possa assumir o cargo, conforme Tema 1190 de Repercussão Geral:²⁹

TEMA 1190: É inconstitucional, por violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (CF, artigo 1º, III e IV), a vedação a que candidato aprovado em concurso público venha a tomar posse no cargo, por não preencher os requisitos de gozo dos direitos políticos e quitação eleitoral, em razão de condenação criminal transitada em julgado (CF, artigo 15, III), quando este for o único fundamento para sua eliminação no certame, uma vez que é obrigatoriedade do Estado e da sociedade fornecer meios para que o egresso se reintegre à sociedade. O início do efetivo exercício do cargo ficará condicionado ao término da pena ou à decisão judicial.

Além do discurso referente ao fato dela estar cursando uma Faculdade de Direito, ao qual vez ou outra há exposição de suas fotos em sala de aula. Conforme já citado no Capítulo 1, o estudo é uma possibilidade para que o apenado possa remir a pena, e é evidente que serve de incentivo para que volte ao convívio em sociedade e acate a possibilidade de mudar de vida, não havendo qualquer necessidade de exposição dessas informações.

É importante salientar que essas indagações trazidas pela mídia com relação a

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1282553**. Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Valor Social do Trabalho (artigo 1º, iii e iv). A Suspensão dos Direitos Políticos por Condenação Criminal Transitada em Julgado (artigo 15, iii, da cf/1988) não afasta a possibilidade de posse do apenado aprovado em Concurso Público. Ressocialização do condenado como uma das finalidades da pena. Possibilidade de Investidura no cargo, cujo exercício efetivo dependerá da extinção de punibilidade ou de decisão judicial. Recurso Extraordinário Não Provido. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 4 de outubro de 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201010606%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 11 set. 2024.

²⁹ SE aprovada em concurso do TJ/SP, Suzane Richthofen pode ser servidora? **Migalhas**, São Paulo, 11 set.2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/415058/se-aprovada-em-concurso-suzane-richthofen-pode-ser-servidora>. Acesso em: 11 set. 2024.

liberdade de pessoas condenadas com trânsito em julgado, não ocorrem apenas com Suzane, há outro caso emblemático digno de citação que é o de Elize Matsunaga, ou Caso Yoki, que ocorreu no ano de 2012, onde Elize matou e esquartejou seu marido à época, colocou as partes em sacos e descartou em uma Região do Estado de São Paulo.³⁰

Assim como Suzane, qualquer passo dado por Elize vira notícia, mas, no ano de 2023 uma notícia que bombardeou as redes sociais foi a informação de que ela estaria trabalhando como motorista de aplicativo, e após a exposição, plataformas como Uber e a 99 emitiram notas negando que a apenas integrasse as respectivas plataformas.³¹

A emissão de nota negativa pelas plataformas, demonstra uma certa indignação quanto a exposição da notícia, considerando que imediatamente negaram a informação, presumindo que não deixariam algo tão absurdo acontecer em seus cadastros.

Diante dessa situação, é viável o questionamento sobre qual seria o empecilho alarmante para que Elize não buscasse emprego. Aliás, a apenas está em liberdade condicional cumprindo pena, e não há qualquer problema em estar trabalhando para gerar uma fonte de renda, considerando que ela está em processo de ressocialização criminal, onde o Estado e a Sociedade detém o dever de auxiliar o apenado.

Fugindo um pouco do Direito Brasileiro e realizando uma breve comparação com uma decisão internacional, há um caso interessante e emblemático dos Estados Unidos, que é dos irmãos Menendez, onde os irmãos Joseph Lyle Menendez e Erik Gale Menendez, planejaram e mataram seus genitores.³²

Este caso ocorrido internacionalmente, diferente do que normalmente ocorre no Brasil, divide opiniões favoráveis e desfavoráveis, sendo certo que a pressão midiática assim como no Brasil, influencia nas decisões populares, inclusive mencionam que a condenação dos irmãos ocorreu em razão da enorme pressão causada pelas mídias sociais e televisivas aquela época, o que demonstra que o Populismo Penal é enraizado e parece se agravar com o decorrer do tempo.

Há notícias de que os irmãos serão submetidos a novo julgamento, o que demonstra talvez as pessoas que ficaram do lado dos apenados, tenham decidido ignorar um pouco o alarde midiático e procurar analisar o caso perante uma visão processual e entender sobre os direitos

³⁰ GARCIA, Camila. Elize Matsunaga: relembre caso de esquartejamento que chocou o Brasil há 10 anos. **O Povo**, São Paulo, 31 maio. 2022. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2022/05/31/elize-matsunaga-relembre-caso-de-esquartejamento-que-chocou-o-brasil-ha-10-anos.html>. Acesso em 11 set. 2024.

³¹ UBER e 99 negam que Elize Matsunaga integre suas plataformas. **UOL**, São Paulo, 23 fev. 2023. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/02/23/elize-matsunaga-motorista-aplicativos.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 11 set. 2024.

³² SOTTILE, Zoe e CASAREZ, Jean. Irmãos Menendez devem comparecer ao tribunal pela primeira vez em 28 anos. **CNN**, São Paulo, 25 nov. 2024. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/irmaos-menendez-devem-comparecer-ao-tribunal-pela-primeira-vez-em-28-anos/>. Acesso em: 27 nov. 2024.



e benefícios, realizando um “clamor social” de forma correta.³³

Com base nesses exemplos, resta notório que a mídia brasileira procura uma forma de incentivar críticas ao Processo Penal, principalmente com relação aos benefícios trazidos durante o regime de cumprimento de pena, bombardeando de informações irrelevantes, para que a sociedade possa “cobrar” as autoridades com o argumento de insegurança jurídica.

E quando indagada, alega que apenas está em exercício de seu Direito a Informação, o que evidentemente é um argumento inverídico, conforme demonstração de algumas notícias citadas nos parágrafos anteriores.

Assim, a decisão proferida pelo STF sobre o Direito ao Esquecimento no RE 1010606³⁴ que alega ser incompatível com a Constituição, apesar de prever a possibilidade de indenização no caso de extrapolações da mídia, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, não é suficiente e tampouco aplicado.

A afirmação acima é deduzida pelas inúmeras matérias, fotos, todas espalhadas nas redes sociais, de apenados frequentando mercado, shopping, em busca de trabalhar e estudar, inclusive em momentos familiares, como foi noticiado o fato de Anna Carolina Jatobá ter sido madrinha de casamento³⁵, além dos inúmeros títulos e expressões completamente tendenciosas.

Ora, será que o fato de exposição com relação a esses momentos particulares vividos pelos apenados não merecia uma maior proteção? Punitivistas podem concluir que não, afinal de contas, cometeram os delitos por livre e espontânea vontade e merecem ser reprimidos eternamente por toda a sociedade.

Garantistas já entendem que sim, a mídia deveria saber controlar seus limites, principalmente com relação a informações baseadas em legislações, visto que há um evidente alarde e preconceito com os benefícios consagrados pela Lei nº 7.210/84, entretanto, é cabível salientar que a Lei existe desde o ano de 1984 e apesar dos crimes emblemáticos terem sido cometidos posteriormente, o juiz da Execução apenas está exercendo seu papel e cumprindo o previsto em Lei.

Obviamente, por ser uma Lei antiga, há uma maior pressão social para que haja mudanças, diante do alto nível de criminalidade que ocorre no país, e por essa razão, a legislação há que se adequar com a atualidade, mas esse rigor exigido por muitos, não pode de maneira alguma violar a Dignidade da Pessoa Humana.

³³ SOTTILE, ref. 32.

³⁴ BRASIL, ref. 22.

³⁵ COMO é a vida de Anna Carolina Jatobá fora das grades. **Terra**, 4 mar. 2024. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/justica/como-e-a-vida-de-anna-carolina-jatoba-fora-das-grades,4dd28894dc3da48b34f12c78067eebf5twp137hp.html>. Acesso em 11 set. 2024.

Logo, o populismo penal midiático causado pelo bombardeio de informações exarcebadas e indevidas, dificulta a ressocialização do condenado, posto que não há uma segurança no país de que, após o procedimento de ressocialização, o apenado conseguirá seguir sua vida sem perseguição midiática.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar os efeitos do causados pela influência midiática no processo de ressocialização do condenado. Buscou-se, a partir dos apontamentos da doutrina e jurisprudência, demonstrar que o tema é relevante e merece questionamentos e reflexões considerando os inúmeros casos diários ocorridos no país.

Verificou-se que a apesar do Supremo Tribunal Federal afirmar que não há Direito ao Esquecimento no Brasil com relação aos delitos, e garantir indenização no caso de extrapolações a direitos constitucionais como à honra, personalidade, etc. Isso infelizmente não ocorre na prática, visto que o país é lotado de jurisdições, ao qual cada magistrado possui seu entendimento, ora sendo punitivista ou garantista, o que rechaça de decisões controvertidas.

O Supremo ao proferir a decisão, pareceu afastar sua responsabilidade de aplicação e deixar a critério de cada magistrado analisar caso a caso, sendo certo que enquanto isso, a mídia continuará sendo inconveniente e expositiva, trazendo momentos pessoais de apenados para a “mídia” com a justificativa de informação, mas apenas está realizando uma evidente crítica social ao sistema jurídico.

Assim, a política criminal do Populismo Penal atualmente é fortemente algo queridinho da mídia, que conta com o apoio popular, muita das vezes por pessoas leigas que saem propagando informações inverídicas, gerando rumores excessivos nas redes sociais.

Conforme discorrido no Capítulo 1, a ressocialização social não deve ser vista como um problema, e sim como um benefício essencial que deve ser assegurado pela sociedade e Estado, no qual cumprindo os requisitos previstos na Lei nº 7.210/84 deve cumprir a Progressão de Regime e saídas quando preenchidos os requisitos.

Além disso, restou demonstrado que toda essa espécie de ostentação de informações geradas pelas mídias sociais, acabou por gerar efeitos, considerando que Lei nº 14.843/24 restringiu e limitou a possibilidade de concessão da saída temporária, o que evidentemente, demonstra ser um grande retrocesso, dificultando a ressocialização social.

A relevância da pesquisa é evidenciada posto que ao espalhar notícias, há um conflito entre o Direito de Liberdade de Expressão x Liberdade de Informação que são os argumentos



mais utilizados para justificar uma violação à honra de uma pessoa, ponto que foi bastante discorrido no Capítulo 2 e concluiu-se que a ausência de uma limitação em lei dessas informações, traz uma ideia de insegurança jurídica e possível impunidade, principalmente quando se está diante de casos emblemáticos envolvendo apenados.

Como demonstração, utilizou-se os fundamentos expostos pela doutrina e jurisprudência, bem como possível solução a problemática apresentada, no qual o preconceito deveria ser deixado de lado, e aproveitar uma certa pressão midiática para cobrar posicionamentos de que haja uma decisão unânime sobre os casos de ofensa à honra dos apenados, que deveria ser feito pelo Órgão Superior.

No capítulo final, citou-se casos emblemáticos ocorridos no país que até a presente data ocasionam inúmeras notícias irrelevantes com o fim de gerar críticas sociais e espalhar inverdades tanto quanto as questões processuais, como questões pessoais, com o fim de ressaltar o teor da pesquisa de que as mídias sociais influenciam na ressocialização social.

É importante salientar que não apenas casos emblemáticos detém influências midiáticas, crimes cometidos em cidades pequenas também sofrem com a divulgação de informações, mas é notório que a proporção acaba sendo diferenciada e um pouco menor, mas isso não quer dizer que há diminuição na responsabilidade dos responsáveis pela divulgação.

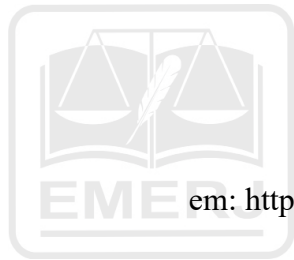
Assim, conclui-se que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana deve ser respeitado sem qualquer distinção, considerando que conforme art.5º da CRFB/88 todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção. Logo, se uma pessoa tem sua honra violada sem cometer nenhum delito e merece uma indenização, aqueles que estão em cumprimento de pena e em processo de ressocialização social, caso se sintam violados também merecem uma resposta pela justiça, sem que haja um olhar punitivista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 ago.2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 – Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível



em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.792.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL, **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.544.036-RJ**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Sexta Turma, julgado em 14/9/2016, DJe 19/9/2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/3936/4161>. Acesso em 3 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1010606-RJ**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2021, Publicação 20/05/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201010606%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 4 ago.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1282553**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno, julgado em 11/02/2021, Publicação 20/05/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201010606%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 11 set. 2024.

CAETANO, Filipe Ribeiro. **Espetacularização do Processo Penal e as Consequências do Populismo Penal Midiático**. 2016. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/27867841/Espetaculariza%C3%A7%C3%A3o_do_Processo_Penal_e_as_consequ%C3%Aancias_do_Populismo_Penal_Midi%C3%A1tico. Acesso em: 11 set. 2024.

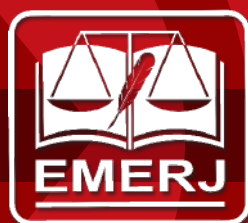
MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional** 19. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

SCHREIBER, Simone. Notas sobre o Princípio da Publicidade Processual no Processo Penal. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v.20, n.36, p.133-148, abr.2013. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrz/arquivo/381-1719-3-pb.pdf>. Acesso em: 4 ago. 2024.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br