

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS

DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 16 - n. 2 - Tomo II (L/Y) - 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 a golden color and appears to be a classic balance scale.

Elaborados em 2024

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DOS ALUNOS DA EMERJ

Volume 16 - n. 2 - Tomo II (L/Y) - 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





LEONARDO BEZERRA TAYAH

A CRISE DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA 671

LILIAN STEFANY MOREIRA LACERDA LAGE

ATIVISMO JUDICIAL E A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES: A LEGITIMIDADE PARA O DEBATE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO VOLUNTÁRIO NA ADPF 442 686

LOUISE MARIA SIMPLICIO LEBARBENCHON

UMA ANÁLISE DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DE LUXO FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA 705

LUCAS ROCHA SALES COSTA

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS NO ÂMBITO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS 722

MAIARA CARDOSO DE MIRANDA RAYMUNDO

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO: QUAIS OS IMPACTOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS? 738

MARCELLA DA SILVA NUNES DE JESUS

A COTA DE GÊNERO PARA CANDIDATURAS FEMININAS E O DESVIRTUAMENTO NA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA..... 755

MARCELLE LUIZA LADEIRA GAMA PEREIRA

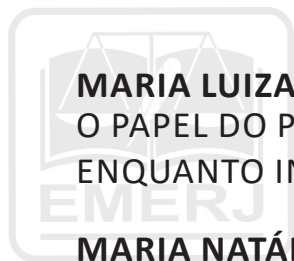
A EXONERAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA FACE À MAIORIDADE CIVIL: QUANDO CESSAR, FUNDAMENTOS LEGAIS DE ACORDO COM A LEI N.º 5.478/68..... 773

MARIA CLARA DA ROSA LODI SAVARESE

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DA ADPF 347 789

MARIA JULIA DA SILVA SOUZA

ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA LEI FEDERAL Nº 14.133: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA MODERNIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL..... 805



MARIA LUIZA PEREIRA

O PAPEL DO PROCESSO ESTRUTURANTE NA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO INDUTORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS..... 820

MARIA NATÁLIA GUIMARÃES MARIANO DE OLIVEIRA

O USO DE VESTIMENTAS RELIGIOSAS EM DOCUMENTOS OFICIAIS: A LIBERDADE RELIGIOSA NO SEIO DA SEGURANÇA PÚBLICA E O DIREITO À LIBERDADE INTRINSECAMENTE LIGADO AO DIREITO CIVIL E À CONSTITUIÇÃO..... 837

MARIANA ARREGUY ROMÃO SÁ FERREIRA

ASSISTÊNCIA QUALIFICADA À VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E SEUS IMPACTOS..... 855

MARIANA CORREIA CLAVELARIO NUNES TOLEDO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL POR INADIMPLÊNCIA DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS..... 873

MARIANA TONINI DE OLIVEIRA

A CONTROVÉRSIA ACERCA DA EFICÁCIA INTERTEMPORAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL 889

MATEUS XIMENES LIMA

CONTAS PESSOAIS BLOQUEADAS: REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE REDES SOCIAIS 908

MATHEUS ADONAI DE OLIVEIRA MARTINS

A INEFICIÊNCIA PRÁTICA DAS ASTREINTES COMO MEDIDA COERCITIVA NA EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS E NAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL FLUMINENSE..... 927

MONIQUE TEIXEIRA BRANDÃO MATUCH DE CARVALHO

ENTREGA VOLUNTÁRIA DA CRIANÇA PELA GESTANTE PARA A ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA 944

NADIA LEMME CASTELO DE CARVALHO SPINELLI

A PROTEÇÃO À VIDA PREGRESSA DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL E AS QUESITAÇÕES NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO..... 960

NAIARA PINHO DA SILVA DE JESUS

A VEDAÇÃO AO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA..... 975

NELSON ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR

A EXCLUSÃO TECNOLÓGICA SOCIAL DO IDOSO EM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A VEDAÇÃO 605 AO RETROCESSO 991

NÍVEA BEATRIZ CUBILLA DO AMARAL

OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NAS RELAÇÕES
PRIVADAS: DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E O
INSTITUTO DO PAGAMENTO 1005

RENATA FIORE RODRIGUES DE ANDRADE MAGALHÃES

A RELEVÂNCIA JURÍDICA DO CYBERBULLYING SOFRIDO PELAS JOVENS
TRANSCENDENDO O ÂMBITO DAS REDES SOCIAIS 1023

RENATA LUIZA FERNANDES CALDAS

ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ROBSON SANCHEZ CANO
FRANÇA - A RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO NA
FISCALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE 1040

ROBSON SANCHEZ CANO FRANÇA

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO NA FISCALIZAÇÃO DE
SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE 1055

RODRIGO GUEDES DE CARVALHO

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ALGORITMOS COMO INSTRUMENTOS DO PODER
PUNITIVO: LIMITES DEMOCRÁTICOS AO USO DAS NOVAS TÉCNICAS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO 1071

RODRIGO MACHADO DE SOUZA

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VIRTUAL NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR ESTADUAL 1089

RODRIGO ZIMETBAUM

A PENHORABILIDADE DO IMÓVEL FINANCIADO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
EM GARANTIA POR DÍVIDAS CONDOMINIAIS 1104

THAÍS DE SOUZA PINTO CORRÊA

A ERA DIGITAL E AS DIMENSÕES JURÍDICAS DO CYBERBULLYING: OS IMPACTOS
NORMATIVOS NAS VIDAS DOS ALUNOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 1123

THAÍS HELENA MESQUITA DE CARVALHO

O LIMITE TEMPORAL DA COISA JULGADA EM ÂMBITO TRIBUTÁRIO DEFINIDO
NO JULGAMENTO DOS TEMAS 881 E 885 DE REPERCUSSÃO GERAL E SEUS
EFEITOS PARA A SEGURANÇA JURÍDICA 1140

THAIS QUEIROZ FERRERE MATOS DE OLIVEIRA

A RELEVÂNCIA DE ESTUDOS QUALITATIVOS PARA O PROCESSO CIVIL: UMA
PONDERAÇÃO SOBRE O IMPACTO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PODER
JUDICIÁRIO BRASILEIRO 1158

VINÍCIUS DE OLIVEIRA CARDOSO NEVES

RECLAMAÇÃO NO STJ: O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 36.476/SP E A
METODOLOGIA PRINCIPIOLÓGICO-NORMATIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL 1177



VITOR ABREU SALDANHA SALES

ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INOBSERVÂNCIA DO
PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES 1195

VITÓRIA MACHADO FURTADO

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO
GESTANTE EM UNIÃO HOMOAFETIVA: ANÁLISE À LUZ DA DECISÃO DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446) 1210

VITÓRIA REZENDE DA SILVEIRA VARELLA

ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA NO
PROCESSO PENAL 1228

YANKA BASILE CATÃO

VESTINDO A JUSTIÇA: OS DESAFIOS DO CONTROLE NORMATIVO DAS
VESTIMENTAS PELOS MAGISTRADOS E SEU IMPACTO NO ACESSO À JUSTIÇA 1244



A CRISE DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA

Leonardo Bezerra Tayah

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Advogado.

Resumo – o trabalho pretende analisar o sistema presidencialista contemporâneo no Brasil, abordando suas origens, características e as crises de legitimidade que enfrenta atualmente. O artigo destaca a concentração de poder nas mãos do presidente, descrito como um "presidente-rei", que atua sem a devida responsabilidade política, o que contribui para a desconfiança popular e a corrupção. Além de explorar a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo, o artigo propõe uma reflexão sobre a adoção do semipresidencialismo como uma alternativa viável para promover uma governança mais equilibrada e responsável, enfatizando também a importância da participação da sociedade civil no processo político para fortalecer a democracia e garantir a efetividade das políticas públicas.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Sistema presidencialista. Crise política.

Sumário – Introdução. 1. Análise dos sistemas de governo à luz da realidade brasileira. 2. Sistema presidencialista: os poderes do “superpresidente”. 3. A crise do sistema presidencialista. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema objeto de análise do presente artigo é a atual crise do sistema presidencialista, desencadeada no início deste século após intensos desgastes decorrentes da aplicação do sistema ao contexto político brasileiro.

O presidencialismo, fruto do processo de independência das colônias da América do Norte, surge como um novo sistema representativo de governo. Este se baseia na separação rígida dos poderes, onde o presidente exerce, concomitantemente, as funções de chefe de Estado e chefe de governo, eleito direta ou indiretamente pelo povo para orientar e dirigir o Estado com independência, não sendo responsável politicamente perante o Poder Legislativo.

O primeiro capítulo busca analisar as características dos principais sistemas de governo existentes no mundo, desvendando as origens da adoção do presidencialismo como o sistema de governo brasileiro. Constata-se também que o sistema presidencialista não se afastou por completo do sistema parlamentarista, tendo em vista que muitos dos princípios e dinâmicas de interação entre os poderes, como a busca por equilíbrio e a necessidade de suporte legislativo para a implementação de políticas públicas, continuam a influenciar a prática política contemporânea, levando a fenômenos como o presidencialismo de coalizão.

No segundo capítulo, analisa-se os fundamentos e a dinâmica do sistema presidencialista, apresentando suas principais características e as origens de sua crise, em

especial em razão da maior concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, o presidente, gerando com isso uma série de consequências que acabam por deixar o sistema em verdadeira instabilidade, contribuindo para que estudiosos propusessem mudanças sensíveis.

Neste contexto, o terceiro capítulo traz à luz a questão da centralização do poder e de como isso pode impactar a capacidade de resposta do governo às demandas sociais, levando a uma sensação generalizada de desconexão entre o governo e a população. Apresenta-se, ainda sugestões de respostas a serem implementadas com o intuito de dar fim ao sentimento de descredibilidade nas instituições experienciado por boa parte da população.

A metodologia adotada no presente artigo consistiu na análise do sistema presidencialista contemporâneo, identificando suas conexões com o sistema parlamentarista tradicional europeu e destacando suas principais características, pontos em comum e diferenças. Para tanto, foram utilizados textos acadêmicos, documentos históricos, decisões do Supremo Tribunal Federal e estudos de caso, em busca de desvendar de que forma a crise do sistema presidencialista surgiu e vem se desenvolvendo, identificando os pontos do sistema que podem ser considerados “vícios” a serem sanados.

1. ANÁLISE DOS SISTEMAS DE GOVERNO À LUZ DA REALIDADE BRASILEIRA

De início, convém destacar a profundidade do objeto do presente artigo; não se trata, tão somente, de analisar os problemas e soluções que circundam os sistemas de governo, em especial o sistema presidencialista. Trata-se, na verdade, de analisar a cultura e o comportamento de um povo e como este povo se identifica e interage diante do ambiente; apenas após realizar tais reflexões, inicia-se a busca pelo sistema de governo que melhor atende às particularidades inerentes ao povo. Nesse sentido, Rousseau assevera:

[...] Um povo, diz Grotius, pode entregar-se a um rei. Segundo Grotius, um povo é, pois, um povo antes de se entregar a um rei. Essa doação é um ato civil; supõe uma deliberação pública. Antes, portanto, de examinar o ato pelo qual o povo elege um rei, seria bom examinar o ato pelo qual o povo é um povo, porque esse ato, sendo necessariamente anterior ao outro, constitui o verdadeiro fundamento da sociedade [...]¹.

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Rio de Janeiro: Saraiva de Bolso (edição digital). 2011, p. 22.



Nesta toada, antes de esmiuçar os sistemas de governo, dentre eles o presidencialismo, faz-se necessário tecer considerações introdutórias sobre o que seria governo, bem como sobre o que seriam os chamados “sistemas de governo”.

Apresentando seu entendimento sobre governo, em sua brilhante obra “Do Contrato Social”, Rousseau assim dispõe:

[...] Necessita, pois, a força pública de um agente próprio que a reúna e a ponha em funcionamento segundo os rumos da vontade geral, que sirva à comunicação do Estado e do soberano, e faça de alguma forma na pessoa pública o que a união da alma e do corpo faz no homem. Eis em que consiste no Estado a razão do governo, enganosamente confundida com o soberano, da qual não é senão ministra. Que é, portanto, o governo? Um corpo intermediário, estabelecido entre os vassalos e o soberano, para possibilitar a recíproca correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política [...]².

Como bem assevera Reis Friede³, segundo magistério de Queiroz Lima, governo pode ser definido como o conjunto de funções que asseguram a ordem jurídica dentro do Estado, destacando uma clara visão instrumental do governo. Em sua acepção mais ampla, o conceito de governo vai além dos limites do Poder Executivo, abrangendo também as demais funções estatais. De forma mais geral, o termo governo pode ser associado à ideia de autoridade, refletindo a organização sistêmica e operacional do poder estatal em seu contexto fático-jurídico.

Da análise dos conceitos acima explanados, é possível conceituar governo como a instância máxima de administração executiva, exercida por governante legitimado politicamente, cujo objetivo é reger e organizar a sociedade, dirigindo os povos no sentido do progresso, nos termos da lei.

Após esta breve conceituação, é necessário fazer uma análise sobre os chamados sistemas de governo, ou seja, é necessário entender as diversas formas pelas quais o poder político pode ser exercido e dividido no âmbito dos Estados.

Ressalte-se que a utilização da expressão “sistema de governo” não encontra consenso entre os cientistas políticos. Há, portanto, uma grande confusão terminológica, que deve ser suprida por meio da análise do texto disposto na Carta Constitucional Brasileira de 1988, nas suas Disposições Constitucionais Transitórias, que assim apresenta: “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem

² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Rio de Janeiro: Saraiva de Bolso (edição digital). 2011, p. 78.

³ FRIEDE, Reis. **Curso de ciências políticas e teoria geral do Estado: teoria constitucional e relações internacionais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

vigorar no País. (Vide emenda Constitucional nº 2, de 1992)”⁴. Partindo desta premissa, considerar-se-á o presidencialismo como sistema de governo.

Esta classificação então apresentada funda-se na premissa de que a liberdade do homem só pode existir quando vigente um regime de divisão e separação de poderes, nos moldes postos por Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”.

Corroborando o entendimento, Paulo Bonavides⁵ ensina que quando o critério adotado é a separação de poderes, predominante desde o século XIX, identifica-se as seguintes formas de governo: parlamentar, presidencial e o governo de assembleia ou convencional.

O sistema parlamentarista é um sistema de governo no qual o Poder Executivo depende diretamente do apoio ou confiança do Poder Legislativo para se manter. Diferentemente do sistema presidencialista, no qual o chefe do Executivo é eleito diretamente pelo povo e acumula as funções de chefe de governo e de Estado, no parlamentarismo essas funções são separadas. Em geral, o chefe de Estado exerce funções cerimoniais e simbólicas, enquanto o chefe de governo, normalmente o primeiro-ministro, é o responsável pela administração pública e pela condução das políticas governamentais. Tal distinção entre chefe de Estado e chefe de governo é uma característica fundamental do sistema parlamentarista.

No sistema parlamentarista, há maior interdependência entre os Poderes Legislativo e Executivo. O governo é formado por membros do Parlamento, tipicamente indicados pelo partido ou coalizão partidária que detém a maioria das cadeiras; o primeiro-ministro, junto com seus ministros, pode ser destituído através de um voto de desconfiança, o que atribui ao Parlamento um papel preponderante no controle da atuação governamental. Esse mecanismo confere uma maior flexibilidade ao sistema, permitindo a substituição do governo sem a necessidade de novas eleições gerais, como ocorre no presidencialismo. Por outro lado, o primeiro-ministro, ao enfrentar impasses significativos no Parlamento, pode solicitar a dissolução deste e convocar novas eleições, o que assegura um equilíbrio dinâmico entre os dois poderes.

O parlamentarismo é frequentemente associado a uma maior governabilidade em sistemas multipartidários, especialmente por sua capacidade de mitigar crises políticas prolongadas. A possibilidade de ajustes no Poder Executivo, sem necessidade de processos complexos como o impeachment, faz com que o sistema seja mais ágil na resposta a crises de

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: 20 ago.2024.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2014.



confiança política. No entanto, governos minoritários – aqueles formados por partidos que não possuem maioria absoluta no Parlamento – podem enfrentar dificuldades para implementar suas agendas e necessitar de constantes negociações com outras forças políticas, o que pode gerar instabilidade.

Por sua vez, o sistema presidencialista pode ser definido como o sistema de governo cujo fundamento é a separação de poderes, onde as funções de chefe de Estado e chefe de governo são exercidas pela figura do presidente, eleito direta ou indiretamente pelo povo. Este presidente, dotado de reconhecimento político pelas massas, governa com total independência perante o Poder Legislativo, apenas podendo ser destituído através do processo de *impeachment*.

Conceituando o sistema presidencialista, expõe Reis Friede⁶ que este é caracterizado pela independência entre os poderes, sem que um poder esteja subordinado ao outro. O Poder Executivo é exercido pelo presidente, que é eleito diretamente pelo povo e atua de forma autônoma, com o apoio de ministros de Estado. O presidente desempenha o papel de chefe de Estado e de governo, sendo responsável por definir a política geral e dirigir a administração pública.

Após a análise dos conceitos e das características dos dois principais sistemas de governo existentes no mundo, passa-se à análise do sistema objeto do presente artigo, qual seja, o sistema presidencialista.

2. SISTEMA PRESIDENCIALISTA: OS PODERES DO “SUPERPRESIDENTE”

O sistema em estudo, propondo a materialização da teoria de separação dos poderes, surge com o objetivo de limitar os poderes daqueles que, democraticamente ou não, emergiam ao poder, o que, em última análise, ajudaria a assegurar o exercício das liberdades civis com maior concretude, uma vez que cada poder desempenharia uma função específica e, portanto, poderia realizar suas funções de forma mais eficaz, ao mesmo tempo em que evitariam, ao se autofiscalizar, os abusos e excessos de poder.

O sistema presidencialista de governo possui suas raízes no direito norte-americano, quando do surgimento da Constituição de 1787, fruto do trabalho dos constituintes de Filadélfia. Após a Guerra dos Cem Anos, travada entre Inglaterra e França, a Inglaterra sai vitoriosa, mas

⁶ FRIEDE, Reis. **Curso de ciências políticas e teoria geral do Estado**: teoria constitucional e relações internacionais. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.



completamente destruída, pois a vitória na guerra levou embora vastos recursos, além de incontáveis vidas⁷.

Detentora de vasta colônia americana, não restou outra opção à Inglaterra senão aumentar o arrocho sobre os americanos, impondo e majorando impostos, através de um controle político rígido e, em grande parte, violento.

As insatisfações populares, juntamente com a pressão política, levaram Thomas Jefferson, em 1776, a redigir a Declaração dos Estados Unidos da América, gerando assim a eclosão da guerra pela independência, também conhecida por Revolução Americana, entre 1776 e 1783, vencida pelos Estados Unidos com o apoio da Espanha e da França. Após a vitória, surge a Confederação dos Estados Unidos da América. Neste momento, dá-se fim à Monarquia nas treze colônias, mas o regime que viriam a criar guarda traços incontestes com o sistema britânico⁸.

O presidencialismo, fundando suas bases na teoria da separação dos poderes, é composto de três poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, exercidos, respectivamente, pelo presidente da República, pelo Parlamento (no caso do Brasil, o Congresso Nacional) e pelo Supremo Tribunal ou Corte Suprema. Para que exista presidencialismo, faz-se necessária a atuação harmônica desses três poderes, não havendo imposição de um sobre o outro, consagrando o chamado sistema de freios e contrapesos pelo qual um poder controla o outro, ou seja, os Poderes são interdependentes um do outro. Em um regime presidencialista, o Legislativo pode ser exercido pela Câmara dos Deputados (sistema unicameral) ou por duas casas, a Câmara e o Senado (sistema bicameral).

Segundo Paulo Bonavides⁹, o presidencialismo adotou o princípio clássico da separação de poderes, que deu fama a Montesquieu na era do Estado liberal. Esse princípio foi a base das garantias constitucionais de liberdade e foi incorporado pela Constituição americana como fundamento de seu sistema político. Com o tempo, a separação rígida dos poderes foi suavizada, evoluindo para uma forma mais flexível, mas continuou sendo uma característica central do sistema presidencialista.

Importante, também, definir as linhas gerais do sistema. A primeira característica é que a chefia de governo e a chefia de Estado ficam concentradas nas mãos de uma única pessoa: o Presidente da República; no presidencialismo, a figura do presidente é o ponto central, mais

⁷ HUNDRED Years' War. **Encyclopædia Britannica**, Chicago, 13 set.2024. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Hundred-Years-War>. Acesso em: 20 set.2024.

⁸ AMERICAN Revolution. **Encyclopædia Britannica**, Chicago, 16 set.2024. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/American-Revolution>. Acesso em: 20 set.2024.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2014.



forte politicamente, e que define todo o sistema. Este presidente deriva seus poderes da própria nação, por meio do sufrágio, quase sempre universal, concedendo o viés democrático do sistema.

Descrevendo a importância da figura do presidente no sistema presidencialista, informa Guillermo Molinelli¹⁰ que este concentra em si a atenção dos meios de comunicação de uma forma que o Congresso não consegue igualar. Enquanto o presidente é uma figura única e identificável, o Congresso é visto pelo público como uma abstração.

Percebe-se, desta feita, que a nação tende a concentrar todas as suas expectativas, todas as suas esperanças, na figura de um único indivíduo, cuja centralização de poder o permite ditar os rumos da sociedade como um todo.

Como bem explana Jorge Bercholz¹¹, é comum identificar na figura do presidente todas as frustrações sociais, de modo que população costuma associar os problemas que surgem no sistema político, de maneira geral, à figura do presidente, às suas decisões, à sua habilidade de governar e às suas aparições públicas. Para o cidadão comum, no entanto, identificar problemas, desafios ou limitações estruturais em outras áreas relacionadas ao funcionamento do sistema político, como o Estado, o regime político ou a atuação dos partidos e do sistema eleitoral, se torna mais complicado.

A segunda característica que pode ser citada relativamente ao sistema presidencialista de governo informa que o presidente é eleito para mandato determinado, não respondendo, ordinariamente, perante o Poder Legislativo. Há, portanto, uma verdadeira independência, sendo possível afirmar que todo o Poder Executivo se concentra ao redor da pessoa do presidente, que o exerce inteiramente fora de qualquer responsabilidade política perante o Poder Legislativo. Via de regra, essa responsabilidade política total do presidente se estende ao seu ministério, instrumento da imediata confiança presidencial.

Quanto à este último ponto, extrai-se por terceira característica distintiva do sistema o fato de que o presidente da República possui ampla liberdade para a formação de seu ministério, sendo este ministério o corpo técnico da sua confiança imediata, que em tese não possui qualquer vinculação política.

Outro ponto distintivo do sistema relaciona-se ao fato de que o Parlamento (unicameral ou bicameral) não pode ser dissolvido por convocação de eleições gerais pelo Executivo, consagrando o sistema de freios e contrapesos.

¹⁰ MOLINELLI, N. Guillermo. **Presidentes y Congresos en Argentina: mitos y realidades**. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1991.

¹¹ BERCHOLC, Jorge O. **Temas de Teoría Del Estado**. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2014.



Após as abordagens fundamentais para a explanação do tema, antes de passar à análise do tema central deste trabalho, qual seja, a crise do sistema presidencialista, impende destacar que a responsabilidade do presidente é apenas penal, e não política: responde ele por crime de responsabilidade, não podendo ser destituído, ao contrário do parlamentarismo, que permite a caída do chefe do Poder Executivo por questões políticas. No presidencialismo, o presidente somente será afastado de suas atribuições após julgamento por crime de responsabilidade, através do processo denominado *impeachment*.

3. CRISE DO SISTEMA PRESIDENCIALISTA

O desenvolvimento histórico-político do presidencialismo, com forte influência parlamentarista, deu azo às críticas que se fazem, na atualidade, ao sistema de governo acima delineado.

Como já informado, a chefia do Poder Executivo, no regime presidencial, é unipessoal, caracterizado por uma relação de interdependência harmônica entre os Poderes Executivo e Legislativo, reunindo o presidente a condição de chefe de Estado e chefe de governo, bem como de chefe da administração pública federal, tendo como auxiliares os seus ministros de Estado

O chefe de Estado, mais alto representante público de uma nação, tem por objetivo basicamente a função de representação do país junto à comunidade internacional e da unidade do Estado, em nível interno. Exerce, assim, um papel diplomático, detendo o poder de ratificar os tratados em nome de seu país, conforme determina a Constituição de cada Estado, além de possuir o poder de celebrar a paz e declarar guerra.

Já como chefe de governo, apresenta a função de representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto de natureza política (participação no processo legislativo), como de natureza eminentemente administrativa.

Por fim, cumula o presidente a atribuição de dirigir a Administração Pública, estabelecendo diretrizes para o Estado e cuidando para estabelecer metas e atingir bons resultados, em tudo auxiliado pelos ministros de Estado, escolhidos diretamente pelo presidente, de cuja escolha deve abster-se de questões político-partidárias, primando pelo tecnicismo.

Nesse ponto, Paulo Bonavides¹² ensina que os ministros deveriam ser indivíduos que não fazem parte das Casas Legislativas, de modo que o presidente nunca os recrutaria dentro

¹² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2014.



dessas instituições, reforçando o princípio da separação de Poderes. No entanto, essa prática, aspecto fundamental da Constituição americana, tem sido bastante comprometida em alguns países, como o Brasil, onde, sob o regime presidencial, não há impedimentos para que o chefe do Executivo escolha ministros entre os membros do Congresso Nacional.

A chamada “livre escolha presidencial” muitas vezes revela-se uma ilusão, já que os compromissos políticos e partidários forçam o presidente a fazer nomeações ministeriais que vão contra suas preferências. Para lidar com a presença desses ministros que são ineficazes ou hostis, o presidente, em certos momentos decisivos, opta por ignorá-los e se rodeia de pessoas fora da estrutura ministerial oficial, surgindo, daí, os “ministérios paralelos”, muito mais influentes, composto por figuras poderosas que exercem controle sobre o presidente.

A par da questão política ventilada acima, ainda é a alta concentração de poder nas mãos do presidente a crítica mais gritante ao sistema. Tal concentração leva-nos à ideia de governante onipotente, um quase monarca, que responde legalmente apenas no caso de cometimento de crime de responsabilidade.

Ressalte-se, assim, a forte influência do sistema parlamentarista inglês no delineamento das funções do presidente, reminiscência republicana do rei da Inglaterra e suas prerrogativas, rei que eles timidamente traduziram na imagem do presidente, conforme estabelece Paulo Bonavides¹³.

Além disso, continua sua crítica quanto a esta grande estabilidade do presidente no poder, informando que, a par da estabilidade que reveste o sistema, no caso de ocorrência de crises políticas, impossibilitados de remover o presidente do Poder, não raras vezes utiliza-se a sociedade de revoluções, golpes de Estado e ditaduras, o que acaba por gerar grande instabilidade política.

Há ainda outros fatores que agravam a situação: a interferência do presidente na sucessão presidencial, que muitas vezes inclui tentativa de eleger seu sucessor ou mesmo de modificar a Constituição para garantir sua reeleição. Cumpre observar também a fragilidade e a submissão do Congresso diante dos desejos do presidente, transformando o Legislativo em um Poder praticamente inexistente, marcado por uma impotência crônica. Nesse sistema, a verdadeira colaboração entre os Poderes é substituída pelo domínio de um sobre o outro, ou pela luta pela hegemonia entre eles. As crises de governo refletem uma crise mais ampla nas instituições, e quando o Congresso entra em atrito com o Executivo, suas opções de controle

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2014.

são limitadas a medidas negativas, como a recusa de aprovações orçamentárias e a obstrução de projetos legislativos.

Não se pode esquecer, ainda, que cabe ao presidente, no âmbito da administração, a execução de programas ou prestação de serviço público, assim atuando por meio dos ministros de Estado, que podem por ele serem demitidos *ad nutum*; além disso, também cabe ao presidente a escolha dos dirigentes dos vários serviços públicos federais, como diretores de agências reguladoras, o presidente do Banco Central, entre outros, os quais movimentam a máquina administrativa no âmbito federal, traçando todas as diretrizes políticas e administrativas aos entes da federação.

Neste ponto, apresenta-se a mais veemente crítica ao sistema. O poder de escolher os dirigentes da máquina pública, a seu bel prazer, representa um dos mais nefastos poderes concedidos ao presidente. O que ocorre é que, na grande maioria das vezes, os partidos políticos, em coalizões com outros partidos políticos, visando atingir o poder, quando conseguem finalmente eleger seus representantes, o que geralmente ocorre mediante o aporte de milhões e milhões, passam a lotear os cargos públicos, inserindo na máquina pública pessoas completamente despreparadas tecnicamente, que não conhecem da matéria e não desejam conhecer: ali estão apenas com o intuito de movimentar recursos, muitas vezes fraudando licitações e contratos públicos, desviando recursos que devem retornar aos partidos políticos, gerando uma “poupança eleição”, com que irão levar ao poder os próximos presidentes “marionetes”.

Como o financiamento das campanhas eleitorais, no caso brasileiro, permite que os partidos políticos recebam “doações” de empresários, a fim de promover as tais eleições bilionárias, isso faz com que estes políticos, e principalmente os ministros, já adentrem o poder com compromissos financeiros altos: não é por outra razão que tantos casos de desvios de recursos públicos são revelados, uma verdadeira sangria do dinheiro do povo, que assiste a tudo sem poder reclamar e sem poder sacar do poder aqueles que se apropriam da coisa pública.

O povo, mantido em silêncio em decorrência das chamadas políticas populistas, assistencialistas por excelência, vive a verdadeira política do pão e circo, sem que nenhum senso crítico seja incentivado ou sequer permitido. A opressão nas classes sociais é interessante aos detentores de poder, pois quanto menos conhecer o povo, menos o cheiro da podridão aparece.

Este ciclo de poder viciado, que recolhe dinheiro do empresariado para eleger o presidente, que deixa ao presidente o encargo de escolher, livremente, seus ministros, que por sua vez acabam por lotear ministérios entre partidos políticos, que também loteiam até os cargos mais subalternos que existem, ocupando a máquina pública a fim de realimentar os partidos,



mediante processos de compras e contratações fraudulentas, tem como consequência final e trágica: as demandas sociais não são atingidas, porque não se compra aquilo que o povo precisa, mas sim aquilo que o empresariado quer.

A crítica aqui apresentada decorre daquilo que, no Brasil, acostumou-se chamar de “presidencialismo de coalizão”, expressão cunhada por Sergio Abranches em 1988, que pressupõe a interferência promíscua entre os Poderes Executivo e Legislativo, onde o Executivo utiliza da máquina pública, loteando cargos e distribuindo-os entre os partidos políticos, para, em troca, receber o mais irrestrito apoio dos parlamentares nos projetos de lei de sua autoria.

Antônio Cargos Segatto¹⁴ aborda o tema, afirmando que o presidencialismo de coalizão se consolidou no cenário político brasileiro, desde a promulgação da Constituição de 1988. Embora o Poder Executivo tenha prerrogativas que incluem a iniciativa legislativa através de medidas provisórias e pedidos de urgência, que obrigam os parlamentares a priorizar a votação dos projetos enviados, a aprovação de leis pelo governo raramente ocorre sem que a base governista possua a maioria no Legislativo.

Nesse contexto, para que o Poder Executivo exerça sua função de governar efetivamente, é necessário o apoio contínuo dos parlamentares. Para estabelecer coalizões com partidos, o Executivo frequentemente utiliza a distribuição de cargos na administração, como ministérios e presidências de empresas estatais, além de direcionar recursos por meio de emendas orçamentárias propostos pelos parlamentares, violando, assim, o princípio fundamental da separação dos poderes.

Para solucionar a questão existem algumas alternativas, mas nenhuma delas é cogitada ou sequer ventilada nos corredores do Congresso Nacional: o financiamento público de campanha, proibindo que empresas financiem campanhas eleitorais e a vedação na escolha livre dos ministros, que deverão comprovar experiência técnica para ocupar tais cargos. Ademais disso, para os cargos subalternos, a quase extinção dos cargos de livre nomeação, prezando pela escolha mediante processo seletivo de provas e títulos.

Outra medida seria retirar das mãos do presidente a exclusividade da Administração Pública, que deveria ter suas diretrizes traçadas de forma colegiada entre os Poderes constituídos; aqui, o sistema de freios e contrapesos iria atuar de forma mais incisiva.

¹⁴ SEGATTO, Antônio Carlos. **O sistema representativo presidencial e a sua fragilidade democrática: conflitos e soluções.** Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo_Antonio_Carlos_Segatto_e_Leandro_da_Paula_Assuncao_Abate_o_sistema.pdf. Acesso em: 20 ago.2024.

Em julgado caracterizado por forte crítica ao sistema presidencialista, o Ministro Celso de Mello, da Corte Suprema brasileira, no Mandado de Segurança 27.931/DF, apresenta a seguinte crítica ao sistema:

[...] Na realidade, a expansão do poder presidencial, em tema de desempenho da função (anômala) de legislar, além de viabilizar a possibilidade de uma preocupante ingerência do Chefe do Poder Executivo da União no tratamento unilateral de questões, que, historicamente, sempre pertenceram à esfera de atuação institucional dos corpos legislativos, introduz fator de desequilíbrio sistêmico que atinge, afeta e desconsidera a essência da ordem democrática, cujos fundamentos – apoiados em razões de garantia política e de segurança jurídica dos cidadãos – conferem justificação teórica ao princípio da reserva de Parlamento e ao postulado da separação de poderes [...] ¹⁵.

Não se pode esquecer, ainda, da já citada “irresponsabilidade política” do presidente, dando a este a imunidade de não necessitar do apoio do Congresso Nacional para se manter no poder, somente podendo ser deposto do poder no caso de comprovado cometimento de crime de responsabilidade, por meio de um processo denominado *impeachment*.

Diante desse cenário, e em meio de tantas críticas, há quem pugne pela implementação do regime semipresidencialista como solução dos problemas atualmente vividos. Como bem coloca Pinto Ferreira¹⁶, apenas um parlamentarismo racionalizado com características presidencialistas, ou um presidencialismo que tenha traços de um regime parlamentar, sustentado por uma sólida base econômica e social, além de uma forte consciência nacional dos desafios brasileiros, será capaz de resolver os grandes problemas enfrentados no país.

Isto porque o chamado sistema semipresidencialista oferece vantagens não observadas no sistema presidencialista atual, como maior equilíbrio entre os Poderes constituídos. No semipresidencialismo, a estrutura de governo é desenhada para equilibrar o poder entre um presidente e um primeiro-ministro. Em lugar de concentrar o Poder Executivo nas mãos de um único indivíduo, esse modelo permite uma divisão das responsabilidades, promovendo uma governança mais colaborativa e menos propensa a abusos.

Tais circunstâncias levariam a uma maior responsabilidade do Poder Executivo, tendo em vista que o chefe de governo dependeria do consenso no Parlamento, o que estimula uma

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 27931/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 27 de março de 2009. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – IMPUGNAÇÃO DEDUZIDA CONTRA DELIBERAÇÃO EMANADA DO SENHOR PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUE, RESOLVENDO QUESTÃO DE ORDEM, DEFINIU O CONTEÚDO E O ALCANCE DA EXPRESSÃO “DELIBERAÇÕES LEGISLATIVAS” INSCRITA NO § 6º DO ART. 62 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA [...]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo540.htm>. Acesso em: 20 ago.2024.

¹⁶ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. Saraiva: São Paulo, 1992.



administração mais responsável e representativa, atendendo efetivamente às demandas da população.

Além das vantagens apresentadas, o semipresidencialismo ajudaria a reduzir a instabilidade política existente hoje no Brasil. Ao permitir que um primeiro-ministro possa ser substituído com base na confiança do Legislativo, oferece uma alternativa que pode facilitar a mudança de governo sem a necessidade de processos longos e traumáticos como o *impeachment*. Isso pode tornar a política mais ágil e menos suscetível a graves crises.

Assim, em momentos de crise, o governo seria capaz de se adaptar mais rapidamente às circunstâncias, com o primeiro-ministro liderando iniciativas práticas e o presidente assumindo um papel mais cerimonial na governança, mas capaz de facilitar a comunicação com a população e a comunidade internacional.

Por fim, o sistema proposto estimularia maior capacitação técnica do corpo executivo; com a possibilidade de o presidente e o primeiro-ministro serem de diferentes partidos e, até, ideologias, o país se beneficiaria da inclusão de especialistas e técnicos na administração pública, o que muitas vezes revela-se uma limitação no sistema atual. Tal prática permitiria a implementação de políticas públicas mais eficazes, fazendo uso de expertise técnica ao invés de preferência política.

CONCLUSÃO

Sem ter a pretensão de esgotar o tema, após esta breve análise sobre o sistema presidencialista, desde sua origem até o presente momento, é possível afirmar que o sistema vem passando por uma grave crise, demonstrando que os países presidencialistas vivem em um clima de fragilidade política e descrença nos Poderes constituídos.

Percebe-se, desde pronto, que o presidencialismo institui, com prazo determinado, uma verdadeira monarquia, com um “presidente-rei” dotado de irresponsabilidade política, possuidor de toda a máquina pública e, principalmente, podendo ditar os rumos da política nacional sem encontrar maiores resistências, já que acaba por “comprar” o legislativo com cargos públicos e alianças político-partidárias nefastas.

Não é por outra razão que a sociedade brasileira vivencia um verdadeiro caos institucional, onde a descrença do povo na implementação das políticas públicas é corroborada por casos e mais casos de corrupção, onde milhões e milhões são desviados, para os fins mais absurdos, indo pousar o suado dinheiro público, fruto de alíquotas de impostos que somente se



elevam, em paraísos fiscais, ao mesmo tempo em que a grande massa derrama lágrimas de fome e dor.

A implementação de reformas estruturais torna-se, portanto, essencial para a recuperação da confiança das instituições democráticas e a promoção de uma governança mais transparente e responsável. A sociedade civil, unida em torno de ideais de justiça e equidade, deve exigir maior responsabilidade dos governantes e maior participação no processo político, a fim de garantir que os interesses coletivos prevaleçam sobre os individuais. Essa mudança não pode ser vista apenas como uma responsabilidade dos políticos, mas deve ser um esforço conjunto que envolve a população em geral, por meio de mobilizações sociais e participação ativa no debate público.

É chegado o momento de repensar as instituições postas e estabelecer meios para refrear a impunidade que hoje reveste a política e os políticos investidos no poder. É preciso repensar o presidencialismo como sistema de governo, se a experiência norte-americana condiz com a realidade dos países em desenvolvimento, cuja fragilidade, ainda decorrente da colonização por vias de exploração, demonstra-se pela ausência de senso crítico e coletivo, onde cada um apenas preza pelo interesse individual, inclusive aqueles aos quais o povo concede, mediante sufrágio, o dever de zelar pelo coletivo.

A complexidade das relações de poder deve nos levar a questionar se um modelo de governo que foi bem-sucedido em um contexto histórico, cultural e econômico muito distinto do encontrado no Brasil é realmente o mais adequado para os desafios contemporâneos que o país enfrenta. A adaptabilidade das estruturas de poder em resposta a realidades dinâmicas e em constante mudança é um aspecto crucial para a vitalidade de um sistema democrático. Portanto, a reflexão sobre o presidencialismo deve incluir não apenas uma crítica aos seus vícios, mas também a busca por alternativas que possam promover uma verdadeira representação da vontade popular, estabelecendo um equilíbrio mais saudável entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Talvez a verdadeira inovação que se faça necessária esteja na busca por novos modelos de governança que, ao incorporar princípios do parlamentarismo, possam oferecer mecanismos de controle mais eficazes e evitar a excessiva concentração de poderes nas mãos de um único indivíduo. A transição para um modelo semipresidencialista, por exemplo, poderia permitir que o chefe de governo mantivesse sua legitimidade popular ao mesmo tempo em que necessitasse do apoio contínuo do Legislativo, criando um ambiente mais colaborativo e menos propenso a abusos de poder. E assim, a construção de uma democracia resiliente deve ser entendida como



um esforço coletivo, que exige tanto a vontade política dos líderes quanto a mobilização e a conscientização da sociedade civil.

REFERÊNCIAS

AMERICAN Revolution. **Encyclopædia Britannica**, Chicago, 16 set.2024. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/American-Revolution>. Acesso em: 20 set.2024.

BERCHOLC, Jorge O. **Temas de teoría del Estado**. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2014.

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: 20 ago.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 27931/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 27 de março de 2009. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – IMPUGNAÇÃO DEDUZIDA CONTRA DELIBERAÇÃO EMANADA DO SENHOR PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUE, RESOLVENDO QUESTÃO DE ORDEM, DEFINIU O CONTEÚDO E O ALCANCE DA EXPRESSÃO “DELIBERAÇÕES LEGISLATIVAS” INSCRITA NO § 6º DO ART. 62 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA [...]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo540.htm>. Acesso em: 20 ago.2024.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FRIEDE, Reis. **Curso de ciências políticas e teoria geral do Estado**: teoria constitucional e relações internacionais. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

HUNDRED Years' War. **Encyclopædia Britannica**, Chicago, 13 set.2024. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Hundred-Years-War>. Acesso em: 20 set.2024.

MOLINELLI, N. Guillermo. **Presidentes y Congresos en Argentina**: mitos y realidades. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1991.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Cidade: Saraiva de Bolso (edição digital), 2011.

SEGATTO, Antônio Carlos. **O sistema representativo presidencial e a sua fragilidade democrática**: conflitos e soluções. Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/pdf/animal/artigo_Antonio_Carlos_Segatto_e_Leandro_da_Paula_Assuncao_Abate_o_sistema.pdf. Acesso em: 20 ago.2024.

ATIVISMO JUDICIAL E A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES: A LEGITIMIDADE PARA O DEBATE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO VOLUNTÁRIO NA ADPF 442

Lilian Stefany Moreira Lacerda Lage

Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas).

Resumo – a ADPF n° 442, que busca a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, com o intuito de descriminalizar o aborto voluntário até o terceiro mês de gestação, tem gerado intensos debates sobre o papel político desempenhado pelo Poder Judiciário. De um lado, argumenta-se que a legitimidade do Judiciário para discutir a descriminalização do aborto voluntário está fundamentada na proteção dos direitos fundamentais das mulheres, especialmente aquelas pertencentes a grupos vulneráveis. Por outro lado, sustenta-se que essa atuação extrapola a competência delimitada pelo constituinte originário, invadindo a esfera de competência do Poder Legislativo. O presente trabalho tem como objetivo analisar a legitimidade do STF para decidir a questão, com ênfase em sua função contramajoritária e seus impactos sobre a democracia, valendo-se da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar a sua tese.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ativismo Judicial. ADPF 442. Direitos Reprodutivos. Separação de Poderes.

Sumário – Introdução. 1. Os papéis das Supremas Cortes no contexto neoconstitucionalista. 2. Ativismo judicial e desarmonia entre os Poderes 3. A (i)legitimidade do Supremo Tribunal Federal para decidir sobre a descriminalização do aborto na ADPF n° 442. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discutir as controvérsias envolvendo o papel político assumido pelo Poder Judiciário, tendo como enfoque a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 442, que discute a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação.

Como reação às mazelas ocorridas na Segunda Grande Guerra, verificou-se uma mudança de paradigmas no Direito: a supremacia do Parlamento perde espaço para a supremacia da Constituição, ficando a legalidade subordinada a uma constituição rígida e de eficácia irradiante, florescendo o que se denomina Neoconstitucionalismo.



Dentro dessa perspectiva, com a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, percebe-se a escalada de um protagonismo por parte do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal. Esse Tribunal passou de um órgão meramente técnico, para atuar na esfera política como garantidor de direitos fundamentais nas hipóteses de alegada inércia dos demais Poderes, o que, inevitavelmente, abriu caminho para um intenso processo de judicialização.

A crescente judicialização de questões sociais sensíveis no Brasil levanta um importante questionamento: até que ponto o Poder Judiciário pode e deve atuar em matérias que dividem a sociedade, como a descriminalização do aborto? Nesse contexto, a análise da ADPF 442 torna-se emblemática, pois expõe os limites da função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e seus impactos na separação de poderes.

Nela, busca-se a declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal para a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação, sob a justificativa de que as razões jurídicas que moveram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam. No entanto, muitos apontam que tal atuação tem transbordado a esfera de competência delimitada pelo constituinte originário, invadindo a competência do Poder Legislativo.

Por meio da análise desse caso emblemático, debater-se-á acerca do papel político assumido pelo Poder Judiciário em decorrência do Neoconstitucionalismo, a instabilidade entre os Poderes da República em decorrência desse fenômeno e os limites dentro dos quais essa atuação se mostra legítima. A relevância do tema decorre da tensão entre o papel progressista do STF e a ausência de consenso social, trazendo implicações para a democracia brasileira.

No primeiro capítulo do trabalho, são abordados os papéis das Supremas Cortes no contexto neoconstitucionalista, como forma de compreender os paradigmas que inspiram a configuração da jurisdição constitucional brasileira na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Segue-se, no segundo capítulo, com a abordagem dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, debatendo-se os limites para que dessa atuação não decorra a usurpação das funções precípuas dos demais Poderes.

O terceiro capítulo, por sua vez, é dedicado à análise da (i)legitimidade do Supremo Tribunal Federal para, na apreciação da ADPF nº 442, decidir sobre a descriminalização do aborto voluntário até o terceiro mês de gestação.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, adotando um conjunto de proposições hipotéticas, consideradas viáveis e adequadas para a análise do objeto, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, vale-se da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa para sustentar a sua tese, sendo, portanto, uma abordagem qualitativa.

1. OS PAPEIS DAS SUPREMAS CORTES NO CONTEXTO NEOCONSTITUCIONALISTA

Neoconstitucionalismo é um movimento no campo do Direito Constitucional que surgiu nas últimas décadas do século XX como resposta às mudanças políticas, sociais e jurídicas que se iniciaram após a Segunda Guerra Mundial, tendo como preocupação central a concretização dos direitos fundamentais, o que resultou na redefinição do lugar da Constituição e na transição da Supremacia do Parlamento para a superioridade da Constituição, agora dotada de força normativa¹.

O pensamento constitucional do passado, fruto da ideologia Positivista, caracterizou-se pela tentativa de separação entre Direito e Filosofia, tratando as ciências humanas e sociais pelo mesmo método das ciências naturais, ou seja, o método descritivo².

Nesse contexto, cabia à regra jurídica oferecer em seu relato abstrato as soluções para os problemas jurídicos, cabendo ao magistrado identificar dentre elas, mediante subsunção, a regra jurídica aplicável para a solução para o caso concreto, o que tornava o Poder Judiciário boca da lei³.

Embora ocupasse o vértice do sistema jurídico, a influência da constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico era limitada ao campo formal — assim como o controle de constitucionalidade —, de modo que bastava a observância do processo legislativo previsto na Constituição para que a norma fosse considerada válida. Consequentemente, a Constituição era feita refém da vontade política, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador.

¹BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito / Neoconstitutionalism and constitutionalization of the Law. **Revista Quaestio Iuris**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 1–48, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/11641>. Acesso em: 2 jan. 2024.

²LORDELO, João Paulo. **Noções Gerais de Direito e Formação Humanística**. 8.ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2024, p. 372.

³BARROSO, ref.1.



Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a perplexidade causada pelos horrores do conflito levou a uma mudança de paradigma, com a reaproximação entre Direito e Moral pelo Pós-positivismo. A dignidade humana passa a ocupar a posição de pedra angular sobre a qual se erigiu toda a teoria dos direitos fundamentais⁴, orientando a construção de normas jurídicas e servindo como um critério ético para avaliar a justiça e a legitimidade das ações e políticas governamentais.

Ao cristalizar-se os direitos fundamentais em uma Constituição normativa e superior às demais normas do ordenamento jurídico, seu conteúdo axiológico passou a ter eficácia irradiante, condicionando a validade das normas infraconstitucionais e a interpretação de todos os ramos do Direito⁵.

Dessas novas perspectivas, desenvolve-se o estágio constitucional contemporâneo a que muitos denominam Neoconstitucionalismo. Como decorrência de suas especificidades, tornou-se necessária a sistematização de novos princípios interpretativos próprios, que se somariam aos métodos interpretativos já existentes, como os princípios supremacia da Constituição, da unidade, máxima efetividade; presunção de constitucionalidade das normas; dentre outros⁶.

O reconhecimento da força normativa dos princípios, por sua vez, permitiu utilizá-los diretamente como fundamento para as decisões judiciais. Por diferirem das regras, que são mais objetivas e aplicadas pela lógica tudo ou nada, a flexibilidade interpretativa dos princípios tornou possível ao juiz sopesá-los e ponderá-los diante de conflitos entre direitos fundamentais⁷, conferindo maior discricionariedade na solução de casos difíceis.

Assim, além do papel de legislador negativo, a jurisdição constitucional passou a desempenhar o comportamento de legislador positivo, inclusive com a criação temporária de normas para sanar omissões inconstitucionais do Legislativo na regulamentação dos direitos fundamentais submetidos a uma reserva legal, simples ou qualificada⁸.

⁴SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.110.

⁵MORAES, Guilherme Braga Peña de. Constitucionalismo brasileiro: passado, presente e futuro da Constituição cidadã. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença**, [S. l.], v. 20, n. 2, p. e20222007, 2022. DOI: 10.24859/RID.2022v20n2.1379. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/1379>. Acesso em: 2 jan. 2024.

⁶BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito / Neoconstitutionalism and constitutionalization of the Law. **Revista Quaestio Iuris**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 1–48, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/11641>. Acesso em: 2 jan. 2024.

⁷*Ibid.*

⁸GÓES, Guilherme Sandoval. Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no Estado de Direito contemporâneo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 88**, abr./jun. 2023. Disponível em: <https://mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-88>. Acesso em: 19 jul. 2024.

As transições para a democracia em vários países da América Latina, África e Ásia contribuíram para a expansão e desenvolvimento do Neoconstitucionalismo, levando à incorporação de valores democráticos e direitos humanos como elementos centrais.

No Brasil, a jurisdição constitucional fora expressamente prevista na Constituição de 1891, inspirada na experiência norte-americana de controle difuso de constitucionalidade. Posteriormente, o controle abstrato de constitucionalidade foi inserido na Constituição de 1946, por meio da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, com a previsão da representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, tendo como legitimado o Procurador-Geral da República⁹.

Contudo, a expansão da jurisdição constitucional ocorreu verdadeiramente sob a égide da Constituição de 1988, marco do Neoconstitucionalismo no Brasil. Nela, definiu-se a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade humana (art. 1º, III, CRFB)¹⁰.

Essa expansão também se deu pela ampliação do rol dos legitimados para a propositura da ação direta e, pela Emenda Constitucional nº 3, criação de novos mecanismos de controle concentrado: a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 45, ampliou-se o rol dos legitimados para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade, igualando-o ao rol dos legitimados para a Ação Direta de Inconstitucionalidade¹¹.

Nesse contexto de novo Direito Constitucional, Luis Roberto Barroso¹² destaca que as Cortes Constitucionais podem assumir três papéis: contramajoritário, representativo e iluminista.

Elucida que, com o processo majoritário, os vencidos e as minorias sofrem o risco de terem os seus interesses ignorados e opiniões reprimidas, o que não se coaduna com a democracia em sua dimensão substantiva. Nesses casos, ressalta que, do poder de controlar a

⁹BARACHO JUNIOR, J. A. O.. A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. In: José Adércio Leite Sampaio. (Org.). **Constituição e crise política**. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, v. 1, p.211-212.

¹⁰BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

¹¹BARACHO JUNIOR, ref.9.

¹²BARROSO, Luis Roberto. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. **Revista da EMERJ** - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21/2019, n. 3, p. 11-35, set./dez. 2019.



constitucionalidade e invalidar leis que emergem de representantes eleitos pelo voto da maioria, pode se manifestar o papel contramajoritário das supremas cortes.

Em outras palavras, a atuação contramajoritária refere-se à capacidade dos tribunais, especialmente as cortes constitucionais ou supremas, de agir contra as decisões da maioria política ou legislativa para proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais, garantindo a força normativa da constituição.

O papel representativo, por sua vez, teria lugar nas situações em que o Legislativo se recusa a expressar o sentimento da maioria, gerando com isso uma crise de legitimidade e representatividade. Nesses casos, uma decisão judicial que, em harmonia com os anseios da maioria, infirme um ato do Congresso, exerce função representativa, não contramajoritária.

Por fim, o papel iluminista consiste na atuação da Suprema Corte no sentido das soluções que se mostrem as mais acertadas sob ponto de vista racional e de avanço civilizatório, apesar de não se ajustar aos anseios da maioria e do legislativo.

Portanto, com o Neoconstitucionalismo emergiu-se uma posição de protagonismo do Poder Judiciário que decorre de sua importante missão de fazer valer os direitos fundamentais, contexto do qual desponta o ativismo judicial.

2. ATIVISMO JUDICIAL E DESARMONIA ENTRE OS PODERES

O ativismo judicial refere-se a situações em que juízes, sobretudo de cortes superiores, exararam decisões que são vistas como inovações interpretativas da lei ou da Constituição, tendo um resultado modificador da ordem jurídica, em lugar de tão somente aplicá-las de acordo com precedentes já estabelecidos ou com a intenção original dos legisladores. Essas questões ilustram os desafios enfrentados pelo STF ao lidar com casos como a ADPF 442, nos quais o equilíbrio entre ativismo e respeito à separação de poderes é crucial.

Tal fenômeno emerge do processo de judicialização da política e da sociedade, possibilitado pela ampliação dos meios de acesso ao judiciário, seja pela via difusa ou pela via concentrada, lançado o Poder Judiciário no ponto nuclear e mais importante do Estado contemporâneo¹³.

¹³MORAES, Guilherme Braga Peña de. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: Reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. **Direito em**

Nessa posição protagonista, que pode se dar por meio da declaração de inconstitucionalidade das leis, da interpretação expansiva de direitos, ou da criação de novos princípios jurídicos, o Poder Judiciário é transformado na arena jurídica para a qual são deslocados os conflitos de interesse da arena política¹⁴.

A origem histórica desse fenômeno é considerada o caso *Marbury v. Madison* (1803), no qual a Suprema Corte Americana firmou entendimento de que era seu dever revisar e anular atos legislativos que fossem contrários à Constituição, sendo o primeiro precedente de controle judicial de constitucionalidade.

No Brasil, o ativismo judicial ganhou expressividade com a promulgação da Constituição de 1988, marco do neoconstitucionalismo brasileiro, devido ao seu caráter analítico, com amplo rol de direitos fundamentais.

Nesse contexto, ao Supremo Tribunal Federal foram submetidas inúmeras questões que o levaram a decidir casos polêmicos, seja em decorrência da inação dos demais Poderes, seja em razão de dissenso entre os membros da sociedade.

Como exemplo, pode-se citar a apreciação dos Mandados de Segurança nº 26602, 26603 e 26604, nos quais partidos políticos buscaram junto ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento do direito de manter as vagas conquistadas nas eleições proporcionais nos casos de infidelidade partidária injustificada¹⁵.

O Tribunal, em que pese reconhecer que o cancelamento da filiação partidária ou a troca de legenda pelo parlamentar não sejam causas previstas no rol taxativo de causas de perda de mandato parlamentar previsto no artigo 55 da Constituição, em uma atuação criativa reconheceu o direito dos partidos políticos de manter o número de cadeiras obtidas na Câmara dos Deputados nas eleições.

Movimento, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 15–33, 2019. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/155>. Acesso em: 2 ago. 2024.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 26604/DF**. Direito Constitucional e Eleitoral. Mandado de Segurança impetrado pelo Partido Democratas – DEM contra ato do presidente da Câmara dos Deputados. Natureza Jurídica da decisão do Tribunal Superior Eleitoral – TSE na Consulta n. 1.398/2007. Natureza e titularidade do mandato legislativo. Os partidos políticos e os eleitos no sistema representativo proporcional. Fidelidade partidária[...]. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 03 de outubro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87394/false>. Acesso em: 12 set. 2024.



Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54¹⁶, apresentada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, o Supremo Tribunal Federal do Brasil enfrentou a questão da antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos. O pedido foi julgado procedente, ensejando a declaração de inconstitucionalidade da interpretação que considera a interrupção da gravidez, nessas hipóteses, conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP.

Destaca-se, ainda, a recente decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal na análise do Recurso Extraordinário nº 635659 (Tema 506)¹⁷, que, por maioria, descriminalizou o porte de maconha para consumo pessoal e definiu que será presumido usuário – presunção relativa – quem adquirir, guardar, depositar ou transportar até 40 gramas de *Cannabis Sativa* ou seis plantas fêmeas.

O impacto social e político dessas decisões ativistas do Judiciário geraram debates intensos, principalmente devido ao poder que juízes e tribunais assumem em moldar políticas públicas e definir questões sociais sensíveis.

Em alguns casos, a atuação da Corte conta com amplo amparo da sociedade porque se mostra harmônica com a voz da maioria, suprimindo, assim, a crise de legitimidade e representatividade gerada pela inação dos demais poderes constituídos.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que avançam na proteção de direitos fundamentais, suscitam questionamentos sobre a legitimidade democrática do Judiciário, ao argumento de que não poderia um Poder que não é composto por agentes eleitos, tomar posições que alteram profundamente o tecido social sem o respaldo de um debate mais amplo por aqueles eleitos representantes do povo, ou seja, o Legislativo.

Esses argumentos são comumente empregados nos casos permeados por questões morais sobre as quais não há um deslinde na população. É o caso das críticas à decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal na análise do Recurso Extraordinário nº 635659, que descriminalizou o

¹⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Feto anencéfalo. Interrupção da Gravidez. Mulher. Liberdade Sexual e reprodutiva. Saúde [...]. Rel. Min. Marco Aurélio, DJE publicação 30/04/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 4 ago. 2024.

¹⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 635.659 (Tema 506)**. Ilícito Administrativo; Porte ou Posse de Drogas para Consumo Pessoal; *Cannabis Sativa* (Maconha) / Crimes Previstos na Legislação Extravagante; Lei de Drogas [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 02 de agosto de 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=informativos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&page=1&pageSize=10&queryString=Tema%20506%20%20Tipicidade%20do%20porte%20de%20droga%20para%20consumo%20pessoal.%20&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 11 set. 2024.

porte de maconha para consumo pessoal¹⁸, acusada de avançou sobre um tema ainda em discussão no Congresso Nacional.

Como reação, no Congresso Nacional parlamentares vêm requerendo agilidade na votação da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 45, de 2023, que visa a incluir na Constituição Federal um dispositivo para tornar crime a posse e o porte de qualquer quantidade de droga ilícita, inclusive a maconha¹⁹.

Os mesmos fundamentos, somados aos argumentos de ordem moral, foram empregados como contra a decisão que permitiu a antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos na ADPF nº 54, e vêm sendo empregados contra a descriminalização do aborto até 12 semanas de gestação objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442, como adiante se aprofunda.

Essas decisões judiciais sobre temas polêmicos, como a fidelidade partidária (MS nº 26604/DF) e a descriminalização da maconha (RE nº 635.659), ilustram o impacto político do ativismo judicial. No caso da ADPF 442, o STF enfrentará desafios semelhantes, especialmente no que tange à sua legitimidade democrática.

Assim, do ponto de vista político, o ativismo judicial pode gerar tensões entre os poderes, desestabilizando o equilíbrio institucional ao colocar o Judiciário como protagonista em questões de grande relevância social.

Nesse cenário de tensão entre Neoconstitucionalismo e democracia, que pode desvirtuar o papel da Constituição e colocar em risco a segurança jurídica e a legitimidade democrática das decisões judiciais, muito se debate acerca de quais seriam os limites dentro dos quais a atuação do juiz ativista mostrar-se-ia legítima e recomendável.

Embora não se confunda com a margem de conformação de que dispõe o legislador, é indiscutível certa dose de discricionariedade e criatividade na interpretação da norma devido à existência de polissemias inerentes à linguagem²⁰.

¹⁸DEPUTADOS comentam decisão do STF a favor da descriminalização da maconha para uso pessoal. **Agência Câmara de Notícias**. Brasília, DF. 25 jun. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1076859-deputados-comentam-decisao-do-stf-a-favor-da-descriminalizacao-da-maconha-para-uso-pessoal/>. Acesso em: 29 jul. 2024.

¹⁹CLEITINHO critica decisão do STF de descriminalizar porte de maconha. **Agência Senado**. Brasília, DF. 26 jun. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/06/26/cleitinho-critica-decisao-do-stf-de-descriminalizar-porte-de-maconha>. Acesso em: 29 jul. 2024.

²⁰COSTA, Lucas Sales da. **Legitimidade e critérios de atuação do Poder Judiciário no cenário do neoconstitucionalismo**: para além da jurisdição constitucional. 64 f. Trabalho monográfico (Curso de Pós-Graduação



No entanto, essa ampliação da discricionariedade judicial decorrente da determinação semântico-normativo dos princípios, faz surgir o receio de uma crise democrática gerada pela possibilidade de a ponderação dos princípios ser resolvida com base nas preferências ideológicas do julgador²¹.

Para tornar possível controle hermenêutico das decisões judiciais ativistas, aumenta-se a necessidade de uma fundamentação sólida e transparente para que as decisões sejam vistas como legítimas e equilibradas²².

Segundo destaca Guilherme Sandoval Góes, não sendo desvirtuado o núcleo essencial do direito, a jurisdição ativista gozará de legitimidade democrática, porque não invade a discricionariedade do Legislativo²³.

Explica que o ativismo judicial proporcional ocorre com o escopo de superar a síndrome de inefetividade das normas constitucionais, mas sob a obrigação de convencer a comunidade aberta de intérpretes da constituição de que decide conforme o sentimento constitucional de justiça.

Por outro lado, será desproporcional e maléfico à democracia o ativismo judicial que cria direitos extrapolando o conteúdo jurídico mínimo dos direitos fundamentais e o sentimento constitucional de justiça, o que acarreta violação à separação de poderes e, consequentemente, a ilegitimidade democrática da atuação jurisdicional.

Portanto, o ativismo judicial pode se apresentar de forma benéfica ou maléfica à democracia, a depender da observância, ou não, da proporcionalidade nessa atuação. Essas questões ilustram os desafios enfrentados pelo STF ao lidar com casos como a ADPF 442, nos quais o equilíbrio entre ativismo e respeito à separação de poderes é crucial.

Sob esse enfoque, busca-se analisar da legitimidade do STF para, no julgamento da ADPF nº 442, decidir sobre a descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação.

em Direito Constitucional) –Escola de Direito de Brasília - EDB, Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília/DF, 2016

²¹PAULINO, Ezi Francisca da Silva. **Os limites da competência do Supremo Tribunal Federal na descriminalização do aborto**. 2019. 137 fl. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito, 2019. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1373>. Acesso em: 12 set. 2024.

²²*Ibid.*

²³GÓES, Guilherme Sandoval. Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no Estado de Direito contemporâneo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** nº 88, abr./jun. 2023. Disponível em: <https://mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-88>. Acesso em: 19 jul. 2024.

3. A (I)LEGITIMIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DECIDIR SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NA ADPF 442

A ADPF nº 442²⁴, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), visa à declaração de não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal para a descriminalização do aborto voluntário até a décima segunda semana de gestação, sob o argumento de que as razões jurídicas que motivaram a criminalização do aborto pelo Código Penal de 1940 não se sustentam.

Alega-se que a criminalização do aborto provoca violações ao direito à dignidade humana, à saúde (art. 6º da Constituição Federal), à integridade física e psicológica das mulheres, à proibição de submissão à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III da Constituição Federal), além de ferir os direitos reprodutivos das mulheres.

Essas violações decorreriam da compulsoriedade da manutenção da gravidez ou da utilização de técnicas inseguras para a realização do aborto, o que, em grande parte dos casos, resulta na morte das gestantes, especialmente daquelas que fazem parte de grupos vulneráveis.

Na análise dessa ADPF, a Ministra Rosa Weber²⁵, em voto proferido em 2023, enfatizou o direito à autonomia das mulheres sobre seus corpos, sustentando que a decisão de interromper a gestação pertence à mulher, cabendo ao Estado o dever de não interferir. A decisão da Ministra Rosa Weber gerou intensos debates, com críticos argumentando que o julgamento contraria a opinião pública, que, segundo o Datafolha, permanece majoritariamente contrária à descriminalização do aborto.

Além disso, a Ministra entendeu que a criminalização do aborto, tal como prevista nos artigos 124 e 126 do Código Penal, é desproporcional porque desconsidera as múltiplas razões que levam uma mulher a decidir pela interrupção da gravidez, e prejudica, sobretudo, as mulheres pobres e negras, que têm menos acesso a serviços de saúde seguros para realizar o procedimento de maneira clandestina.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442**. Relatora: Min. Rosa Weber, 22 de setembro 2023. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf&ved=2ahUKEwjMhbPW_cOLAxXiq5UCHbDaDqkQFnoECAgQAQ&usq=AOvVaw1q5GQENSk2Wo7IPunJ9MVX. Acesso em: 13 set. 2024.

²⁵*Ibid.*



Ela observou que, enquanto mulheres com melhores condições financeiras podem procurar clínicas clandestinas mais seguras, as mulheres em situação de vulnerabilidade acabam recorrendo a métodos perigosos, muitas vezes fatais.

Em momento anterior, na análise do *Habeas Corpus* nº 124306/RJ²⁶, julgado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) em novembro de 2016, essa questão já havia sido abordada como pano de fundo na análise da legalidade da prisão preventiva de médicos e funcionários de uma clínica clandestina de aborto que foram presos em flagrante em Duque de Caxias, no Estado do Rio de Janeiro.

Na decisão, tomada por 3 votos a 2²⁷, com base na teoria alexyana, concluiu-se que a criminalização do aborto no primeiro trimestre da gestação viola os direitos fundamentais das mulheres devido à sua desproporcionalidade, uma vez que coloca a saúde e a vida das mulheres em risco, ao empurrá-las para procedimentos inseguros e clandestinos.

Assim, decisão considerou que o direito à vida do feto não é absoluto e deve ser ponderado em relação aos direitos da mulher, motivo pelo qual a punição prevista nos artigos 124 e 126 do Código Penal seria incompatível com a Constituição Federal no que se refere à interrupção da gravidez no primeiro trimestre.

Em posicionamento contrário à descriminalização do aborto, Ives Gandra²⁸ ressalta que o artigo 5º da CRFB/88 consagra expressamente a inviolabilidade do direito à vida, que deve ser garantido desde a concepção. Isso porque a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, determina o dever de se proteger por lei esse direito, em geral, desde o momento da concepção²⁹.

²⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Habeas Corpus* nº 124306/RJ. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>. Acesso em: 09 set. 2024.

²⁷Posicionou-se pela não recepção o Min. Roberto Barroso, que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Os demais Ministros da 1ª Turma, Marco Aurélio e Luiz Fux, não apenas discutiram acerca da legalidade da prisão preventiva.

²⁸GANDRA, Ives. **Pode o STF legislar sobre o aborto?**. Consultor Jurídico. São Paulo, SP. 27 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-27/ives-gandra-stf-legislar-aborto/>. Acesso em: 06 set. 2024

²⁹BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 06 set. 2024.

Segundo Victor Sales Pinheiro³⁰, essa proteção legal à vida do nascituro é exercida pelos artigos 124 e 126 do Código Penal, que não apresentam dúvidas sobre o bem jurídico tutelado e não o condiciona ao cumprimento de qualquer condição posterior, como a formação do sistema nervoso central, que geralmente se dá após o terceiro mês.

Ao analisar os fundamentos apresentados para justificar a menor tutela do nascituro nos três primeiros meses de gestação, acrescenta que são desconsiderados diversos estudos recentes em embriologia, nos quais se conclui que o feto ou embrião humano é um ser vivo e, portanto, não se pode falar em ‘vida potencial do feto’.

Além desses fundamentos, muitos críticos argumentam que a descriminalização contraria a opinião pública, que permanece majoritariamente contrária à descriminalização do aborto. De acordo com uma pesquisa do Datafolha³¹ realizada em junho de 2024, 38% dos entrevistados entendem que o aborto deve ser totalmente proibido em qualquer situação, 34% defendem que a regulamentação do aborto deve continuar como é hoje, e 17% apoiam a legalização em mais situações³². Em um levantamento anterior, realizado pelo PoderData³³ em janeiro de 2024, apontou-se 61% de oposição à descriminalização.

Nesse conflito entre as normas da Constituição brasileira que garantem o direito à vida do nascituro (artigo 5º, caput) e a autonomia da mulher – extraída do princípio da dignidade humana (inciso III do artigo 1º) –, permeado por questões morais sobre as quais não há consenso na população, debate-se a legitimidade democrática do STF para a solução desse *hard case*.

Como já explicitado, fruto do processo de expansão e fortalecimento da jurisdição constitucional, a CRFB/88 ampliou os mecanismos de acesso ao STF para o controle concentrado de constitucionalidade. Uma vez provocada, a Corte poderia assumir um papel contramajoritário, representativo ou progressista.

³⁰PINHEIRO, Victor Sales. Ativismo judicial e discricionariedade neoconstitucional – uma reflexão sobre o voto do Ministro Barroso pela descriminalização do aborto no *Habeas Corpus* nº 124.306/2016-STF. **Rev. Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2022, p. 1813-1851.

³¹POSIÇÃO de proibir o aborto em qualquer situação é minoritária no Brasil. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, SP. 21 jun. 2024. Disponível em: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniao-e-sociedade/2024/06/posicao-de-proibir-aborto-em-qualquer-situacao-e-minoritaria-38-no-brasil.shtml>. Acesso em: 06 set. 2024

³²Os dados foram extraídos do relatório completo da pesquisa, que pode ser acessado a partir do link que consta na referência acima.

³³CONTRÁRIOS ao aborto no Brasil batem recorde e chegam a 61%. **Poder360**. Brasília, DF. 3 fev. 2024. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poderdata/contrarios-ao-aborto-no-brasil-batem-recorde-e-chegam-a-61/>. Acesso em: 06 set. 2024.



No caso em análise, considerando que as pesquisas mostram uma tendência de rejeição à descriminalização do aborto no Brasil, caso seja julgada procedente a ADPF nº 442, na linha do voto exarado pela Ministra Rosa Weber e do entendimento fixado no HC nº 124306/RJ, o STF estaria assumindo o papel contramajoritário ou, para alguns, o progressista.

O Ministro Luís Roberto Barroso³⁴ afirma que a legitimidade do papel contramajoritário dos Tribunais Constitucionais fundamenta-se na proteção dos direitos fundamentais, que devem ser preservados contra eventuais corrosões pelo processo político majoritário, bem como na proteção da democracia contra deturpações do jogo político e dos canais de participação política, incluindo as minorias.

Contudo, se por um lado o poder contramajoritário permite que as minorias defendam os seus direitos para opor-se às imposições da maioria, por outro, pode revelar um viés antidemocrático, por asfixiar o parlamento eleito pela negação da existência de uma autonomia política para realizar suas escolhas³⁵.

Além disso, sob pretexto de corrigir uma crise de representatividade da minoria, essa atuação pode retirar do cidadão, que também integra a comunidade de intérpretes da constituição, o direito de participar da resolução final de questões relevantes, que podem ficar imobilizadas pela solução definitiva do Judiciário.

Como já ressaltado, o ativismo judicial, para que não se apresente desproporcional e maléfico à democracia, não pode criar direitos extrapolando o conteúdo jurídico mínimo dos direitos fundamentais e o sentimento constitucional de justiça. Caso contrário, acarretaria violação à separação de poderes e, conseqüentemente, a ilegitimidade democrática da atuação jurisdicional.

Assim, a atuação contramajoritária do STF na análise da ADPF nº 442, para que não se apresente antidemocrática, justificar-se-á se restar constatado o desrespeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais das mulheres.

O artigo 124 do Código Penal prevê pena de detenção, de um a três anos, para quem “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”. O artigo 126, por sua vez,

³⁴BARROSO, Luís Roberto. **Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas**. Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 21/2019, n. 3, p. 11-35, set./dez. 2019.

³⁵PAULINO, Ezi Francisca da Silva. **Os limites da competência do Supremo Tribunal Federal na descriminalização do aborto**. 2019. 137 fl. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito, 2019. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1373>. Acesso em: 12 set. 2024.

pune quem “provocar aborto com o consentimento da gestante” com um a quatro anos de reclusão. Já no artigo 128, o CP elenca situações nas quais “não se pune o aborto”, quais sejam, o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

No primeiro caso, na ponderação de valores feita pelo legislador, o direito à vida, à saúde e à integridade física da mulher preponderou sobre o direito à vida do nascituro. O mesmo se deu no caso específico da gravidez decorrente de estupro, pois o legislador preservou o direito de escolha da mulher, independentemente da viabilidade ou inviabilidade do feto.

Em abril de 2012, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54³⁶, declarou inconstitucionais interpretações que enquadrassem a interrupção da gravidez caso seja constatada, por meio de laudo médico, a anencefalia do feto, como incursa nos tipos penais proibitivos do aborto previstos no Código Penal.

Nesse julgamento, prevaleceu as garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe sobre o direito à vida do feto anencéfalo, que não teria chances de sobreviver.

Assim, embora o tratamento que atualmente é dado à questão possa não satisfazer a todos os grupos sociais, isso não significa que o núcleo essencial dos direitos fundamentais das mulheres esteja sendo violado.

Não significa, ainda, tratar-se de inércia legislativa, mas em opção política, o que se evidencia pela possibilidade de reação legislativa por meio do PL 1904/2024³⁷, que objetiva equiparar o aborto ao homicídio, tornado a situação das mulheres ainda mais gravosa.

Assim, a legitimidade da atuação do STF na ADPF 442 dependerá de sua capacidade de demonstrar que a decisão está alinhada ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, sem comprometer a separação de poderes.

³⁶BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Feto anencéfalo. Interrupção da Gravidez. Mulher. Liberdade Sexual e reprodutiva. Saúde [...]. Rel. Min. Marco Aurélio, 30 de abril de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 4 ago. 2024.

³⁷BRASIL. **Projeto de Lei nº 1904, de 2024**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, para acrescentar dois parágrafos ao art. 124, um parágrafo único ao artigo 125, um segundo parágrafo ao artigo 126 e um parágrafo único ao artigo 128, todos do Código Penal Brasileiro, e dá outras providências. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 12 set. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2700722>. Acesso em: 13 set. 2024.



Diante desse enredo problemático, deve-se reconhecer a necessidade de soluções constitucionais que fortaleçam a democracia, devendo o Poder Judiciário, especialmente em sede de controle de constitucionalidade, atuar racionalmente nos limites de sua competência traçada pelo Constituinte, criando oportunidades para um diálogo jurídico-legislativo sobre questões constitucionais.

CONCLUSÃO

O Neoconstitucionalismo é um movimento no campo do Direito Constitucional que emergiu nas últimas décadas do século XX representando uma mudança de paradigma que conferiu centralidade à concretização dos direitos fundamentais e reconheceu a força normativa dos princípios.

A força normativa dos princípios permitiu utilizá-los diretamente como fundamento das decisões judiciais e, por permitem avaliações flexíveis, a interpretação e a ponderação dos princípios conferiram maior discricionariedade ao judiciário na solução de casos complexos.

Tais mudanças paradigmáticas, somadas à ampliação dos meios de acesso ao Judiciário, conferiram a este um papel proeminente na concretização dos direitos fundamentais, resultando em um ativismo judicial crescente e na transformação desse poder em uma arena na qual se intenta resolver conflitos de interesse que antes eram tratados na esfera política.

Contudo, essa atuação tem sido objeto de intensas críticas, especialmente quando gera tensões entre os Poderes da República ou questionamentos sobre sua legitimidade democrática. O ativismo judicial, embora frequentemente necessário para garantir a eficácia dos direitos fundamentais, beneficiando a democracia especialmente no que tange aos direitos das minorias, precisa respeitar os limites traçados pela separação de poderes e observar o princípio da proporcionalidade.

Essa discussão é particularmente relevante na análise da legitimidade do STF na ADPF nº 442, devido a divisão na opinião pública sobre a descriminalização do aborto. Como demonstrado, o respeito à autonomia das mulheres é contraposto à tutela da vida do nascituro, revelando um verdadeiro *hard case* jurídico e moral.

Esse conflito entre direitos fundamentais levanta debates sobre a legitimidade democrática do STF, tendo em vista que o impacto social de uma decisão como essa reverbera em toda a sociedade, não se limitando ao aspecto jurídico.

A controvérsia revela a necessidade de um Judiciário equilibrado, que atue nos limites de sua competência traçada pelo Poder Constituinte, criando oportunidades para um diálogo jurídico-legislativo que fortaleça a democracia e respeite à discricionariedade legislativa. Assim se manterá a legitimidade democrática da atuação judicial.

Ao analisar a legitimidade do STF para decidir sobre a descriminalização do aborto na ADPF nº 442, o presente trabalho não apenas contribui para o debate acadêmico sobre ativismo judicial, mas também oferece uma reflexão essencial sobre os limites da atuação judicial em um estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BARACHO JUNIOR, J. A. O. . A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. In: José Adércio Leite Sampaio. (Org.). **Constituição e crise política**. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, v. 1.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito / Neoconstitutionalism and constitutionalization of the Law. **Revista Quaestio Iuris**, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 1–48, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/quaestioiuris/article/view/11641>. Acesso em: 2 jan. 2024.

BARROSO, Luis Roberto. Os três papéis desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. **Revista da EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21/2019, n. 3, p. 11-35, set./dez. 2019.

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 06 set. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1904, de 2024**. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, para acrescentar dois parágrafos ao art. 124, um parágrafo único ao artigo 125, um segundo parágrafo ao artigo 126 e um parágrafo único ao artigo 128, todos do Código Penal Brasileiro, e dá outras



providências. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 12 set. 2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2700722>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF**. Feto anencéfalo. Interrupção da Gravidez. Mulher. Liberdade Sexual e reprodutiva. Saúde [...]. Rel. Min. Marco Aurélio, 30 de abril de 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 4 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 442**. Relatora: Min. Rosa Weber, 22 de setembro 2023. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto.ADPF442.Versa771oFinal.pdf&ved=2ahUKEwjMhbPW_cOLAXiq5UCHbDaDqkQFnoECAGQAQ&usg=AOvVaw1q5GQENSk2Wo7IPunJ9MVX. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus nº 124306/RJ**. Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, 29 de novembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>. Acesso em: 09 set. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 26604/DF**. Direito Constitucional e Eleitoral. Mandado de Segurança impetrado pelo Partido Democratas – DEM contra ato do presidente da Câmara dos Deputados. Natureza Jurídica da decisão do Tribunal Superior Eleitoral – TSE na Consulta n. 1.398/2007. Natureza e titularidade do mandato legislativo. Os partidos políticos e os eleitos no sistema representativo proporcional. Fidelidade partidária[...]. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 03 de outubro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87394/false>. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 635.659 (Tema 506)**. Ilícito Administrativo; Porte ou Posse de Drogas para Consumo Pessoal; *Cannabis Sativa* (Maconha) / Crimes Previstos na Legislação Extravagante; Lei de Drogas [...]. Relator: Min. Gilmar Mendes, 02 de agosto de 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=informativos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&page=1&pageSize=10&queryString=Tema%20506%20%20Tipicidade%20do%20porte%20de%20droga%20para%20consumo%20pessoal.%20&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 11 set. 2024.

CLEITINHO critica decisão do STF de descriminalizar porte de maconha. **Agência Senado**. Brasília, DF. 26 jun. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/06/26/cleitinho-critica-decisao-do-stf-de-descriminalizar-porte-de-maconha>. Acesso em: 08 ago. 2024.

COSTA, Lucas Sales da. **Legitimidade e critérios de atuação do Poder Judiciário no cenário do neoconstitucionalismo**: para além da jurisdição constitucional. 64 f. Trabalho monográfico (Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional) –Escola de Direito de Brasília - EDB, Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília/DF, 2016

DEPUTADOS comentam decisão do STF a favor da descriminalização da maconha para uso pessoal. **Agência Câmara de Notícias**. Brasília, DF. 25 jun.2024. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1076859-deputados-comentam-decisao-do-stf-a-favor-da-descriminalizacao-da-maconha-para-uso-pessoal/>. Acesso em: 08 ago. 2024.

GANDRA, Ives. **Pode o STF legislar sobre o aborto?**. Consultor Jurídico. São Paulo, SP. 27 set. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-27/ives-gandra-stf-legislar-aborto/>. Acesso em: 06 set. 2024

GÓES, Guilherme Sandoval. Ativismo judicial, judicialização da política e politização da justiça no Estado de Direito contemporâneo. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro** nº 88, abr./jun. 2023. Disponível em: <https://mprj.mp.br/servicos/revista-do-mp/revista-88>. Acesso em: 19 jul. 2024.

LORDELO, João Paulo. **Noções Gerais de Direito e Formação Humanística**. 8.ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Juspodivm, 2024.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. Constitucionalismo brasileiro: passado, presente e futuro da Constituição cidadã. **Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença, [S. l.]**, v. 20, n. 2, p. e20 222007, 2022. DOI: 10.24859/RID.2022v20n2.1379. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/1379>. Acesso em: 2 jan. 2024.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: Reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. **Direito em Movimento, [S. l.]**, v. 17, n. 2, p. 15–33, 2019. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/direitoemmovimento/article/view/155>. Acesso em: 2 ago. 2024.

PAULINO, Ezi Francisca da Silva. **Os limites da competência do Supremo Tribunal Federal na descriminalização do aborto**. 2019. 137 fl. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito, 2019. Disponível em: <http://tede2.unicap.br:8080/handle/tede/1373>. Acesso em: 12 set. 2024.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.



FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Louise Maria Simplicio Lebarbenchon

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Resumo – a Lei nº 8.009/90 institui a impenhorabilidade dos bens de família frente a execuções das mais diversas naturezas, comportando poucas exceções à sua regra geral. Atualmente, não há previsão de limite de valor ou da extensão do bem a ser tutelado, possibilitando que devedores inadimplentes concentrem seus patrimônios em imóveis luxuosos como mero meio de blindagem patrimonial, sob justificativa de estarem abarcados pela referida lei. O presente artigo tem por objetivo demonstrar o meio pelo qual, através de uma interpretação civil constitucional e ponderando os direitos e princípios em conflito, é possível chegar a uma solução à hipótese narrada sem prejudicar o direito social à moradia do devedor e do seu núcleo familiar.

Palavras-chave – Direito Civil. Impenhorabilidade do bem de família. Bem imóvel de alto luxo. Princípio da dignidade da pessoa humana. Direito constitucional à moradia.

Sumário – Introdução. 1. O Instituto do Bem de Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2. A Impenhorabilidade do Bem de Família na Hermenêutica Constitucional 3. A Ponderação de Princípios Constitucionais na Mitigação da Impenhorabilidade de Bens de Família de Luxo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem por objetivo analisar o instituto do bem de família à luz dos valores e princípios que norteiam sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, confrontando-o com outros princípios de igual relevância na legislação pátria, notadamente o da dignidade da pessoa humana.

A Lei nº 8.009/90, responsável por instituir e regulamentar o bem de família legal no direito brasileiro, implementa a impenhorabilidade desse bem em face de execuções judiciais, tornando-o insuscetível de ser utilizado para a satisfação de dívidas, excetuando-se poucas hipóteses à regra mencionada.

O objetivo primordial da referida lei é proteger o direito social à moradia, preconizado no art. 6º, *caput*, da CRFB/88, de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana e, ao mesmo tempo, garantir aos indivíduos o mínimo existencial.

Entretanto, constata-se que, não obstante a real intenção da Lei nº 8.009/90, há quem dela se utilize para se beneficiar indevidamente do instituto e concentrar todo o seu patrimônio na residência familiar, por muitas vezes, luxuosa, com o único intuito de frustrar os direitos de

seus credores. Estes, por sua vez, sofrem prejuízos, uma vez que não encontram bens penhoráveis aptos à satisfação de seus créditos.

Nessa perspectiva, o tema em análise reveste-se de grande relevância para o meio jurídico, tendo em vista que o propósito da lei e a própria proteção conferida aos indivíduos acabam sendo distorcidos, transformando-se em uma mera blindagem patrimonial.

Assim, ainda que a Lei nº 8.009/90 tenha por objetivo resguardar a residência familiar diante de possíveis adversidades futuras, impedindo que a família fique desamparada em momentos de crise, é imprescindível reconhecer que tal dispositivo legal, em algumas situações, tem sido utilizado como subterfúgio para a tutela de interesses escusos.

Por tais razões, uma análise aprofundada sobre os princípios e direitos fundamentais envolvidos torna-se necessária.

Diante disso, a questão que orienta a presente pesquisa é a seguinte: até que ponto a impenhorabilidade do bem de família justifica a frustração dos direitos do credor em reaver o seu crédito? Ademais, esse limite é ultrapassado quando a impenhorabilidade de bens de luxo prevalece, ainda que o credor tenha sua dignidade e seu sustento atingidos por tal decisão?

A partir da problemática apresentada, o primeiro capítulo do trabalho introduz o instituto do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro, abordando os direitos que o legislador pretende proteger ao prever a impenhorabilidade do bem familiar.

Em seguida, no segundo capítulo realiza-se uma análise sob a ótica do direito civil constitucional acerca do instituto apresentado, discutindo-se como deveriam ser interpretadas e aplicadas as normas jurídicas no direito brasileiro, para apresentar uma possível solução para o problema em questão.

Por fim, o terceiro capítulo tem por objetivo analisar a forma pela qual podem os direitos e princípios em conflito ser ponderados, e o modo pela qual essa prática vem sendo entendida e aplicada atualmente pela jurisprudência brasileira. Sendo assim, o capítulo analisa também as normas invocadas pelos operadores do direito acerca do tema, bem como a evolução do entendimento jurisprudencial ao permitir a mitigação da impenhorabilidade de certos institutos.

A metodologia utilizada para a análise é a dedutiva, pois se pretende partir de uma premissa geral para alcançar conclusões específicas.

A abordagem escolhida é qualitativa, uma vez que a pesquisa se fundamenta em doutrinas e jurisprudências disponíveis para a análise do tema proposto.



1. O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, faz-se necessária uma breve e sintética compreensão do conceito de bem de família, a fim de possibilitar, posteriormente, um aprofundamento da análise de suas nuances, os direitos e princípios a ele aplicáveis.

Nesse sentido, e, em apertada síntese, define-se o bem de família como um bem jurídico cuja titularidade é protegida em prol do devedor e de sua própria família.

Atualmente, permite-se que bem de família seja instituído de forma voluntária, hipótese regulamentada pelo Código Civil¹, ou, ainda, que ele seja constituído de forma legal, nos termos da Lei nº 8.009/90².

Originalmente, a figura jurídica do bem de família foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro a partir de sua previsão no Código Civil de 1916³, que, entre seus arts. 70 a 73, previa a possibilidade de resguardar o imóvel familiar de ser executado, desde que cumpridos os requisitos legalmente previstos.

Ainda assim, o bem de família brasileiro teve inspiração no instituto criado 1893, com a publicação do *Homestead Exemption Act* na Constituição do Texas, nos Estados Unidos⁴. Nele, o *homestead* – bem de família – era protegido contra a execução forçada de um credor, ao passo que permitia que o devedor e sua família permanecessem no imóvel do qual eram proprietários.

Do contrário, admitir-se-ia que o credor executasse o único bem do devedor, deixando este e sua família à mercê de crises e adversidades econômicas e sociais.

Nesse sentido, para que o bem se enquadrasse no rol protetivo previsto pelo *homestead*, deveria ele corresponder a até, no máximo, cinquenta acres de terra ou a um lote urbano, incluindo a residência familiar e benfeitorias que não superassem a quantia de quinhentos dólares.

¹BRASIL. **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: 08 set. 2024.

²BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm. Acesso em: 08 set. 2024.

³BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República dos Estados Unidos do Brasil, 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm. Acesso em: 08 set. 2024.

⁴PIRES NETO, Ari Álvares. **Inovações do Bem de Família no Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <https://irib.org.br/obras/inovacoes-do-bem-de-familia-no-novo-codigo-civil-brasileiro>. Acesso em: 08 set. 2024.

Evidente, pois, que o intuito do bem de família sempre foi o de proteger o direito social à moradia dos indivíduos, ao passo que prevê hipóteses nas quais, ainda que exista uma dívida a ser adimplida, pode o devedor permanecer na posse e na propriedade de o seu imóvel familiar, garantindo mínimo existencial apto a viver de forma digna.

Assim, evidente que o direito que bem de família sempre pretendeu resguardar é o direito social à moradia.

Pois bem, após sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, o instituto do bem de família foi gradualmente sendo remodelado e readaptado para se adequar às peculiaridades nacionais. Atualmente, se faz a distinção entre dois tipos diversos de bem de família: o bem de família voluntário e o bem de família legal.

O bem de família voluntário é regido pelo Código Civil⁵, na parte especial do Direito de Família – ao contrário do CC/16⁶, que o dispunha na Parte Geral – e é previsto do art. 1.711 a 1.722 do CC/2002. Sua denominação se dá tendo em vista que eles somente são instituídos como bens de família e postos a salvo de execuções a partir da vontade de seus instituidores, sejam eles o casal, a entidade familiar ou, ainda, terceiro que, mediante escritura pública ou testamento, assim o estipule.

Ademais, para a instituição voluntária do bem de família é necessário que seja respeitado o limite de até 1/3 (um terço) do patrimônio líquido de seu instituidor.

Em relação aos bens de família legais, eles são assim classificados porque sua instituição decorre da própria lei, na qual o próprio Estado determina a impenhorabilidade dos bens imóveis que nela se amoldem, desde que preenchidos os requisitos legalmente previstos. Nesse condão, a lei que institui e regulamenta a impenhorabilidade do bem de família é a Lei nº 8.009/90⁷.

Nesse sentido, Rolf Madaleno⁸ conceitua o bem de família nos seguintes termos:

[...] o bem de família instituído pela Lei n. 8.009/1990 isenta o imóvel destinado a servir de domicílio da família do devedor, de execução por dívidas de índole civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de qualquer natureza, salvo as exceções previstas em relação aos débitos descritos no seu artigo 3º, sendo intento do instituto proteger o direito de propriedade que serve de abrigo para a família, não no propósito de asilar o mau pagador, e sim no sentido de equilibrar o processo executivo. A finalidade do bem de família é proteger a habitação, o lugar comum dos membros da família, fortalecendo o direito ao teto familiar, sem o qual é impensável o desenvolvimento e crescimento das relações familiares. [...]

⁵BRASIL, ref. 1.

⁶BRASIL, ref. 3.

⁷BRASIL, ref. 2.

⁸MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 14. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*.



O bem de família legal, portanto, recai sobre imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, sendo ele impenhorável e oponível, a princípio, em face de qualquer processo de execução, seja ele civil, fiscal, previdenciário, trabalhista ou, ainda, de outra natureza, conforme dispõe o art. 1º da lei.

Ainda, a proteção conferida aos imóveis em questão é abordada também pelo imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados, nos termos do parágrafo único do art. 1º da lei.

Nesses termos, percebe-se imediatamente a diferença de tratamento proposta pelo bem de família voluntário e pelo bem de família texano, o *homestead*, que põe a salvo, desde logo, limites de extensão ou de valor para proteger os imóveis em questão.

Afinal, a imposição de certos limites de tutela não é feita levianamente, mas sim com o intuito de evitar frustrar direitos que eventuais credores possam ter com o devedor. Assim, ao impor demarcações à extensão dessa proteção, deixa-se uma margem livre para que outros possam vir reclamar seus direitos, e tenham onde satisfazê-los, caso sejam julgados procedentes.

Portanto, a inexistência de limitação quanto ao bem de família legal, além de ser incongruente com o próprio bem de família voluntário, cria margem para que indivíduos se escusem de suas obrigações sob pretexto de estarem protegidos pela lei.

A moradia, enquanto o direito social previsto no art. 6º, CRFB/88⁹, traduz a real necessidade de que o indivíduo tem de se resguardar, de se proteger, de ter direito a uma vida digna, privada, de ter a inviolabilidade de seu lar garantido e sua intimidade respeitada.

Diz-se, portanto, que o intuito da lei é promover o direito à moradia de forma abstrata, ou seja, de que se tenha um local digno para morar, e não o direito de morar ou permanecer em uma residência em específico, inobstante as dívidas que se possa ter contraído ao longo do caminho.

Na qualidade de direito fundamental de segunda geração, o direito à moradia surge da necessidade de um Estado ativo e promocional que fomente o equilíbrio social e a isonomia material após a fase liberal do constitucionalismo¹⁰.

⁹BRASIL. [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: 8 set. 2024.

¹⁰BOURET, Aurélio. **Curso de Direito Civil Completo (Módulo Extensivo)**. Disponível em: <https://direitocivilcompletoprofaureli.club.hotmart.com/lesson/k7QGnBml4y/aviso>. Acesso em: 8 set. 2024.

Importa a realização dessa análise porque o que se verifica atualmente é que, por falta de previsão legislativa que mitigue a impenhorabilidade do bem de família, cujo objetivo principal é promover o direito à moradia, norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, há um movimento de abuso da proteção dada pelo Estado para ferir o direito do próximo, normalmente o credor, de satisfazer o seu crédito, promovendo um novo desequilíbrio social.

Fato é que, indevidamente invocada, a Lei nº 8.009/90¹¹ protege aqueles que, de má-fé, concentram o seu patrimônio em residências luxuosas e de alto padrão, não mantendo nenhum outro tipo de bem exequível em seu nome. Nesse cenário, ainda que se trate de verbas trabalhistas, necessárias à subsistência do credor, que interferem diretamente na sua esfera de direito, sua dignidade, o seu mínimo existencial e de sua família, a impenhorabilidade do imóvel é declarada e o crédito deixa de ser adimplido.

Fatalmente, ainda que não esteja previsto expressamente como exceção à impenhorabilidade do bem família, não há como negar que a impossibilidade de penhorar bens imóveis luxuosos ou de alto padrão torna os processos de execução menos eficazes, obstando os credores de terem seus créditos ressarcidos.

Ainda, a ocorrência cada vez maior da prática demonstra a necessidade de adotar medidas, dentro dos limites e de acordo princípios e valores constitucionalmente emanados, para que se chegue a uma solução e sejam tutelados os direitos de ambas as partes, impossibilitando que essa modalidade de blindagem patrimonial vire a regra em execuções.

2. A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Compreendido inicialmente o instituto do bem de família, sua origem, e a forma pela qual ele é regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro, se faz igualmente necessária uma análise dos interesses em conflito quando sua impenhorabilidade é tratada como um direito absoluto, e investigar se ela é passível de ser mitigada.

Assim como o devedor tem a prerrogativa de ver o seu direito tutelado, existem interesses diametralmente opostos, mas igualmente dignos de serem resguardados, pertencentes ao credor. Afinal, as verbas que ele deixa de receber com a impossibilidade de penhora de ativos

¹¹BRASIL, ref. 2.



da parte inadimplente atingem também sua esfera da dignidade humana e obsta o alcance de seu mínimo existencial.

É imperativo lembrar que o credor e sua família também dependem do que ele tem direito a receber para que possam se sustentar, de modo que se impõe a necessidade de observação do instituto do bem de família pela ótica da parte credora da obrigação, e não somente pela parte devedora, como é feita de costume.

Nesse sentido, destaca-se que a própria Lei nº 8.009/90¹² põe a salvo hipóteses que permitem a relativização do bem de família, ou seja, exceções que afastam a impenhorabilidade do bem para salvaguardar o outro direito de perecimento. Assim, novamente, destaca-se que o mesmo texto que institui a aludida proteção permite também que ela seja posta de lado para a tutela de outros direitos igualmente interessantes, ainda que não sejam os do devedor e de sua família.

Partindo desse reconhecimento pelo próprio legislador, da existência de hipóteses em que se permite a penhora do bem de família e se perfectibilize a execução, tem-se que tampouco foi intuito dele de que o bem de família fosse absoluto, e, portanto, devem ser admitidas outras exceções a par das previstas legalmente.

Em outras palavras, é possível que a jurisprudência e o aplicador do direito reconheçam a existência de casos que, ainda que não expressos na letra fria da lei, mereçam a mesma proteção dada às exceções, tendo em vista que resguardam os mesmos direitos que a norma visa proteger. Para tanto, a extensão do entendimento será possível somente através de uma interpretação sistemática da Lei nº 8.009/90¹³.

Sinteticamente, o que se quer exprimir nesse momento é que, através de um processo hermenêutico, que deve ser adotado como regra no ordenamento jurídico brasileiro, é possível extrair o real sentido e alcance da norma jurídica.

Nesse sentido, uma vez extraído e compreendido o seu real sentido e seu alcance, que não se confunde com a letra fria da lei, é possível buscar na constituição valores e princípios que a norma realmente se propõe a tutelar – e, caso existam outras hipóteses além das previstas em lei que busquem a mesma tutela, é possível estender a proteção para que elas também sejam abarcadas.

O que se busca, portanto, é a *mens legis*, o espírito da lei para que ele prevaleça, e não o que está escrito em sua literalidade.

¹²BRASIL, ref. 2.

¹³BRASIL, ref. 2.

Tal hipótese de interpretação deve ser a regra no ordenamento jurídico. Afinal, com o advento da fase pós-positivista do constitucionalismo, consolidou-se o entendimento de que existem direitos tão naturais e intrínsecos à pessoa humana que, ainda que não positivados no texto constitucional, devem ser respeitados e resguardados como se estivessem. Consequentemente, uma constituição que não proteja tais direitos não atenda aos anseios sociais, não merece prosperar.¹⁴

Esse movimento que surge no pós-positivismo, portanto, coloca a CRFB/88¹⁵ como um verdadeiro vetor hermenêutico e axiológico para todo o ordenamento jurídico, de modo que os princípios e direitos nela previstos precisam, necessariamente, reverberar em todas as demais áreas do direito. Isso não quer dizer que a constituição não sirva mais como parâmetro de controle de constitucionalidade, até porque normas hierarquicamente inferiores que sejam com ela incompatíveis são, de fato, inconstitucionais.

Ainda assim, o que se quer afirmar é que ela deixa de ser apenas um padrão para controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais, e se torna um caminho para proteção de princípios e direitos maiores e mais relevantes do que somente aqueles positivados em lei.

A norma, portanto, não é o que está escrito no texto da lei, ela advém e é produto da própria interpretação que se dá à letra fria da lei, de modo que cabe ao operador do direito interpretá-la em favor de princípios e valores constitucionalmente previstos.

Esse é o entendimento defendido pelo ministro, atualmente aposentado, do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau¹⁶, que afirma que:

[...] o texto da lei se transforma em norma jurídica no momento em que ele sofre a interpretação por parte daquele que irá aplicá-lo, o que deve ser feito considerando o caso concreto, para que prevaleça a regra jurídica e nunca os princípios do juiz, porque o que ele pensa não pode fundamentar a sua decisão. [...]

Nesse sentido, é possível destacar que o real sentido e alcance dado à Lei 8.009/90¹⁷ é, na realidade, o direito à moradia, previsto no art. 6º, *caput*, CRFB/88¹⁸. Isso porque, diante de todas as previsões que essa legislação prevê, é esse o real objetivo dela, o direito que ela procura tutelar a todo tempo.

¹⁴ BOURET, ref. 10.

¹⁵ BRASIL, ref. 9.

¹⁶ GRAU, Eros. IAB | **Porque tenho medo de juízes**. 26 ago. 2021. 1 vídeo (96 min). Publicado pelo canal TVIAB. Instituto dos Advogados Brasileiros. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XHhOg0jUebw>. Acesso em: 08 set. 2024.

¹⁷ BRASIL, ref. 2.

¹⁸ BRASIL, ref. 9.



A realização da interpretação civil constitucional do texto, portanto, deve ser feita de maneira contínua.

Bem verdade é que o próprio Superior Tribunal de Justiça se fez valer dessa mesma lógica interpretativa em relação ao bem de família para ampliar a proteção da impenhorabilidade do imóvel para pessoas viúvas, solteiras ou, ainda, divorciadas e que, a princípio, não seriam abarcadas por essa benesse por ausência de previsão expressa nesse sentido.

Na ocasião, o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 672.829/GO¹⁹ levou à edição da Súmula nº 364²⁰ do STJ, cujo entendimento foi fixado a partir do voto vencedor do Ministro Humberto Gomes de Barros²¹, que afirma que:

[...] interpretação teleológica do art. 1º revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão [...]

Nesse sentido, além de demonstrar a importância da realização de uma interpretação civil constitucional da lei, a decisão acima destaca que esse mesmo movimento já foi realizado anteriormente pela jurisprudência.

Seguindo esse raciocínio legislativo de que o que se busca é o direito à moradia, de maneira que se pretende vedar que o indivíduo e sua família fiquem desamparados pela execução de seu único bem, reforça-se a ideia de que o direito não recai sobre um imóvel especificamente, e sim sobre o direito de forma abstrata e geral a fim de garantir o mínimo existencial a uma vida digna.

Portanto, não há motivo para que um imóvel de alto padrão seja mantido unicamente sob o argumento de que ele constitui o “mínimo necessário” para que se resguarde a dignidade da pessoa humana.

Ainda, a execução de um bem de família luxuoso ou de alto padrão possibilitaria o adimplemento da dívida contraída, mesmo que apenas em parte, de forma que uma parcela do

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 672.829/GO**. Impenhorabilidade. Imóvel Residencial. Solteiro. Precedentes. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, 14 de novembro de 2006. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?cod_doc_jurisp=722856. Acesso em 11 set. 2024.

²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 364**. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27364%27.num.&O=JT>. Acesso em: 08 set. 2024.

²¹BRASIL, ref. 20.

valor arrecadado seria reservada e destinada à aquisição de outro bem de família para o devedor, igualmente digno porém mais alinhado a sua nova realidade financeira.

Portanto, interpretar a Lei nº 8.009/90²² de forma literal permite que pessoas se valham indevidamente de um direito, em detrimento do direito do próximo, que deve arcar com os prejuízos de ver seu crédito não satisfeito.

Sendo assim, conferir uma nova interpretação que permita a mitigação da impenhorabilidade do bem de família não seria um movimento radical ou desproporcional, seria apenas dar um passo em prol da tradução fiel do verdadeiro direito que o legislador pretendia tutelar, alcançando o real sentido da Lei nº 8.009/90²³.

3. A PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA MITIGAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DE BENS DE FAMÍLIA DE LUXO

Demonstrado o modo pelo qual a interpretação civil constitucional das normas permite que o direito seja aplicado de maneira mais justa e equânime, se faz necessário asseverar também como esse idêntico resultado seria atingido através da ponderação de direitos e princípios em conflito da Lei nº 8.009/90²⁴ no que diz respeito à impenhorabilidade do bem de família.

Juridicamente, regras são normas jurídicas com previsão de condutas específicas e bem delineadas, que devem ser, necessariamente, seguidas. Dessa forma, no caso de choque entre regras, entende-se que uma delas há de prevalecer sobre a outra, de modo que não há no que se falar sobre encontrar um meio-termo ou em sua aplicação parcial.

Em outras palavras, a colisão de regras faz com que uma delas prevaleça em detrimento da outra, que deixará de ser aplicada no caso concreto.

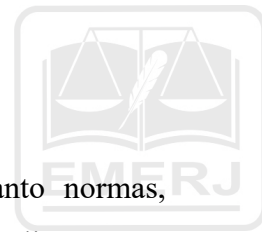
Trata-se, pois, de um caso de antinomia jurídica, na qual deve o aplicador da lei se fazer valer de um dos critérios legalmente previstos, mais especificamente os do art. 2º §1º e §2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)²⁵, da hierarquia, cronologia ou da especialidade, para solucionar o conflito aparente de normas.

²²BRASIL, ref. 2.

²³BRASIL, ref. 2.

²⁴BRASIL, ref. 2.

²⁵BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Dispõe sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 11 set. 2024.



Diferentemente do que ocorre com as regras, os princípios, enquanto normas, constituem valores amplos, com aplicabilidade abstrata. Nesse sentido, a colisão entre princípios permite que eles sejam ponderados entre si, de forma a evitar que um deles pereça em razão da aplicação absoluta do outro.

O objetivo primordial, portanto, é que eles sejam mediados e que seja encontrado um ponto congruente em suas aplicações, viabilizando que todos incidam no caso concreto, ainda que apenas parcialmente.

A aplicabilidade dessas noções introdutórias sobre regras e princípios no ordenamento jurídico brasileiro importa nesta análise porque, uma vez admitido que o bem de família, ainda que luxuoso, permaneça na propriedade do devedor e que o credor saia lesado da relação jurídica, significaria permitir que os princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial do devedor se sobreponham completamente aos mesmos princípios que deveriam ser considerados também em prol do credor.

Assim, invocados princípios idênticos para partes com interesses diametralmente opostos em uma relação jurídica, é preciso que eles sejam ponderados para que um não elimine o outro por completo, permitindo que todos incidam da melhor maneira possível no caso concreto. Ademais, há também de se observar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade das relações jurídicas.

A mesma análise aqui realizada pode ser aplicada no conflito existente entre direitos fundamentais, tendo em vista tampouco são eles prerrogativas absolutas, de forma que é possível ponderá-los entre si. Afinal, não é justo ou razoável crer que o exercício de direito fundamental elimine o outro por completo, visto que ambos são limitados.

Isso importa dizer que o direito à moradia, ainda que fundamental e constitucionalmente previsto, não pode ser absoluto e preponderar sobre todos os outros direitos fundamentais em conflito.

Não deve o credor arcar com os prejuízos e com o inadimplemento do devedor, colocando o seu próprio direito à moradia, à saúde, à intimidade e à privacidade em risco, além dos direitos de seus familiares ou daqueles que dele dependam, para que seja resguardado o direito do proprietário de se manter em seu imóvel de luxo.

Essa é a ponderação entre direitos fundamentais e entre princípios que precisa predominar no ordenamento jurídico brasileiro para que a norma cumpra a sua real função social e proteja o direito de todas as partes dos negócios jurídicos analisados.

Portanto, além da interpretação civil constitucional que se deve dar à norma, é, também, a partir desse raciocínio jurídico que deve ser permitida a mitigação da

impenhorabilidade dos bens de família de alto padrão, tendo em vista ser ela a medida adequada para proteção real do direito à moradia, nos moldes que a CRFB/88²⁶ propõe, e porque é essa a solução oferecida que melhor pondera os princípios e os direitos fundamentais em choque.

Atualmente se tem notícia de poucos tribunais que julgaram ações em que se pretendia a execução do bem de família de alto padrão nesse sentido.

Ainda assim, destaca-se a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento do Agravo de Instrumento 2075933-13.2021.8.26.0000²⁷, mitigou o instituto e permitiu a execução de um bem avaliado em R\$24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais), com fundamento na necessidade de ponderação de princípios e na interpretação teleológica da Lei nº 8.009/90²⁸.

Nesse sentido, acordaram os Desembargadores do TJSP²⁹ que:

[...] a interpretação sistemática e teológica do art. 1º da Lei no. 8.009/90, mediante ponderação dos princípios constitucionais que informam a impenhorabilidade do bem de família e garantem o direito de ação com duração razoável do processo, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, permite a penhora de imóvel de valor vultoso (R\$ 24.000.000,00), ainda que destinado à moradia do devedor [...]

Ainda, restou determinado na decisão supracitada que, com o objetivo de melhor garantir o direito à moradia dos executados, em cumprimento ao que se pretende a Lei nº 8.009/90³⁰, parte da quantia obtida com a execução do imóvel fosse gravada com cláusula de impenhorabilidade e destinada à aquisição de novo imóvel familiar pelo devedor, garantindo-lhe o mínimo existencial à vida digna.

Frisa-se, novamente, que o direito à impenhorabilidade do bem de família não é absoluto, e tampouco incide sobre uma propriedade específica, correspondendo, na verdade, a um direito abstrato que assegure ao devedor que ele não fique desamparado diante de adversidades.

Nesse sentido, adquirindo novo imóvel destinado à residência familiar, ainda que de valor menor e mais compatível ao seu novo padrão de vida, seu direito será igualmente garantido.

²⁶BRASIL, ref. 9.

²⁷BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (16. Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento 2075933-13.2021.8.26.0000**. Bem de família. Imóvel de valor vultoso. Penhora. Possibilidade excepcional. [...] Relator: Ademir Modesto de Souza, 8 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/penhora-imovel-luxo.pdf>. Acesso em 11 set. 2024.

²⁸BRASIL, ref. 2.

²⁹BRASIL, ref. 30.

³⁰BRASIL, ref. 2.



Inobstante a ausência de outros julgados que determinem a penhora do bem de família de alto padrão, igual ao do TJSP, existem outras que determinam a execução de bens outrora considerados igualmente impenhoráveis pela doutrina e jurisprudência, sob o mesmo fundamento apresentado.

A título de exemplo, já se admitiu em juízo a possibilidade de penhora de salário para o adimplemento de certas dívidas. Nesse sentido, não obstante a previsão expressa da impossibilidade de constrição de verbas de natureza salarial, entendeu o Supremo Tribunal de Justiça pela flexibilização da norma no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.874.222/DF (2020/0112194-8)³¹.

Na oportunidade, a Corte Especial do STJ mitigou a impenhorabilidade absoluta do salário, prevista no art. 833, IV e § 2º, CPC/2015³², permitindo a penhora de tais valores, levando em consideração a necessidade de realização de um juízo de ponderação entre os princípios simultaneamente incidentes na espécie, que devem ser solucionado à luz da dignidade da pessoa humana, que resguarda tanto o devedor quanto o credor, e mediante o emprego dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade³³.

Além disso, de forma semelhante à feita pelo TJSP no julgamento do bem de família, restou determinado pelo STJ a necessidade de assegurar ao devedor a retenção de valor mínimo que garanta a sua subsistência, bem como a de sua família.

Diante desse cenário de evolução no entendimento acerca de impossibilidade de constrição de bens anteriormente considerados absolutos, através da realização de uma interpretação civil constitucional dos institutos e dos direitos das partes, resta demonstrada a necessidade de que a Lei 8.009/90³⁴ não seja lida e aplicada na sua forma pura e literal, sob risco de ter o seu real propósito usado para fins diferentes daqueles pretendidos pelo legislador.

Assim, admitindo-se a existência de direitos fundamentais absolutos e a blindagem do patrimônio dos que ostentam um alto padrão de vida em face de seus credores, coloca-se em risco tanto o direito do credor de perceber o seu crédito quanto outros direitos, como seu próprio

³¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.874.222/DF**. Execução de título extrajudicial. Penhora. Percentual de verba salarial. [...] Relator: Min. João Otávio de Noronha, 19 de abril de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001121948&dt_publicacao=24/05/2023. Acesso em: 11 set. 2024.

³²BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Dispõe sobre 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.

³³BRASIL, ref. 34.

³⁴BRASIL, ref. 2.

acesso à moradia, à dignidade humana e ao mínimo existencial, além dos direitos daqueles que dele possam depender, como sua família.

CONCLUSÃO

Por tudo o que se expõe, a presente pesquisa procurou analisar a fundo a maneira através da qual deve o operador do direito interpretar e aplicar a norma, a fim de privilegiar os direitos e valores constitucionais, que orientam todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, tem-se que, apesar da Lei nº 8.009/90 não prever de maneira expressa a possibilidade de penhora do bem de família de luxo ou de alto padrão, tal medida é plenamente aceitável e deve ser cogitada quando da análise dos direitos e dos princípios em conflito, de acordo com o caso concreto.

Sendo assim, quando se extrai que o real sentido da Lei nº 8.009/90 é promover a proteção do direito à moradia, previsto no art. 6º, CRFB/88, deve-se observar, primeiro, que não se trata de um direito absoluto, tendo em vista que não pode ele preponderar incondicionalmente e em detrimento de outros direitos, e tampouco faz ele referência a um imóvel em específico.

Bem verdade que a real intenção de se proteger o bem de família e tutelar o direito à moradia é de evitar que o indivíduo e os familiares que com ele residem fiquem desamparados diante de adversidades. Dessa forma, a proteção ao bem de família em tais situações permite que, ao menos, eles contem com o mínimo necessário a viver com dignidade diante de contratempos.

Entretanto, há também de se proteger o credor da relação, para que este também veja seus direitos e interesses tutelados, e tampouco fique à mercê de crises diante do inadimplemento da obrigação, sendo necessário ponderar os direitos e princípios de ambas as partes quando entram em conflito.

Admitida a penhora do imóvel de luxo com a reserva de parte do valor arrecadado para aquisição de nova residência familiar, verifica-se que tanto o direito do devedor à moradia, quanto o do credor de ver seu crédito adimplido, ambos potencializados pelo princípio do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, serão observados e resguardados, privilegiando-se o equilíbrio e a razoabilidade na relação.

Por fim, o prevalecimento da real extensão e do alcance da norma é a medida que se impõe em todo o ordenamento jurídico, sendo a interpretação constitucional da letra fria da lei imprescindível para a real tutela dos direitos fundamentais, impedindo, ainda, o seu uso



indevido por aqueles que desejam apenas promover uma blindagem patrimonial e se escusarem de cumprirem suas obrigações.

REFERÊNCIAS

Bem de família. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/bem-de-familia>. Acesso em: 12 set. 2024.

BOURET, Aurélio. **Curso de Direito Civil Completo (Módulo Extensivo)**. Disponível em: <https://direitocivilcompletoprofaureli.club.hotmart.com/lesson/k7QGnBml4y/aviso>. Acesso em: 8 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: 2 fev. 2025.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Dispõe sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 2 fev. 2025.

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 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Dispõe sobre 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: 2 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República dos Estados Unidos do Brasil, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 2 fev. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 2 fev. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.874.222/DF**. Execução de título extrajudicial. Penhora. Percentual de verba salarial. [...] Relator: Min. João Otávio de Noronha, 19 de abril de 2023. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001121948&dt_publicacao=24/05/2023. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (4. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 672.829/GO**. Impenhorabilidade. Imóvel Residencial. Solteiro. Precedentes. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa, 14 de novembro de 2006. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?cod_doc_jurisp=722856. Acesso em 11 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (16. Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento 2075933-13.2021.8.26.0000**. Bem de família. Imóvel de valor vultoso. Penhora. Possibilidade excepcional. [...] Relator: Ademir Modesto de Souza, 8 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/penhora-imovel-luxo.pdf>. Acesso em 11 set. 2024.

CECCONI, Egle. Bem de família legal: análise dos mais recentes posicionamentos do STJ. **Migalhas**, 14 ago. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/391664/bem-de-familia-legal-analise-dos-mais-recentes-posicionamentos-do-stj>. Acesso em: 12 set. 2024.

GRAU, Eros. IAB | **Porque tenho medo de juízes**. 26 ago. 2021. 1 vídeo (96 min). Publicado pelo canal TVIAB. Instituto dos Advogados Brasileiros.

Impenhorabilidade do imóvel de alto padrão enquanto bem de família | LV Advogados. Lealvarasquim.com.br. Disponível em: <https://lealvarasquim.com.br/impenhorabilidade-do-imovel-de-alto-padrao-enquanto-bem-de-familia/>. Acesso em: 12 set. 2024.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 14. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*.

MORAES, Felipe de; ARAÚJO, Luca Luz. Penhorabilidade de bens de família de luxo. **Migalhas**, 5 abr. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363089/penhorabilidade-de-bens-de-familia-de-luxo>. Acesso em: 12 set. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. v.V. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. Acesso em: 11 set. 2024.

PIRES NETO, Ari Álvares. **Inovações do Bem de Família no Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <https://irib.org.br/obras/inovacoes-do-bem-de-familia-no-novo-codigo-civil-brasileiro>. Acesso em: 12 set. 2024.

PORTAL, LIBRAS. **2ª Turma afasta penhora de bem de família de alto padrão. “O bem não é fracionável”**. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. Disponível em: <https://www.trt18.jus.br/portal/penhora-alto-padrao/>. Acesso em: 12 set. 2024.

RGSA EDITOR. **Bem de família de alto padrão é impenhorável**. RGSA. Disponível em: <https://rgsa.com.br/bem-de-familia-de-alto-padrao-e-impenhoravel/>. Acesso em: 12 set. 2024.

SOUZA, André Pagani de. Impenhorabilidade do bem de luxo. **Migalhas**, 8 dez. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/378233/impenhorabilidade-do-bem-de-luxo>. Acesso em: 12 set. 2024.

TÁBATA VIAPIANA. **Imóvel de alto valor pode ser penhorado mesmo sendo moradia**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-21/imovel-alto-valor-penhorado-mesmo-sendo-moradia/>. Acesso em: 12 set. 2024.



TARTUCE, Flávio. Direito Civil: **Direito de Família**. v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.
E-book. Acesso em: 11 set. 2024.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DE DADOS SENSÍVEIS NO ÂMBITO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Lucas Rocha Sales Costa

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo – o presente trabalho tem como objetivo analisar a utilização de dados pessoais em situações capazes de ensejar a responsabilização civil pela violação de dados sensíveis inseridos no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados. O desenfreado uso dados pessoais e a possibilidade de sua transmutação trazem situações que necessitam de enfoque mais aprofundado sobre a temática, principalmente pela ótica dos direitos fundamentais. Para isso, foi realizada a metodologia hipotético-dedutiva. Os principais resultados indicam que a Lei tem caráter fundamental para a proteção de dados, porém carece ainda de robustez em sua aplicação e na forma de atuação fiscalizatória e regulatória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Palavras-chave – Responsabilidade Civil. Dados Sensíveis. Lei Geral de Proteção de Dados. Privacidade.

Sumário – Introdução. 1. A transmutação dos dados pessoais sensíveis e sua relação com os direitos fundamentais. 2. Desafios e responsabilidades na gestão de dados pessoais: a complexidade dos papéis de controlador e operador à luz da LGPD e da responsabilização civil. 3. Saídas e evoluções interpretativas para a garantia da efetividade da proteção de dados pessoais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa a responsabilidade civil pela violação de dados sensíveis no contexto da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Com efeito, procura-se demonstrar que para além do conceito explicitado pela LGPD de dados sensíveis, o seu significado tem margem para classificações diversas, que repercutem sob a ótica da responsabilidade civil de outras formas. Diante disso, novas questões surgem a respeito da relação entre dados sensíveis e responsabilidade civil. Nesse sentido, decorrente desse novo vínculo tais questões desencadeadas serão discutidas nos capítulos em sequência.

Para tanto, torna-se necessário estabelecer premissas sobre a conceituação de dados sensíveis, visto que, por ser possível uma interpretação extensiva, alguns pressupostos precisam ser observados.

Dessa forma, a Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 5º, incisos I e II, traz a definição de dados pessoais e dados pessoais sensíveis. Sendo dado pessoal relacionado a pessoa natural identificada ou identificável e dado pessoal sensível relacionado a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter



religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

Nesse sentido, ressalta-se que os dados pessoais sensíveis possuem um caráter mais amplo que trazem consigo mais aspectos de vulnerabilidade e potencialmente discriminatórios no contexto de sua proteção. Ademais, essa amplitude conceitual abre espaço para uma transmutação de informações que anteriormente não seriam considerados dados sensíveis e em virtude desse novo tratamento possam vir a ser enxergados como tal.

Frente a isso, inicia-se o primeiro capítulo demonstrando a relação entre os direitos fundamentais e os dados sensíveis. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115, em 10 de fevereiro de 2022, houve a inclusão da proteção de dados pessoais, entre os direitos e garantias fundamentais, conforme inciso LXXXIX, do artigo 5º da CRFB/88, além disso, fixou-se a competência da União para tratamento de dados pessoais, na forma do artigo 22, inciso XXX, da CRFB/88. Com efeito, debruça-se a análise sobre como a mudança e o tratamento desses dados pessoais podem atingir direitos e garantias fundamentais.

No segundo capítulo, pondera-se sobre os conflitos na gestão de dados pessoais a partir das funções de controlador e operador. Diante disso, demonstra-se a importância dos princípios elencados na LGPD, a fim de garantir que o tratamento de dados seja norteado por diretrizes que atendam as garantias e direitos fundamentais presentes na Carta Magna.

O terceiro capítulo pesquisa mecanismos capazes de buscar saídas e evoluções interpretativas para a garantia da efetividade da proteção de dados pessoais.

Trata-se de pesquisa desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, visto que se embasará na lógica e na inferência com a utilização de bibliografias, referentes a doutrina e legislação atinentes ao tema. A abordagem qualitativa desta pesquisa jurídica fornece uma base sólida para a argumentação, permitindo a construção de premissas que irão sustentar a conclusão a que se chegou no presente artigo.

1. A TRANSMUTAÇÃO DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo das décadas, ante o exponencial crescimento da população, houve uma necessidade dos Estados em terem o controle dos dados, com a finalidade de terem o poder informacional sobre os indivíduos. Nessa seara, a partir de uma breve contextualização histórica

é possível observar, segundo os doutrinadores Mayer-Scönberge¹ e Doneda² quatro gerações de leis ao redor do mundo, que apresentam formas diferentes de lidar com dados pessoais. Com o passar dos anos, houve uma evolução no tratamento desses dados que culminaram na situação atual.

Em primeira geração, trata-se de um controle governamental para unidades administrativas, relacionado a criação de banco de dados. No entanto, o domínio do Estado frente a esses dados começou a se tornar cada vez menos exclusivo e as grandes corporações passaram a atuar de forma mais evidente. Diante disso, a legislação anteriormente pensada no poder estatal dominante sobre dados começa a ficar ultrapassada.

Ante a essa obsolescência, evolui-se para a segunda geração legislativa que contempla a privacidade do indivíduo e sua participação para o tratamento de dados. Mesmo com essa evolução, ainda são imperativas novas atualizações, uma forma de contemplar cenários diversos que surgem com os avanços tecnológicos.

A terceira geração, assim como a segunda mantém o foco no indivíduo aliado a uma perspectiva de garantia de efetividade a proteção de dados. Busca-se estabelecer um padrão para o conceito de dados pessoais a partir de uma visão expansionista que tem como foco demonstrar a partir de algumas informações tornar possível identificar a pessoa natural.

Para a quarta geração, a grande diferença é a inclusão do conceito de autodeterminação informativa, que surge pela primeira vez como um princípio norteador no âmbito da proteção de dados. Conforme Rodotà, essa autodeterminação informativa pode ser definida como “direito de manter controle sobre as suas informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular”³. A partir desse princípio entende-se que o indivíduo se torna de fato o protagonista da proteção de dados, uma vez que deixa de ser usado para controles governamentais em banco de dados e passa a dispor de uma forma mais contundente sobre suas informações.

Ademais, a quarta geração visa garantir de maneira mais abrangente todos os indivíduos demonstrando seu status de coletividade. O direcionamento da quarta geração tem como foco dar protagonismo aos cidadãos e protegê-los com mecanismos jurídicos e fiscalizatórios.

¹ MAYER-SCÖNBERGER, V. General development of data protection in Europe. *In*: AGRE, P.; ROTENBERG, M. (orgs.). **Technology and privacy: The new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997.

² DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

³ RODOTÀ, S. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 92.



Inserida nesse contexto de quarta geração está a Lei Geral de Proteção de Dados de 14 de agosto de 2018, que começou a vigorar em 18 de setembro de 2020 e somente em agosto de 2021 começaram a vigorar suas sanções administrativas⁴. A base da legislação brasileira foi extraída principalmente da legislação europeia, mais especificamente da *General Data Protection Law* (GDPR) promulgada em 25 de maio de 2018, em que é possível identificar algumas semelhanças conceituais e na forma de lidar com dados⁵.

Nesse sentido, o conceito de dado pessoal adotado em ambas as leis possui caráter expansionista, de modo a considerar dado pessoal qualquer tipo de informação referente ao nome, sobrenome, educação, transações financeiras, histórico médico, dados de geolocalização, endereço de IP. Diante dessa visão abrangente surge uma nova classe de dados pessoais, os dados pessoais sensíveis, que ostentam um teor de possível vulnerabilidade em seu conteúdo.

Segundo Doneda⁶, “um dado, em si, não é perigoso ou discriminatório - mas o uso que dele se faz, pode sê-lo”, ante a esse entendimento percebe-se a importância no tratamento dos dados, em como terceiros ao terem conhecimento sobre esses dados podem causar uma potencial discriminação. Portanto, em virtude da fragilidade que esses dados ostentam há uma necessidade de uma proteção específica como meio de garantir a preservação dos direitos fundamentais.

De acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados⁷, a definição de dados pessoais sensíveis está prevista no Artigo 5º, inciso II, sendo dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. Apesar dessa definição legal, não se trata de um rol taxativo, em que dados não estão elencados na forma da lei podem se enquadrar nessa hipótese para ter proteção garantida.

Esse tipo de situação é a de transmutação da característica do dado, que devido a maneira e o fim que o dado é utilizado, o seu enquadramento pode ser de dado sensível. Ao ser considerado como dado pessoal sensível carece de atenção especial para proteger o indivíduo

⁴ BIONI, Bruno R. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530994105. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994105/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

⁵ SOUZA, Vítor Hugo Roque de. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados**. 2022. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

⁶ DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 162.

⁷ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.

de uma discriminação e lesividade aos direitos e garantias fundamentais. Esse contexto de tratamento de dados é parte essencial a fim de se verificar como essa transmutação pode ocorrer.

Como forma de exemplificar, Bruno Ricardo Bioni⁸ cita um estudo realizado pela Universidade de Cambridge, que a partir da análise de “curtidas” em redes sociais, seria possível identificar de maneira confiável dados sobre orientação sexual, opção política, raça. Sendo assim, “curtidas” que inicialmente não teriam nenhum tipo de carga de dados sensíveis podem revelar informações de conteúdo personalíssimo.

No exposto acima, por uma interação simples do usuário com a rede social é possível extrair dados que se forem usados de forma discriminatória, deverão ser protegidos especificamente pelo seu enquadramento como dados sensíveis. Há que se falar ainda que em situações que discriminam e que ferem direitos fundamentais, não importa a classificação dos dados, sejam sensíveis ou não, a tutela desses direitos deve ser observada com a finalidade de proteção e permitir o livre exercício democrático do cidadão.

O reconhecimento constitucional da proteção de dados pessoais como direito fundamental foi exposto de acordo com o artigo 5º, inciso LXXXIX, da CRFB/88⁹ a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 115, em 10 de fevereiro de 2022. Essa inclusão como direito fundamental traz um respaldo jurídico que reforça a importância da proteção desses dados, no sentido de serem respeitados outros direitos fundamentais como a igualdade, privacidade, intimidade.

Ademais, associada aos dados pessoais sensíveis está o fundamento da autodeterminação informativa que visa garantir ao indivíduo o controle sobre seus dados e determinar como eles serão usados a partir de seu consentimento. O artigo 2º, inciso II, da Lei nº 13.709/2018 (LGPD)¹⁰ dispõe sobre essa autodeterminação informativa, que tem sua importância por estabelecer a necessidade de consentimento do indivíduo sobre a utilização de seus dados pessoais sensíveis.

Não obstante essa necessidade, há hipóteses em que a LGPD excepciona o consentimento em situações específicas, no caso dessas situações o cuidado com o tratamento

⁸ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro Forense, 2018, p. 85.

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: 14 ago.2024.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.



e a utilização dos dados deve ser realizado com cautela. A compreensão das pessoas de como seus dados são tratados, sobre como isso pode afetar a privacidade e a liberdade, aliadas ainda a um contexto de avanço tecnológico informacional se torna imprescindível para o pleno exercício dos direitos fundamentais.

Diante disso, o tratamento dos dados pessoais e dos dados pessoais sensíveis tem disciplinados na LGPD os responsáveis para lidar com essas informações, bem como diretrizes a serem seguidas. A partir do segundo capítulo, serão colocadas a mostra questões que envolvem os detentores de dados pessoais, como são tratados e a fiscalização desse tratamento pela Autoridade Nacional de proteção de Dados.

2. DESAFIOS E RESPONSABILIDADES NA GESTÃO DE DADOS PESSOAIS: A COMPLEXIDADE DOS PAPEIS DE CONTROLADOR E OPERADOR À LUZ DA LGPD E DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

No âmbito do tratamento de dados, a LGPD define os agentes para o tratamento, o controlador e o operador. Em uma definição sucinta o controlador seria “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”¹¹ enquanto o operador seria “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador”¹². É possível que o controlador atue sem um operador, no entanto não é possível que um operador atue sem um controlador, majoritariamente o operador será um prestador de serviço, que é comandado pelo controlador.

Definir esses conceitos possui relevância a fim de ilustrar o papel de cada agente no tratamento de dados. Nesse sentido, ante a essa caracterização é possível analisar a responsabilidade civil dos agentes e definir limites para sua atuação. Ressalta-se que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) tem como função principal fiscalização e regulação da lei, com aplicação de sanções administrativas e em casos que extrapolem os limites da lei, ações de responsabilização civil.

Realizadas essas breves exposições sobre alguns conceitos, será possível relacioná-los para discutir a respeito da responsabilidade civil, ausência de transparência dos detentores de

¹¹ DIAS, P. C.; MARTINS, D. O.; OLIVEIRA, H. M. Breves reflexões sobre o conceito de controlador e operador de dados em atos normativos do Poder Judiciário e do Ministério Público. **Revista CNJ**, Brasília, v. 6, n. 1, 2022. DOI: 10.54829/revistacnj.v6i1.269. Acesso em: 14 ago. 2024.

¹² *Ibid.*

dados, e a assimetria informacional gerada que dificulta a autodeterminação informativa. De um modo geral, o governo bem como as empresas são os grandes responsáveis por violação de dados pessoais.

A coleta e o armazenamento de dados são feitos pelo governo e por empresas para realizarem mapeamentos da população com diversas finalidades, seja meramente para criação de base de dados ou para algum fim econômico, no caso de empresas. Com o avanço tecnológico e a democratização do acesso à *internet*, a quantidade de dados cresce exponencialmente e a todo tempo são lançados novos dados que ao serem cruzados com outros dados podem se transformar em dados sensíveis.

Nesse contexto de surgimento descontrolado de informações, o tratamento de dados deve ser ainda mais observado, visto que as possibilidades de conteúdo discriminatório com a violação de dados sensíveis aumentam. Ocorre que, muitas empresas e assim como governo se beneficiam ao serem detentores desses dados, conseguem tirar proveito econômico e exercer controle sobre a sociedade. Então, muitas vezes para atingir determinado objetivo na companhia, o tratamento de dados é feito de forma negligente, o que tem que ensejar em punição com sanções administrativas ou por responsabilização civil.

O artigo 6º, da Lei nº 13.709 de 2018¹³ elenca os princípios a serem seguidos no tratamento de dados pessoais, sendo eles, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade de dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas. Dos princípios citados, merecem destaque o livre acesso, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação e da responsabilização e prestação de contas.

O livre acesso faz-se necessário em razão do indivíduo titular daquele dado pessoal poder acessar os seus dados de maneira desimpedida. A obstrução do detentor dos dados ao acesso é incompatível com os princípios estipulados em lei e fere a liberdade do titular que se vê numa posição quase sujeição a esse detentor.

A transparência possui observância obrigatória e tem uma função extremamente importante, pois por meio dessa transparência o titular de dados tem ciência de como seus dados estão sendo utilizados. A transparência envolve o entendimento de fato sobre os dados e não apenas como uma informação apresentada de qualquer forma ao titular. Esse conhecimento

¹³ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.



sobre a utilização dos dados é fundamental para que cada vez mais a sociedade tenha consciência sobre como o uso indiscriminado gera violações a direitos fundamentais.

Os princípios da segurança e prevenção estão intrinsecamente relacionados. Ao garantir a segurança, as chances de prevenir eventuais falhas, como corrupção de dados, vazamentos e comprometimento de confidencialidade são muito maiores. A inobservância desse princípio é uma das principais causas pela violação de dados sensíveis. A negligência ao fazer a colheita e o armazenamento dos dados expõem o indivíduo de modo que a violação de seus dados sensíveis enseja a responsabilização civil do detentor.

O princípio da não discriminação já foi amplamente explicitado ao longo do trabalho e é a finalidade precípua da LGPD. A preservação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna inseridos em um contexto de proteção de dados em mundo com avanços tecnológicos cada vez mais latentes, gerando impacto direto na maneira de lidar com dados pessoais.

A responsabilização e a prestação de contas assim como os princípios da segurança e da prevenção, estão intrinsecamente ligados. A prestação de contas é utilizada como forma de fiscalizar o tratamento de dados e em caso de violação, gerar a responsabilização. A responsabilização é importante para deixar claro aos detentores de dados que é preciso adotar medidas dotadas de técnica que possuam eficácia. É a demonstração de que as sanções serão aplicadas em caso de descumprimento.

Ante o exposto, demonstrou-se diretrizes a serem seguidas para o tratamento de dados pessoais e os participantes dessa equação que podem envolver uma gama de agentes, nas posições de detentores, controladores e operadores. Nesse sentido, explicitou-se a necessidade do seguimento dos princípios elencados na LGPD para garantir ao indivíduo tratamento digno de seus dados, com respeito na integralidade do que versa a Lei. Restou evidente ainda a importância da conscientização dos titulares de dados em terem conhecimento e noção de como seus dados podem ser utilizados de diversas formas e como isso pode repercutir negativamente sobre ele.

Destaca-se ainda, que há uma expectativa do titular de dados de que seja uma atuação profissional, baseada em estudos e expertise, dos agentes de tratamento de dados. O titular de dados confia que suas informações estão em segurança ao dar o aceite em um termo de consentimento. Tal expectativa é extremamente válida, uma vez que, a função precípua da LGPD é a proteção dos dados pessoais.

A partir dessa perspectiva, ao ocorrer alguma violação dos princípios elencados acima, o que gera o tratamento indevido de dados, torna-se indispensável a responsabilização civil na

forma da lei, com respeito ao devido processo legal e a ampla defesa. Nessa seara, a responsabilidade se dá mediante o nexo de causalidade, entre os agentes e a falha no dever assecuratório da integridade dos dados¹⁴. Aqui não há discussão com relação a espécie de responsabilidade a ser adotada, trata-se de responsabilidade civil objetiva, que desconsidera dolo ou culpa para sua caracterização. Ao constatar o dano, o titular de dados está apto a exercer o seu direito de reparação.

Ainda no contexto de responsabilização dos agentes de tratamento, por meio da evolução tecnológica de processos automatizados e computadorizados, há uma dificuldade em identificar os causadores de danos. Existe uma tendência em culpar as máquinas em vez de responsabilizar os humanos envolvidos no processo. Essa situação traz um ar de obscuridade e de perecimento reparatório que ao final gera uma impunidade velada.

Importante frisar que os avanços tecnológicos devem ser utilizados em benefício da sociedade e não para perpetuarem comportamentos nocivos ao desenvolvimento da coletividade. Em razão disso, a automatização que a tecnologia traz ainda carece de revisões feitas por humanos que sejam capazes de identificarem os motivos pelas quais aquela decisão foi tomada, bem como alterá-las para que se tornem mais confiáveis e justas¹⁵.

A partir dessa identificação de motivos, seria possível traçar o caminho que levou aquela potencial discriminação e reprimi-la no seu ponto de partida para evitar novas situações ofensivas aos direitos da personalidade. Sendo assim, por mais que a automatização e a computadorização representem ganhos na esfera econômica, em que as máquinas substituem a mão de obra na gestão e armazenamento de dados, isso não pode ser feito a qualquer custo.

Não há que se falar em predominância dos aspectos econômicos sobre os direitos fundamentais. A proteção dos dados pessoais não pode ser encarada como um entrave à economia, ao contrário, um ambiente mais seguro e ético estimulará o maior uso destas ferramentas tecnológicas¹⁶.

¹⁴MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 22 set. 2024.

¹⁵LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **ANPD e LGPD: Desafios e perspectivas**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. *E-book*. ISBN 9786556272764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272764/>. Acesso em: 22 set. 2024.

¹⁶LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados**. (Coleção teses de doutoramento). São Paulo: Grupo Almedina, 2020. *E-book*. ISBN 9788584936397. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584936397/>. Acesso em: 22 set. 2024.



3. SAÍDAS E EVOLUÇÕES INTERPRETATIVAS PARA A GARANTIA DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O artigo 43 da LGPD¹⁷ dispõe sobre hipóteses de excludente de responsabilidade dos agentes de tratamento, nesse artigo são elencadas situações em que os agentes de tratamento, seja ele controlador ou operador, prove que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído; que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

Nota-se que, tais hipóteses de exclusão de responsabilidade, se relacionam ou com o rompimento do nexo de causalidade ou com a exclusão da ilicitude da conduta, sendo comum a todas o afastamento alguma condição para responsabilização¹⁸. Nesse contexto, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados deve manter uma atenção maior a esses casos para que situações falsas de exclusão não sejam enquadradas como excludentes.

Ante a essa necessidade de foco nas questões mascaradas de excludentes bem como da inobservância de fato na proteção de dados pessoais, a ANPD, que é responsável pela fiscalização e regulação de tais questões, carece de uma evolução sistemática. A fim de melhorar a eficiência e a eficácia, três situações merecem destaque. São elas, a baixa remuneração do alto escalão da entidade, a independência técnica e funcional e a independência orçamentária¹⁹.

A estrutura da ANPD é composta por (i) Conselho Diretor; (ii) Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade; (iii) Corregedoria; (iv) Ouvidoria; (v) órgão de assessoramento jurídico próprio e (vi) unidades administrativas e especializadas necessárias para a aplicação das diretrizes da lei, carece de melhorias de maneira geral. Nessa seara, os membros do Conselho Diretor, que é o mais alto dentro do órgão, comparativamente a iniciativa privada possuem remuneração muito a quem dos padrões exercidos pela função. Diante disso, cria-se um ambiente desde já desfavorável para que esses membros exerçam seus papéis motivados e com interesse de buscarem o melhor para o órgão.

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 23 set. 2024.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 23 set. 2024.

¹⁹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **ANPD e LGPD: Desafios e perspectivas**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. *E-book*. ISBN 9786556272764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272764/>. Acesso em: 23 set. 2024.

Obviamente este fator remuneratório isolado não é o responsável exclusivo pelo ambiente menos estimulante para melhorias. Somado a isso, existe a falta de independência técnica, funcional e orçamentária. A conjuntura dessas problemáticas demonstra que, embora tenha sido fundamental a criação da LGPD e da ANPD, somente isso não basta para que haja uma evolução na proteção dos dados pessoais.

Verifica-se que a vinculação da Autoridade à Presidência da República limita a independência do órgão, uma vez que pode haver uma esquiva de fiscalização do próprio governo²⁰. O que no contexto de atuação da Autoridade traz uma incapacidade de exercer suas funções da melhor maneira as quais disciplinam a LGPD e a Constituição.

No aspecto técnico, salienta-se a complexidade na proteção de dados, em que são envolvidos diversos fatores e possibilidades, ainda mais no cenário atual de crescimento tecnológico com a inteligência artificial. Diante disso, o conhecimento extremamente técnico deve ser a regra e para que isso aconteça é preciso capacitação de todos os membros pertencentes ao órgão. Para que sejam desenvolvidos esses treinamentos qualificadores, é crucial que haja uma organização estrutural típica independente.

Para que sejam promovidas as mudanças acima citadas é preciso que haja a independência orçamentária, sem recursos para promoção das mudanças, as soluções permanecem apenas no campo das ideias. Além disso, ao serem postas em prática podem apontar para novas formas de solucionar outros problemas. A grande problemática da independência orçamentária é a sua vinculação ao Poder Executivo, em que a ANPD é sustentada com base no orçamento da União, que não trata como prioridade a destinação de recursos para o órgão²¹.

Sob um prisma geral, entende-se que a garantia da proteção de dados pessoais ganhou respaldo constitucional e infraconstitucional, no entanto, a dinâmica da evolução informacional e a utilização massiva de dados no âmbito econômico, trazem uma exigência de que os mecanismos em volta os acompanhem também. Sem essa busca evolutiva, as violações e discriminações continuarão a ocorrer de maneira muito superior as que já são vistas.

Tanto para o governo quanto para as empresas, ter o controle de dados pessoais significa o poder de prever o comportamento futuro não só de indivíduos como de populações

²⁰ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **ANPD e LGPD: Desafios e perspectivas**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. *E-book*. ISBN 9786556272764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272764/>. Acesso em: 23 set. 2024.

²¹ *Ibid.*



inteiras²². Desse modo, frisa-se novamente a importância da proteção de dados pessoais, há uma extrapolação da defesa dos direitos individuais, trata-se também da centralização em um pequeno número de atores, públicos e privados, que detém o poder de controle e concentração sobre os dados coletados²³. Nesse contexto, a soberania dos Estados e da democracia pode sofrer abalos.

A mercantilização dos dados²⁴, em que estes passam a ser ativos valiosos do governo e das empresas, pode ser utilizada de forma a gerar um impacto positivo ou negativo. O governo, por exemplo, pode realizar ações governamentais em benefício da sociedade civil, no âmbito da saúde, ao coletar dados sobre a carência de hospitais em determinada área, no planejamento urbano pode obter informações sobre transporte, para captar rotas que atenderão uma maior parte da população.

Em contrapartida, o impacto negativo seria a utilização dos dados pessoais para moldar um determinado comportamento de uma população com base em ações preconceituosas. Tal situação pode até ser enquadrada como um colonialismo digital²⁵, uma forma de dominação com a utilização de dados, a fim de moldar indivíduos de acordo com o que lhes é ofertado. A nocividade dessa situação é a ausência de conhecimento daqueles indivíduos sobre o seu poder de autodeterminação, que em virtude dessa dominação vai se perdendo aos poucos.

Pode-se observar que a falta de capacidade de se autodeterminar resulta na perda da liberdade do indivíduo, conseqüentemente, afetando a sua cidadania²⁶. Sendo assim, proteger a privacidade dos indivíduos vai além de resguardar a sua personalidade; trata-se também de assegurar a liberdade dos cidadãos.

Uma solução proposta para que a coleta de dados seja mais restrita é o projeto P3P (*Platform for Privacy Preferences*)²⁷, em que os navegadores da *internet* interajam com outros

²² PINTO, Renata Ávila. Digital Sovereignty Or Digital Colonialism. **Sur – International Journal on Human Rights**, v. 15, n.27, 2018, p. 15-27. Disponível em HeinOnline. Acesso em: 23 set. 2024, p. 16.

²³ *Ibid.*

²⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Grupo Almedina, 2020. E-book. ISBN 9788584935796. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>. Acesso em: 23 set. 2024.

²⁵ PINTO, Renata Ávila. Digital Sovereignty Or Digital Colonialism. **Sur – International Journal on Human Rights**, v. 15, n.27, 2018, p. 15-27. Disponível em HeinOnline. Acesso em: 23 set. 2024, p. 24.

²⁶ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **ANPD e LGPD: Desafios e perspectivas**. São Paulo: Almedina Brasil, 2021. E-book. p.57. ISBN 9786556272764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556272764/>. Acesso em: 14 fev. 2025.

²⁷ O Projeto Plataforma para Preferências de Privacidade (P3P) permite que os sites expressem suas práticas de privacidade em um formato padrão que pode ser recuperado automaticamente e interpretado facilmente pelos navegadores do usuário. O P3P permite que os usuários sejam informados sobre as práticas do site (em formatos legíveis por máquina e humanos) e automatizem a tomada de decisões com base nessas práticas, quando apropriado. Portanto, os usuários não precisam ler as políticas de privacidade em todos os sites que visitam. Disponível em: <https://www.w3.org/P3P/>. Acesso em: 23 set. 2024

sites a fim de que as configurações de privacidade do usuário de maneira automática, possam ser compreendidas pelo site visitado²⁸. Dessa forma, mediante as predefinições estabelecidas, o site acessado estaria limitado a coletar informações apenas as quais aquele usuário consentiu e tem ciência.

A tendência é que a utilização de dados pessoais por governos e empresas continue a crescer, e essa expansão ocorre a uma velocidade muito superior à capacidade humana de prever e mitigar os possíveis danos decorrentes dessa prática. Com o aumento constante da demanda por dados para diversos fins, sejam sociais, econômicos ou tecnológicos, torna-se imprescindível o aprimoramento dos mecanismos de regulação, a fim de assegurar a proteção dos indivíduos proprietários dos dados, os quais se encontram em uma posição de vulnerabilidade frente aos governos e grandes corporações.

Esse cenário demonstra que existem questões cruciais sobre a privacidade e os direitos dos indivíduos. A coleta em massa de dados gera uma violação da autonomia pessoal, visto que não há uma plenitude sobre o controle sobre seus próprios dados. Nessa seara, a proteção a privacidade associada a autodeterminação informacional torna-se não apenas uma questão de segurança, mas também de respeito à liberdade individual e principalmente a dignidade da pessoa humana, que devem ser preservadas em qualquer ambiente digital.

Solucionar os desafios que já existem e os que irão surgir demandam uma abordagem estratégica que envolva uma capacidade contínua de adaptação, bem como a colaboração entre as diferentes esferas de governo, todo tipo de empresa e a sociedade civil com o propósito de ser uma regulamentação eficaz.

Diante do exposto, sustenta-se que ainda existem desafios a serem superados no contexto da proteção e gestão de dados pessoais, bem como promover melhorias na atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a fim de garantir mais independência técnica e funcional. O aprimoramento da fiscalização e a criação de meios efetivos de comando são basilares para endossar que os direitos fundamentais, principalmente no que se refere a privacidade, sejam preservados. As dificuldades apresentadas até aqui não podem ser deixadas de lado, e é imperativo que se analise possíveis alternativas a serem implementadas de maneira prática para atingir uma evolução substancial na proteção de dados pessoais.

²⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **ANPD e LGPD: Desafios e perspectivas**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. *E-book*. ISBN 9786556272764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272764/>. Acesso em: 23 set. 2024.



CONCLUSÃO

O trabalho apresentado objetivou demonstrar ser imprescindível a proteção, a gestão e a responsabilização no tratamento de dados pessoais. Foi demonstrado o desenvolvimento do controle de dados com o passar dos anos e como houve uma expansão na definição de dados e medidas que a tecnologia avançava. Esse caráter amplo trouxe situações novas, as quais o governo e as empresas passaram a ter que lidar.

A partir disso, o Brasil, em 2018, se enquadrou de forma definitiva no âmbito da proteção de dados pessoais, com a Lei Geral de Proteção de Dados, em que foram estabelecidos princípios a serem seguidos para garantir a efetividade da proteção proposta pela Lei.

A LGPD ainda trouxe a diferenciação dos dados pessoais e dados pessoais sensíveis, em que, estes últimos merecem atenção especial, visto a possibilidade discriminatória maior ao não serem seguidos os princípios esculpido na LGPD. Além disso, foi discutida a questão da transmutação dos dados pessoais sensíveis e como os dados pessoais podem se transformar, gerando uma violação e discriminação aos direitos fundamentais. Acrescido a isso, o entendimento da responsabilização civil objetiva em decorrência de tais violações

Em sequência, buscou-se a partir de apontamentos doutrinários demonstrar a importância da proteção aos direitos da personalidade, privacidade, autodeterminação informacional e de como a responsabilização civil tem o seu papel para assegurar o direito à reparação em casos de violação de dados e discriminação a partir destes.

Ainda com base na doutrina, foram apresentadas funções e o papel de atuação da ANPD e como sua atuação fiscalizatória e regulatória necessita de melhorias.

Em última análise, foram discutidas problemáticas e formas de promover avanços, como alternativas para o alcance de uma proteção de dados mais robusta.

Diante do que foi apresentado acima, espera-se que este estudo contribua para uma compreensão abrangente sobre a complexidade que é o tratamento de dados e suas diversas formas de impactar a sociedade civil e seus indivíduos. Somente com o entendimento da importância da preocupação com a proteção de dados pessoais e da consciência da autodeterminação informativa é que será traçado um caminho evolutivo para assegurar a plenitude garantidora de direitos.

REFERÊNCIAS

BIONI, Bruno R. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994105. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994105/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. Rio de Janeiro Forense, 2018.

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. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.

DIAS, P. C.; MARTINS, D. O.; OLIVEIRA, H. M. Breves reflexões sobre o conceito de controlador e operador de dados em atos normativos do Poder Judiciário e do Ministério Público. **Revista CNJ**, Brasília, v. 6, n. 1, 2022. DOI: 10.54829/revistacnj.v6i1.269. Acesso em: 14 ago. 2024.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **ANPD e LGPD: Desafios e perspectivas**. São Paulo: Grupo Almedina, 2021. *E-book*. ISBN 9786556272764. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272764/>. Acesso em: 14 fev. 2025.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Autoridade nacional de proteção de dados e a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados**. (Coleção teses de doutoramento). São Paulo: Grupo Almedina, 2020. *E-book*. ISBN 9788584936397. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584936397/>. Acesso em: 22 set. 2024.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Grupo Almedina, 2020. *E-book*. ISBN 9788584935796. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935796/>. Acesso em: 23 set. 2024.

MAYER-SCÖNBERGER, V. General development of data protection in Europe. In: AGRE, P.; ROTENBERG, M. (orgs.). **Technology and privacy: The new landscape**. Cambridge: MIT Press, 1997.

MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. *E-book*. ISBN 9788530994228. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994228/>. Acesso em: 22 set. 2024.

PINTO, Renata Ávila. **Digital Sovereignty Or Digital Colonialism**. *Sur – International Journal on Human Rights*, v. 15, n.27, 2018, p. 15-27. Disponível em HeinOnline. Acesso em: 23 set. 2024.



RODOTÀ, S. **A vida na sociedade de vigilância:** a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOUZA, Vítor Hugo Roque de. **A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados.** 2022. 54 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO: QUAIS OS IMPACTOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS?

Maiara Cardoso de Miranda Raymundo

Graduada pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Servidora Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos positivou em seu texto a necessidade de observância ao princípio do planejamento, inovando em relação à Lei nº 8.666/93. Além disso, algumas alterações também foram impostas pela Lei nº 14.133/21, como a previsão expressa de uma fase preparatória às licitações, com requisitos bem definidos, que vinculam o gestor público e, de certo modo, o vinculam também à observância ao referido princípio. No presente trabalho, visa-se à análise quanto à relevância dessas alterações na atuação da gestão pública e seus impactos na sociedade. Para tanto, explicita-se como a falta de continuidade das gestões administrativas impactam negativamente na necessidade de observância do princípio em voga, além de como a ausência de sanções penais e ineficácia de sanções administrativas contribuem para a reiteração da conduta, tomando por exemplo o Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Princípio do Planejamento. Lei nº 14.133/21. Contratações Públicas.

Sumário – Introdução. 1. A relevância do princípio do planejamento na Lei nº 14.133/21, seus desdobramentos e reflexos nas contratações públicas. 2. A repercussão da falta de continuidade das gestões administrativas no planejamento da Administração Pública. 3. A existência e eficácia de sanções administrativas e/ou penais em caso de inobservância ao princípio do planejamento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa como a falta de planejamento, positivado como princípio na Lei nº 14.133/21, impacta negativamente nas contratações públicas, gerando prejuízos ao erário e, principalmente, à população.

A já revogada Lei nº 8.666/93, que trata sobre Licitações e Contratos Administrativos, parece não dar a importância devida ao tema, limitando-se a prever como requisito para o processo licitatório o projeto básico e executivo para obras e/ou serviços.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/21, traz consigo a relevância plausível ao assunto, demonstrando de forma expressa, em seu art. 5º, o planejamento como um princípio norteador das licitações e contratos no âmbito da Administração Pública.



Reforçando tal entendimento, também foi incluída a fase preparatória como parte integrante do processo licitatório, conforme previsão do art. 17, I, da referida Lei, com a presença de um capítulo dedicado exclusivamente à matéria na supramencionada norma.

O primeiro capítulo do presente artigo tem por objetivo demonstrar a relevância da inclusão explícita do princípio do planejamento como orientador das licitações e contratações públicas reguladas pela Lei nº 14.133/21. Além disso, busca-se destacar a importância da previsão de requisitos na fase preparatória de licitações e contratos, que influenciam diretamente em um planejamento mais eficaz por parte da Administração. Também se pretende esclarecer como o planejamento do Estado, ou a ausência dele, tem impacto direto na sociedade.

O segundo capítulo visa a explicar como a falta de continuidade das gestões administrativas impactam no planejamento da Administração Pública e como a legislação atualmente existente contribui para a frequente troca de gestores, mediante uso dos cargos de livres nomeação e exoneração, sem levar em consideração os eventuais problemas que podem ser gerados em virtude disso.

Já o terceiro capítulo se presta a expor a existência de sanções administrativas e/ou penais nos casos de descumprimento de tal princípio, bem como discutir a eficácia destas, o que reflete diretamente no desestímulo à reiteração da conduta por outros agentes públicos.

A pesquisa trará abordagem qualitativa, considerando que visa a interpretar o princípio do planejamento e o impacto de sua não observância no Direito e na sociedade, com objetivo descritivo, uma vez que se pretende compreender o objeto da questão, por meio da descrição do problema, mas também expor os motivos ou fatores que contribuem de alguma forma para ocorrência deste.

Para tanto, será desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, investigando o problema no contexto atual em que está inserido, qual seja, a Administração Pública, exemplificando a temática por meio de casos reais observados a partir de casos oriundos Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro.

1. A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO NA LEI Nº 14.133/21, SEUS DESDOBRAMENTOS E REFLEXOS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A nova Lei de Licitações traz em seu artigo 5º um rol extenso de princípios que devem ser observados para sua aplicação. Tal rol é exemplificativo¹ e, portanto, não exclui a

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comparada e Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 18.

necessidade de observância a outros princípios aplicáveis, que eventualmente não tenham sido listados, trazendo destaque, entretanto, àqueles ali elencados.

Dentre esses, diferenciando-se da Lei nº 8.666/93, que, assim como previsto no art. 37, *caput*, da CRFB/88, se limitava a expor os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo², enfatiza-se o princípio do planejamento.

Com a previsão da Lei nº 14.133/21 sobre o referido princípio, sua observância torna-se indispensável, impondo ao gestor público o dever agir de modo planejado em todas as etapas de licitações e contratos. Para a entrega de qualquer produto final, a administração pública deve, desde o princípio, estudar e planejar a melhor forma de se chegar ao resultado.

Conforme prevê o artigo 12 da Lei em análise, o processo licitatório deve seguir alguns critérios que refletirão não só no órgão de origem, mas também no ente federativo como um todo, a exemplo do documento de formalização de demanda, uma vez que, a partir dele será elaborado o plano de contratação anual, que tem por objetivo “racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias”³.

Nesse sentido, trazendo à baila as leis que compõem o orçamento dos entes federativos, quais sejam, Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, Lei do Orçamento Anual - LOA e Plano Plurianual - PPA, e considerando que todos os órgãos e setores do governo devem seguir seus limites e diretrizes para atuação efetiva e consequentes formalizações de contratos necessários à gestão administrativa, o princípio do planejamento se mostra de extrema relevância. Ressalta-se que, em caso de inobservância ao planejamento realizado, podem haver graves consequências ao governo de todo um ente federativo, como, por exemplo, déficit orçamentário que dificulte ou até mesmo impossibilite a atuação do Estado na prestação de serviços essenciais à população.

Atendo-se aos impactos causados ao próprio órgão licitante, que não observa o referido princípio, podem-se evidenciar problemas como falta de orçamento e/ou financeiro para continuidade dos serviços prestados e ausência de contratos para prestação de tais serviços, sendo estes relacionados à atividade finalística do órgão ou à atividade meio.

² BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 25 fev. 2024.

³ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 25 fev. 2024.



Embora a lei traga como regra a licitação, também existem outras hipóteses legais que permitem contratações diretas, como nos casos em que se é inexigível ou dispensada a licitação⁴, como, por exemplo, nos casos em que a Administração se vê diante de situações extremas e urgentes, não havendo tempo hábil para licitar, quando será permitida uma contratação emergencial.

O problema é que, em alguns casos, a falta de planejamento leva à situação emergencial. Por exemplo, se um órgão público presta um serviço à população por meio de um contrato com uma empresa, caso não haja o devido planejamento para que tal instrumento seja renovado ou para que haja nova licitação, não sendo possível paralisar o serviço, a autoridade competente poderá se valer do contrato emergencial. Nesse caso, o contrato emergencial, que dispensa partes dos trâmites licitatórios e é exceção à regra, somente terá ocorrido por inobservância ao referido princípio.

A exemplo disso, evidencia-se o caso ocorrido no Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro – DETRAN.RJ, que, do ano de 2019 até o ano de 2021, fez 3 contratos emergenciais para o mesmo serviço, qual seja, emissão de Carteira Nacional de Habilitação – CNH, intercalando com períodos em que o serviço foi prestado sem cobertura contratual⁵.

Nesse episódio, o contrato que prestava o serviço essencial teve seu fim em 2019 e, por clara ausência de planejamento, a administração não realizou nova licitação a tempo de não interromper o serviço, que passou a ser prestado sem cobertura contratual por um período de 2 meses e 10 dias, sendo celebrado, então, um contrato emergencial, que teve seu fim ainda em 2019. Após o vencimento deste, foi proposta a formalização de novo contrato emergencial, mas sem sucesso e, novamente, o serviço passou a ser prestado sem cobertura contratual até o ano de 2021, com a celebração de novo contrato emergencial, passando o serviço, mais uma vez, a ser prestado sem cobertura contratual por alguns dias, quando do seu termo final, em maio daquele ano.

Em junho de 2021, houve nova celebração de contrato emergencial, que teve vigência até novembro do mesmo ano, até que, finalmente, ocorrida a licitação, foi celebrado o contrato regular para a prestação dos serviços, vigente até a presente data, completando, nesse ano de 2024, 36 meses de vigência.

⁴ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 25 ago. 2024.

⁵ PORTAL SEI RJ. **Processo Administrativo E-16/060/6407/2019 – Doc. 22021519** – Disponível em: https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?iI3OtHvPArITY997V09rhsSkbDKbaYSycOHqqF2xsM0IaDkkEyJpus7kCPb435VNEAb16AAxmJKUdrsNWVIqQ18_IJUIEWCKSzX0pfDfoiyZ8JL2ZYerLULVLvmnpXTZ. Acesso em: 25 ago. 2024.

Ressalta-se que o exemplo citado se deu ainda sob a égide da Lei nº 8.666/93, que não tinha positivado o planejamento como princípio e reflete, de forma clara, o grande problema gerado em caso de sua inobservância na gestão administrativa.

Em consonância com o referido princípio, a licitação passou a ter com a nova lei uma sequência de fases bem definidas que devem ser respeitadas com o objetivo final de dar maior eficiência ao procedimento, na forma do que prevê o art. 17.

O procedimento licitatório agora é dividido em sete etapas⁶. Dentre elas, destaca-se a fase preparatória que, dada a sua relevância, ganhou um capítulo em sua dedicação. A necessidade de as contratações serem bem planejadas e definidas ficaram ainda mais evidentes, a exemplo do requisito expresso de elaboração de estudo técnico preliminar, que, anteriormente, não era um elemento exigido por lei e constava apenas de instruções normativas, como a Instrução Normativa nº 5, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão⁷.

A Seção I do Capítulo II da Lei em referência traz, minuciosamente, todos os elementos necessários à instrução do processo licitatório. Esses documentos estão intimamente ligados ao planejamento da despesa, a exemplo do já citado estudo técnico preliminar, que dá base ao termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo⁸, a estimativa de orçamento, a minuta de edital e contrato e a análise de risco.

Observando os estritos ditames legais, o gestor administrativo terá, conseqüentemente, um planejamento adequado do que precisa contratar e/ou adquirir e, do mesmo modo, um melhor resultado para a Administração Pública, que poderá ser traduzido em soluções mais bem adequadas ao caso concreto, economia ao erário e eficiência administrativa.

Ainda que para alguns autores, a exemplo do Professor Rafael Oliveira, o planejamento represente um dever da Administração Pública e decorra do princípio da eficiência⁹, da leitura da Nova Lei, fica claro o desejo do legislador de evidenciá-lo, não só por meio da positivação em princípio, mas ao longo de todo o texto legal, demonstrando sua relevância as licitações e contratações públicas.

Por oportuno, é mister dizer que com tantos exemplos de contratos administrativos mal planejados e executados, a exemplo do caso narrado anteriormente envolvendo o DETRAN.RJ,

⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 04 ago. 2024.

⁷ BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017**. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>. Acesso em: 25 ago. 2024.

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comparada e Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 21.

⁹ *Ibid.*



acertou o legislativo ao trazer na nova lei maior clareza de parâmetros e, consequentemente, maior cobrança dos gestores, que terão que se ater a todas as etapas legais, nas fases pré-contratuais.

Evidente que não se espera que toda a falta de planejamento da Administração tenha se resolvido ao passo da entrada em vigor da Nova Lei, mas, com o decurso do tempo, o melhor preparo e gerenciamento de contratos administrativos e, por conseguinte, uma melhor entrega de serviços públicos à população se impõe.

2. A REPERCUSSÃO DA FALTA DE CONTINUIDADE DAS GESTÕES ADMINISTRATIVAS NO PLANEJAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O poder constituinte, ao criar a Lei de Execução Orçamentária, a Lei de Orçamento Anual e o Plano Plurianual¹⁰, demonstrou clara preocupação com o planejamento da Administração Pública, uma vez que tais leis acabam por restringir a atuação do gestor público, que, em regra, se limita, orçamentariamente, a seguir o que está previsto em tais legislações. Entretanto, a troca corriqueira desses atores no Estado pode ocasionar graves problemas de continuidade dos projetos essenciais ao serviço público, iniciados por gestões anteriores.

A forma de ingresso em cargo ou emprego público se dá por meio de concurso público, à exceção das nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, na forma prevista na Constituição Federal de 1988¹¹, que não se confunde com as funções de confiança.

No cargo de livre nomeação e exoneração, como pode se inferir da própria nomenclatura, aquele que tem competência para tanto, qual seja, a autoridade superior do órgão ou entidade pública, pode nomear ou exonerar qualquer cidadão para exercer aquela atividade, momento em que será estabelecido um vínculo não efetivo com a Administração Pública.

Já a função de confiança, “consiste na assunção de atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade por parte do ocupante de um cargo de provimento efetivo, ao que corresponde o pagamento de uma remuneração adicional”¹².

¹⁰ 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.

¹¹ *Ibid.*

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649822/>. Acesso em: 17 ago. 2024. *E-book*.

Considerando que os cargos de livre nomeação e exoneração, assim como as funções de confiança, ainda que se limitem aos ocupantes de cargos efetivos, permeiam pela discricionariedade da autoridade superior da pasta, as trocas de equipes acabam sendo frequentes, uma que vez, embora a doutrina preveja a necessidade de motivação, a exemplo do entendimento do Professor Marçal Justen Filho¹³, na prática, não é isso o que é observado.

Os processos que visam à nomeação de determinadas pessoas podem simplesmente conter o pedido e os dados de quem se pretende nomear, não havendo, ao menos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, lei que obrigue expor a motivação do ato.

Utilizando como parâmetro o poder executivo do Estado do Rio de Janeiro, ao consultar o Diário Oficial do Estado, poderão ser observadas movimentações de pessoal em diversos órgãos quase todos os dias. Essa rotatividade implica diretamente na continuidade do serviço público, conforme demonstrado adiante.

Imagine-se que um projeto está sendo desenvolvido em um determinado órgão público para a prestação de um serviço à população. No meio do processo, o titular desse órgão é exonerado por questões puramente políticas, sendo nomeado um novo dirigente. Esse novo titular, por não conhecer ou não se sentir seguro com as pessoas que estão desempenhando as funções do cargo em comissão, entende por exonerá-las para nomear profissionais que, ao seu ver, se amoldariam melhor às funções ali desenvolvidas.

Ocorre que o projeto que estava sendo desenvolvido pela equipe anterior e tinha uma determinada previsão de conclusão, agora terá uma nova previsão para entrega, considerando que será necessário mais tempo para que a nova equipe possa estudar e aprofundar o assunto, até que seja possível a solução.

Dependendo do projeto que estiver sendo executado, essa rotatividade poderia acarretar prejuízos diretos à população e aos cofres públicos, se fosse, por exemplo, um trabalho que estivesse desenvolvendo uma nova modelagem com vistas à economia na prestação de determinado serviço público.

Um exemplo real a ser citado foram as sucessivas trocas de presidente e, conseqüentemente, de servidores nomeados em cargos em comissão, ocorridas no DETRAN.RJ entre os anos de 2019 e 2020. Nesse intervalo foram nomeados 5 (cinco) presidentes diferentes,

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649822/>. Acesso em: 17 ago. 2024. *E-book*.



o que ocasionou sucessivas trocas de diretores, assessores e de outros cargos de livre nomeação e exoneração¹⁴.

O resultado disso foi que durante os anos de 2019 e 2020 não foram realizadas licitações para a contratação de serviços inerentes às atividades-fim desenvolvidas pela autarquia¹⁵, o que acarretou na prestação de serviços sem coberturas contratuais e celebração de contratos emergenciais, como o exemplo relatado no capítulo anterior, até que, em 2020, com a assunção do Presidente que permaneceu no cargo até junho de 2023, finalmente foram realizadas diversas licitações, que incorreram na assinatura de vários contratos administrativos, possibilitando ao órgão a continuidade da gestão administrativa na forma legalmente esperada.

Isso demonstra a clara falta de planejamento, nesse caso, do Governo do Estado em relação à troca dos presidentes, e dos presidentes que assumiram, em relação à troca dos demais cargos, que impactaram direta e negativamente, nos serviços executados pelo órgão de trânsito do Estado do Rio de Janeiro, refletindo, também, na falta de planejamento para a celebração de contratos e licitações que, se tivesse ocorrido de forma satisfatória pelos gestores, outro resultado seria alcançado, com consequências positivas à população.

A falta de continuidade das gestões administrativas também implica, muitas vezes, na falta de capacitação dos servidores públicos nomeados em cargos em comissão para a execução de atividades específicas.

O serviço público se divide em muitas frentes, mas merece destaque a atuação administrativa dos órgãos, uma vez que a partir dela, todas as outras funções tomam forma e se tornam possíveis, com base no orçamento, disponibilidade financeira, celebração de contratos, etc.

Para que a máquina pública funcione de forma plena, faz-se necessário que os servidores envolvidos sejam capacitados para tal. Nesse sentido, além da capacitação particular e individual, inerente à esfera pessoal de cada servidor, é prática comum dos órgãos e do Estado

¹⁴ SEARA, Berenice. Luiz Carlos das Neves será substituído no comando do Detran-RJ. **EXTRA**, Rio de Janeiro, 23 ago. 2019. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/extra-extra/luiz-carlos-das-neves-sera-substituido-no-comando-do-detrان-rj-23898003.html>. Acesso em: 25 ago. 2024.

SEARA, Berenice. Governador Wilson Witzel exonera presidente do Detran-RJ. **O Globo**, Brasília, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/governador-wilson-witzel-exonera-presidente-do-detrان-rj-24375425?versao=amp>. Acesso em: 25 ago. 2024.

CHAVEZ, Raíza. Governador em exercício do RJ escolhe novo presidente do Detran. **Portal R7**, Rio de Janeiro, 03 out. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/governador-em-exercicio-do-rj-escolhe-novo-presidente-do-detrان-03102020/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

¹⁵ BRASIL. Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro. **Portal Transparência**. Disponível em: https://www.detrان.rj.gov.br/_monta_aplicacoes.asp?cod=14&tipo=cadastro_edital&ano=2019&modo=realizada.s. Acesso em: 25 ago. 2024.

promover a capacitação de seus servidores por meio de cursos, palestras e outros meios, sendo certo que qualquer ação nesse intuito gerará custos, direta ou indiretamente, à Administração.

Com as recorrentes trocas de servidores que não dependem da aprovação em concurso público para atuar na Administração Pública, o conhecimento, por muitas vezes, se perde, forçando a Administração a fornecer uma nova capacitação a um novo servidor que, talvez, em poucos meses, seja substituído por outro, voltando à etapa inicial de ter que se oferecer capacitação para a execução de determinada função.

Isso poderia ser evitado se houvesse uma exigência mínima de conhecimento técnico para a nomeação dos servidores em cargos em comissão. Mas, como para a maioria dos cargos desse tipo não há, nem sempre o servidor nomeado será qualificado o suficiente para atuar naquela função.

Assim, se essas trocas não forem bem planejadas pela gestão, todo um trabalho que estava sendo desenvolvido pode ser interrompido ou ter a entrega atrasada, por simples falta de observância ao princípio do planejamento, referenciado na nova Lei de Licitações.

3. A EXISTÊNCIA E EFICÁCIA DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E/OU PENAIS EM CASO DE INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO

A responsabilidade do servidor público em casos de exercício irregular de suas funções pode se dar na esfera civil, penal e administrativa¹⁶.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a “responsabilidade civil é a imputação, ao servidor público, da obrigação de reparar o dano que tenha causado à Administração ou a terceiro, em decorrência de conduta culposa ou dolosa, de caráter comissivo ou omissivo”¹⁷. Se da inobservância ao princípio do planejamento houver um resultado danoso à Administração, o servidor deverá ser responsabilizado.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, encontra-se em vigor o Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo¹⁸. Ao longo do supracitado decreto-lei, vários artigos dedicam-se a estipular as

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm?origin=instituicao. Acesso em: 08 set. 2024.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 777.

¹⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1975. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>. Acesso em: 08 set. 2024.



responsabilidades e penalidades passíveis de aplicação, além da possibilidade de instauração do processo administrativo disciplinar em determinados casos.

Seguindo o princípio da legalidade, que rege a Administração Pública de acordo com o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, ao servidor público é permitido fazer somente aquilo o que a lei permite. Nesse sentido, o Decreto nº 2.479, de 08 de março de 1979, que aprova o Regulamento do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, traz em seu texto os deveres impostos aos servidores, destacando-se, no presente contexto, os deveres de “lealdade e respeito às instituições constitucionais e administrativas a que servir” e “observância das normas legais e regulamentares”¹⁹.

Conforme já explicitado anteriormente, a observância ao princípio do planejamento é uma exigência legal prevista na Lei nº 14.133/21. Portanto, em caso de evidências de seu descumprimento, poderá ser instaurado processo administrativo disciplinar, que tem por objetivo possibilitar a prevenção e repressão de infrações funcionais de seus subordinados, no âmbito interno da Administração²⁰, entendendo-se por infrações funcionais toda ação ou omissão do funcionário capaz de comprometer a dignidade e o decoro da função pública, ferir a disciplina e a hierarquia, prejudicar a eficiência do serviço ou causar dano à Administração Pública²¹.

O processo administrativo disciplinar pode resultar na aplicação de diferentes penalidades, a depender do tipo de infração cometida, sendo que se houver a prática daquilo que lhe é proibido, o servidor público poderá ser punido com a demissão²².

No que tange ao princípio do planejamento, considerando que a observância à norma legal é um dever do servidor público, em consonância com a explanação anterior, se comprovada a desídia quanto a sua observância, a penalidade aplicável também poderá ser a de demissão²³.

No mesmo contexto, atendo-se ao âmbito do Estado do Rio de Janeiro, compete ao Tribunal de Contas do Estado verificar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos editais de licitação e das despesas, ou receitas, decorrentes de atos de aprovação de licitação,

¹⁹ BRASIL. **Decreto nº 2.479, de 08 de março de 1979**. Aprova o regulamento do estatuto dos funcionários públicos civis do poder executivo do estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1979. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/968d5212a901f75f0325654c00612d5c/2caa8a7c2265c33b0325698a0068e8fb>. Acesso em: 14 set. 2024.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

de contratos ou de instrumentos assemelhados²⁴. Nesse sentido, a não observância do princípio do planejamento que resulte em ilegalidade de edital de licitação ou dano ao erário nas despesas ou receitas decorrentes de contratos ou instrumentos congêneres, também poderão ser alvo de fiscalização e sancionamento pelo Tribunal de Contas.

Na forma dos arts. 61 e seguintes da Lei Complementar nº 63, de 1º de agosto de 1990, o Tribunal em voga tem competência para aplicação de multas²⁵ e outras sanções como “a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração estadual, por prazo não superior a 5 (cinco) anos, bem como propor a pena de demissão, na forma da lei”²⁶.

O Código Penal²⁷, por sua vez, além do Capítulo I, do Título XI, que traz os crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, com o advento da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, teve incluído o Capítulo II-B, que trata especificamente sobre os crimes em licitações e contratos administrativos.

Da leitura do arts. 337-E a 337-P do Código Penal, pode-se concluir que o simples descumprimento do referido princípio não configura crime em licitações ou contratos administrativos, mas tão somente os tipos penais ali elencados, que embora possam estar diretamente o indiretamente ligados à inobservância dolosa ao referido princípio, não tornam a conduta, por si só, passível de punição penal pelas normas do referido Código.

Além disso, a Lei nº 8.429/92²⁸, conhecida como a Lei de Improbidade Administrativa, classifica como atos de improbidade administrativa aquelas condutas previstas nos seus arts. 9º, 10 e 11, dividindo-se, respectivamente, em atos que importam em enriquecimento ilícito, causam prejuízo ao erário e atentam contra os princípios da Administração Pública.

No que tange aos atos que importam em enriquecimento ilícito, por óbvio, a inobservância ao princípio do planejamento não se enquadra na conduta, a menos que de forma indireta, de modo a facilitar as ações ou omissões previstas no art. 9º, o que não seria capaz de ensejar em uma responsabilização isolada nesse contexto.

²⁴ BRASIL. **Lei Complementar nº 63, de 1º de agosto de 1990**. Dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1990. Art. 3º, incisos XVII e XVIII. Disponível em: https://www.tcerj.tc.br/portalnovo/pagina/lei_organica. Acesso em: 15 set. 2024.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ 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: 08 set. 2024.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 08 set. 2024.



Quanto aos atos que causam prejuízo ao erário, as condutas dolosas comissivas ou omissivas que gerem perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres²⁹, a inobservância ao referido princípio poderia perfeitamente se ligar ao tipo, se dolosa e se da conduta do servidor público houver prejuízo ao erário na forma prevista no art. 10, não sendo possível, entretanto, sua responsabilização individualizada no âmbito da referida norma.

Em relação ao art. 11, embora o título da Seção III do Capítulo II da referida lei seja “Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública”³⁰, há limitação legal para considerar como ato de improbidade administrativa “a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas”³¹, não havendo relação direta com o dever de observância ao princípio do planejamento.

Desse modo, conclui-se que a inobservância ao princípio do planejamento não configura, unilateralmente, um ato de improbidade administrativa passível de responsabilização nos termos da supracitada lei, embora possa estar relacionada, direta ou indiretamente, à algumas das condutas previstas na Lei nº 8.429/92.

Pode-se perceber, então, que não há, no regramento legal atual, punições administrativas e/ou penais que tratem especificamente dos casos de inobservância do princípio do planejamento.

Por não se tratar de um tema bem definido para fins de coerção, as normas atuais que podem ser aplicáveis aos casos de não observância, se mostram insuficientes e incapazes de coibir seu descumprimento.

Na Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, não são raras as vezes em que se pode observar a desobediência ao princípio do planejamento no âmbito das licitações e contratos.

Tendo novamente o DETRAN-RJ como exemplo, a inobservância ao princípio do planejamento resultou em uma ação judicial na qual uma empresa que prestava serviços para a autarquia, cobrava, em 01 de outubro de 2021, o valor de R\$ 35.113.857,45 (trinta e cinco

²⁹ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 08 set. 2024.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

milhões, cento e treze mil, oitocentos e cinquenta e sete reais e quarenta e cinco centavos), sob a alegação de prestação de serviços sem a devida cobertura contratual³².

A referida ação judicial resultou em uma transação particular entre as partes, firmada em 27 de julho de 2023, em que o DETRAN-RJ reconheceu a prestação dos serviços sem contrato e pagou o valor total de R\$ 16.034.657,72 (dezesesseis milhões, trinta e quatro mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e setenta e dois centavos) à empresa, que deu quitação ao órgão público em relação aos períodos em aberto³³.

Nesse caso, se o princípio em voga tivesse sido devidamente observado, não existiriam serviços sem cobertura contratual, tampouco a necessidade de uma ação judicial para cobrar os valores e a movimentação da máquina pública para a formalização de um acordo entre as partes.

Por ser um tema novo no ordenamento jurídico, considerando que a Lei nº 14.133/21, que trouxe a previsão expressa de dever de observância do referido princípio, foi promulgada em 2021, também não há na jurisprudência sobre o assunto.

CONCLUSÃO

Por tudo o que se expôs, o presente trabalho objetivou demonstrar a relevância da positivação do princípio do planejamento pela Nova Lei de Licitações e Contratos, além da ênfase trazida pela lei à fase preparatória das contratações na Administração Pública. Buscou-se evidenciar como o referido princípio tem relação direta com as contratações públicas, que impactam diretamente na sociedade.

A preocupação do legislador com as fases da licitação e com toda a lógica do planejamento é cristalina e traz consigo o destaque devido ao tema, diferentemente da Lei nº 8.666/93, já revogada. De certo modo, o referido princípio já estava imiscuído no princípio da eficiência, mas agora, de forma evidente, está o gestor público obrigado a segui-lo.

A presente pesquisa também se propôs a demonstrar como a falta de continuidade das gestões públicas impactam, de forma negativa, na continuidade da Administração Pública.

Com a possibilidade de nomeação em cargos em comissão, que são de livre nomeação e exoneração, sem exigência de concurso público e sem exigência eficaz, também, de motivação para tal ato, tem-se como resultado uma grande rotatividade de servidores.

³² PORTAL SEI RJ. **Processo Administrativo SEI-150023/000765/2021**. Disponível em: https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?IC2o8Z7ACQH4LdQ4jJLJzjPBiLtP6l2FsQacllhUf-duzEubalut9yvd8-CzYYNLu7pd-wiM0k633-D6khhQNZ_6ehrTFyZ3ugWhblFWIAAALoKzfxQKhG-3ISXaMUDm. Acesso em: 15 set. 2024.

³³*Ibid.*, doc. 56341210.



As trocas frequentes e não planejadas da alta gestão administrativa trazem consequências negativas a qualquer órgão público, uma vez que os trabalhos e ideias que vêm sendo desenvolvidas sob a liderança e trabalho de uma ou algumas pessoas, serão, no menor impacto, atrasados, até que o novo gestor possa analisar tudo o que precisa para saber se concorda com a continuidade do projeto ou não.

No mesmo sentido, a execução das atividades inerentes ao serviço público exige, muitas vezes, conhecimentos específicos pouco comuns para o mercado de trabalho privado. Dessa forma, a troca constante de servidores, ocasionada, muitas vezes, pela mudança da alta gestão, traz como impacto negativo o adiamento ou até mesmo inexecução de projetos importantes para o serviço público, que pode se desdobrar em prejuízo ao erário, por simples falta de capacitação dos servidores, além de despesas extras à Administração, que deverá investir na qualificação do novo servidor.

Além disso, o presente trabalho também trouxe à baila a possibilidade de sanções em caso de descumprimento do referido princípio, destacando-se a responsabilidade civil do servidor público e o dever de reparar o dano, se a ele houver dado causa.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a sanção administrativa aplicável aos casos de inobservância do referido princípio, decorrerá de instauração de processo administrativo disciplinar e traz a possibilidade de aplicação da pena de demissão, se comprovado o descumprimento de norma legal, como, agora, se classifica o referido princípio.

No mesmo contexto, a atuação e fiscalização do TCE-RJ, somente ocorrerá se da inobservância ao referido princípio houver ilegalidade nos atos administrativos ou dano ao erário, sem previsão direta de atuação do referido Tribunal, se o ato for isolado.

Já no que tange à responsabilização penal, pode-se concluir pela inexistência de norma legal diretamente vinculada à inobservância ao princípio do planejamento, não havendo, também, jurisprudência sobre a temática.

Nesse sentido, considerando a falta de previsão específica sobre o tema em âmbito administrativo e diante da ausência de regramento que tipifique penalmente a conduta, conclui-se que não há elementos suficientes que desestimulem o gestor público à reiteração da conduta de não observância ao princípio em voga, o que é corroborado pelos vários exemplos que se repetem anualmente, nas diferentes gestões de diversos órgãos do Estado.

Do presente artigo, depreende-se, portanto, que foi acertada a escolha do legislador em positivar o princípio do planejamento na Nova Lei de Licitações e Contratos, que conferiu ao tema a importância e o destaque devidos.

Pode-se concluir também, que tal previsão, por si só, não será capaz de promover as mudanças que se acreditam esperadas pelo legislador, uma vez que para que o referido princípio seja devidamente observado, outras questões e regramentos também devem ser repensados, como os impactos negativos causados pela falta de continuidade das gestões administrativas e a ineficácia das sanções administrativas e inexistência das sanções penais em caso de sua inobservância.

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: 25 fev. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 2.479, de 08 de março de 1979**. Aprova o regulamento do estatuto dos funcionários públicos civis do poder executivo do estado do Rio de Janeiro: Governo do Estado, 1979. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/968d5212a901f75f0325654c00612d5c/2caa8a7c2265c33b0325698a0068e8fb>. Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1975. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/13a8832c3ad51674832569d0006c75a4/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>. Acesso em: 08 set. 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: 08 set. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 63, de 1º de agosto de 1990**. Dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Governo do Estado, 1990. Disponível em: https://www.tcerj.tc.br/portalnovo/pagina/lei_organica. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm?origin=instituicao. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 15 set. 2024.



BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 25 fev. 2024.

BRASIL. Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro. **Portal Transparência**. Disponível em:

https://www.detran.rj.gov.br/_monta_aplicacoes.asp?cod=14&tipo=cadastro_ edital&ano=2019&modo=realizadas. Acesso em: 25 ago. 2024.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017**. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>. Acesso em: 25 ago. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVEZ, Raíza. Governador em exercício do RJ escolhe novo presidente do Detran. **Portal R7**. Disponível em: <https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/governador-em-exercicio-do-rj-escolhe-novo-presidente-do-detran-03102020/>. Acesso em: 25 ago. 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649822/>. Acesso em: 17 ago. 2024. *E-book*.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comparada e Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PORTAL SEI RJ. **Processo Administrativo E-16/060/6407/2019** – Disponível em: https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?iI3OtHvPArITY997V09rhsSkbDKbaYSycOHqqF2xsM0IaDkkEyJpus7kCPb435VNEAb16AAxmJKUdrsNWVIqQ18_IJUIEWCKSzX0pfDfoiyZ8JL2ZYerLULVLvmnpXTZ. Acesso em: 25 ago. 2024.

PORTAL SEI RJ. **Processo Administrativo SEI-150023/000765/2021**. Disponível em: https://sei.rj.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?IC2o8Z7ACQH4LdQ4jJLJzjPBiLp6l2FsQacllhUf-duzEubalut9yvvd8-CzYYNLu7pd-wiM0k633-D6khhQNZ_6ehrTFyZ3ugWhblFWIAAALoKzfxQKhG-3ISXaMUDm. Acesso em: 15 set. 2024.

SEARA, Berenice. Luiz Carlos das Neves será substituído no comando do Detran-RJ. **EXTRA**, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/extra-extra/luiz-carlos-das-neves-sera-substituido-no-comando-do-detran-rj-23898003.html>. Acesso em: 25 ago. 2024.



SEARA, Berenice. Governador Wilson Witzel exonera presidente do Detran-RJ. **O Globo**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/governador-wilson-witzel-exonera-presidente-do-detrان-rj-24375425?versao=amp>. Acesso em: 25 ago. 2024.



A COTA DE GÊNERO PARA CANDIDATURAS FEMININAS E O DESVIRTUAMENTO NA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA

Marcella da Silva Nunes de Jesus
Graduada pela Universidade Iguaçu (UNIG). Advogada.

Resumo – no âmbito do Direito Eleitoral, à luz da Constituição Federal de 1988, tornou-se imprescindível a análise de questões sociais fundamentais, como a sub-representação feminina na política e as fragilidades do processo eleitoral brasileiro. A escassez de mulheres na política representa um retrocesso social, gerando impactos negativos no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, especialmente devido à insuficiência de legislações eficazes que busquem mitigar a desigualdade de gênero no cenário político. Nesse contexto, o cerne do presente trabalho reside na reflexão jurídica sobre a gravidade das fraudes eleitorais, com destaque nas violações à Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, que instituiu a política de cota de gênero, bem como a respeito da problemática que envolve o desvio de recursos destinados ao financiamento das campanhas femininas.

Palavras-chave – Direito Eleitoral. Mulheres. Cota. Financiamento eleitoral.

Sumário – Introdução. 1. Sub-representação feminina na política: impactos de uma sociedade patriarcal. 2. A fraude à cota de gênero e a inadequada aplicação de recursos em candidaturas femininas: desafios atuais do estado democrático de direito. 3. Aprovação da Súmula nº 73 do TSE: implicações e consequências nas eleições municipais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade precípua analisar de forma crítica a cota de gênero para candidaturas femininas e os impactos negativos associados ao desvirtuamento na utilização dos recursos dos fundos de financiamento destinados às candidaturas femininas.

Para melhor elucidação do tema, apresenta-se, no primeiro capítulo, a retrospectiva histórica de uma sociedade naturalmente patriarcal que apenas reconheceu direitos políticos às mulheres em 24 de fevereiro de 1932 através do Código Eleitoral Brasileiro (Decreto 21.076), que estabeleceu como eleitor o maior de 21 anos, sem distinção de sexo (art. 2º). No entanto, apesar do reconhecimento em 1932, foi apenas em 1934 que o direito ao voto das mulheres foi consagrado na Constituição da República.

Um dos maiores responsáveis para esse cenário de discriminação entre gêneros é o sistema de relações sociais denominado patriarcado, que pressupõe a dominação masculina universal. Desde o século XIX, movimentos feministas debatem o caráter político das relações de poder, sendo um dos seus aspectos principais a presença reduzida de mulheres em lugares que poderiam, de fato, modificar o cenário social, como nas Casas Legislativas. E, apesar dos avanços sociais e legislativos, é indiscutível que ainda há uma sub-representação feminina na

política brasileira, notadamente porque o Brasil possui apenas 17,5% de representatividade feminina na política.

O segundo capítulo aborda a fraude à cota de gênero e a inadequada aplicação de recursos em candidaturas femininas. A manifesta fraude à cota de gênero e ausência de aplicação devida dos recursos de financiamento de candidaturas femininas é um reflexo de anos de restrição aos direitos fundamentais das mulheres, principalmente aos direitos cívicos e políticos, sendo uma evidente afronta às ações afirmativas e aos princípios da igualdade, da cidadania e do pluralismo político.

Por derradeiro, o terceiro e último capítulo desta pesquisa visa apresentar as reformas legislativas, jurisprudenciais que têm caminhado em conjunto para promoção de mudanças substanciais no cenário social e político brasileiro, que culminaram na edição da Súmula nº 73 pelo Tribunal Superior Eleitoral. A referida súmula serve como uma orientação aos Juízes Eleitorais e Tribunais Superiores para aplicação de penalidades às práticas fraudulentas nas eleições, que comprometem a efetividade das políticas de igualdade de gênero.

A presente pesquisa é desenvolvida utilizando o método hipotético-dedutivo, considerando-se que a pesquisadora elege proposições hipotéticas, com base em informações históricas, as quais acredita serem oportunas para analisar o objeto do estudo, com o objetivo de comprová-las de forma argumentativa.

O objeto do presente artigo científico possui abordagem necessariamente qualitativa, logo, a observadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em concreto – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua defesa.

1. SUB-REPRESENTAÇÃO FEMININA NA POLÍTICA: IMPACTOS DE UMA SOCIEDADE PATRIARCAL?

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão despertou uma nova preocupação com os direitos humanos, proclamando, em seu texto, a igualdade, fraternidade e liberdade. Entretanto, apesar dos princípios de equidade consagrados na Declaração, na prática, a aplicação desses direitos era marcada por profundas desigualdades.¹ Durante esse período, a expansão da cidadania foi realizada de forma insatisfatória, uma vez que os direitos políticos

¹ GARCIA, Letícia Giovanini. **Mulheres, Política e Direitos Políticos**: Atualizada de acordo com a EC 117/22 (aplicação de recursos do fundo partidário na promoção e difusão da participação política das mulheres) e Leis n. 14.192/2021 e n. 14.197/2021 (crime de violência política de gênero). São Paulo: Almedina Brasil, 2023.



estavam restritos a um monopólio de grupos específicos, sendo reservados apenas àqueles com base econômica substancial.² Quanto às mulheres, as discriminações eram ainda severas, uma vez que estas foram excluídas do processo eleitoral.

Embora tenham participado ativamente nos momentos iniciais da Revolução Francesa, movimento que culminou na promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, as mulheres permaneceram privadas de diversos direitos cívicos, incluindo o de participação nas decisões políticas.³ O atraso na conquista de direitos resultou diretamente na ausência de representatividade feminina em ambientes de poder, evidenciando uma herança social profundamente enraizada em uma sociedade historicamente patriarcal.

Nesse contexto, Maria Mary Ferreira define o patriarcado como:

O conceito de patriarcado explica a sujeição das mulheres tendo como princípio o exercício do poder dos homens, construído a partir das relações de dominação. Pode ser compreendido como um sistema de dominação e exploração das mulheres pelos homens desde o controle de sua sexualidade, perpassando os espaços públicos e privados a partir das estruturas de poder que coisificam a mulher, anulando sua importância no contexto social e político.⁴

Em suma, o patriarcado pode ser compreendido como um sistema de dominação e exploração de mulheres. O controle das mulheres e o desenvolvimento do patriarcado são resultados de um processo histórico desenvolvido e consolidado por homens e instituições. Essencialmente, o patriarcado é uma construção histórica que reflete e perpetua uma estrutura de poder dominada por homens.⁵ Esse sistema não dificultou apenas a conquista de direitos cívicos, mas também contribuiu para a exclusão das mulheres no mercado de trabalho, nas posições de poder e da política.

Diante da opressão e desigualdade global, mulheres passaram a promover movimentos feministas visando a ampliação da sua atuação no contexto político e social. Nesse cenário, as primeiras organizações feministas emergiram com a Revolução Francesa e continuaram até as primeiras décadas do século XX, marcando a primeira onda do feminismo, conhecida como a

² PEDRO, Joana Maria; PINSKY, Carla Bassanezi. Mulheres: igualdade e especificidade. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 265-309.

³ Id., 2003.

⁴ FERREIRA, M. **Sub-representação das mulheres na política no Brasil**: reflexos de uma cultura patriarcal? Porto, Fac.Letras Univ. Porto, 2019, pp. 209-223. Disponível em: [file:///C:/Users/marce/Downloads/17213%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/marce/Downloads/17213%20(1).pdf) Acesso em: 12 de set. 2024.

⁵ SOUZA, Natália Lopes de. Resenha: **Acriação do patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens, de Gerda Lerner. Revista Latino-Americana de Geografia e Gênero, v. 14, n. 2, p. 271-276, 2023. ISSN 2177-2886. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/rlagg> Acesso em: 13 de set. de 2024.

“sufragista”.⁶ As principais reivindicações concentravam-se no acesso à educação, formação profissional e representação política.⁷

A segunda onda do feminismo, que ocorreu entre os anos de 1960 e 1980, teve como expoente a retomada masculina do mercado industrial e o consequente retorno da mulher ao espaço doméstico. Assim, a segunda onda denunciava o patriarcado como o sistema de dominação masculina que inferiorizava as mulheres e repercutia em uma estrutura de poder baseada na violência e na ideologia de gênero.⁸ Com a evolução das ondas do feminismo, surgiram novas reivindicações que incorporaram ideias de igualdade de gênero, classe e raça, passando a questionar as perspectivas burguesas e liberais que predominavam até então.⁹

A terceira onda do feminismo, surgida a partir da década de 1990, foi diretamente influenciada pelas mudanças sociais globais. Nesse contexto, a terceira onda começou a tecer críticas à segunda onda, em razão de seu suposto caráter generalizante, adotando uma postura mais inclusiva e ampla, passando a enxergar outras problemáticas referentes ao gênero e à orientação sexual.¹⁰

Graças a esses movimentos feministas, os Estados passaram a enfrentar uma crescente pressão para o reconhecimento de diversos direitos, como o direito à educação, ao trabalho, e, sobretudo, o direito à inclusão das mulheres no âmbito eleitoral e político.¹¹

No Brasil, o histórico de discriminação às mulheres não foi distinto, pois foi apenas em 24 de fevereiro de 1932 que as mulheres conquistaram o direito ao voto, e esse direito foi uma conquista advinda de movimentos femininas internacionais que cresciam mundialmente.

A zoóloga e ativista Bertha Maria Júlia Lutz foi uma das mulheres brasileiras que se destacou na reivindicação pelos direitos das mulheres, especialmente o direito ao voto e ao trabalho.¹² Em razão da intensificação da campanha pelo direito da mulher ao voto, o Código Eleitoral Brasileiro (Decreto 21.076) estabeleceu como eleitor o maior de 21 anos, sem distinção de sexo. Embora o Código Eleitoral não impusesse restrições ao exercício do voto pelas mulheres, a Constituição de 1934, em seu artigo 109, previa que o alistamento e o voto

⁶ BITTENCOURT, N. A. **Movimentos Feministas**. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/18804> Acesso em: 13 set. 2024.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ LISBOA, Teresa Kleba. **Democracia de gênero: é possível um pacto entre as mulheres?** O Social em Questão. Disponível em: https://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_38_art_1_Lisboa.pdf. Acesso em: 09 de set. 2024.

¹² QUARTIM DE MORAES, Maria Lygia. Brasileiras, cidadania e feminismo. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 265-309.



eram são obrigatórios apenas para os homens, e para as mulheres, desde que estas exercessem funções públicas remuneradas.¹³

Em razão do Golpe de Estado de 1937 e a Ditadura do Governo de Getúlio Vargas, que impôs uma forte repressão política, os movimentos sociais, incluindo os feministas foram enfraquecidos. Foi somente em 1942 que as mulheres voltaram se reorganizar e passaram a se engajar em campanhas relacionadas ao esforço de guerra, o que abriu novas oportunidades para a participação feminina, sendo esse novo período um renascimento para as atividades feministas, que passaram a ganhar força nos anos subsequentes.¹⁴

Entretanto, para a Socióloga Maria Mary Ferreira, foi apenas no final do século XX que os movimentos feministas passaram a buscar reverter as desigualdades de gênero, especialmente na política, nesse sentido:

Os esforços das mulheres brasileiras para alterar as desigualdades de gênero na política se intensificaram no final do século XX, quando os movimentos feministas passaram a fazer veladas críticas e a questionar o “Estado democrático” e a exclusão das mulheres nos espaços de poder. Ao questionarem o “Estado democrático” as feministas denunciavam a sub-representação das mulheres na política trazendo ao mesmo tempo um conjunto de questões ainda não atendidas pelo Estado brasileiro. Vale destacar que é na década de noventa que as primeiras ações efetivas começam a ser implementadas para mudar o quadro de desigualdade de gênero na política.¹⁵

Foi somente em 1988, com a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, que se proclamou de forma expressa o princípio da igualdade jurídica entre homens e mulheres, tendo, ainda, estabelecido como objetivo fundamental do Estado Democrático Brasileiro a não discriminação por motivo de sexo, raça e etnia.¹⁶

Nesse contexto, é necessário que se faça o seguinte questionamento: o que justifica esse atraso na conquista de direitos políticos e cívicos pelas mulheres? De forma bem simplificada, é possível afirmar que a resposta reside no sistema de relações sociais predominante mundialmente: a perpetuação dos mandatos patriarcais de gênero e a dominação masculina universal.

¹³ ÁLVARES, Maria Luzia Miranda. **Entre eleitoras e elegíveis**: as mulheres e a formação do eleitorado na democracia brasileira: quem vota? quem se candidata? Cadernos Pagu, Campinas, n. 43, p. 119-167, dez. 2014.

¹⁴ QUARTIM DE MORAES, Maria Lygia. Brasileiras, cidadania e feminismo. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 265-309.

¹⁵ FERREIRA, M. **Sub-representação das mulheres na política no Brasil**: reflexos de uma cultura patriarcal? Porto, Fac.Letras Univ. Porto, 2019, pp. 209-223. Disponível em: file:///C:/Users/marce/Downloads/17213%20(1).pdf Acesso em: 12 de set. 2024.

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: 12 set. 2024.

Na busca de uma ação afirmativa que reduzisse as desigualdades de gênero no contexto político, foi instituída, em 1995, a primeira forma de cota eleitoral de gênero através da Lei nº 9.100/95, que previa, em seu artigo 11, §3º, que, no mínimo, vinte por cento das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidaturas de mulheres.¹⁷ Dois anos depois, após a edição da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/9), o percentual mínimo de mulheres candidatas foi estabelecido em 30%.¹⁸ Entretanto, essa lei não previa sanções ao partido que não preenchessem a cota, sendo, portanto, uma lei ineficaz.¹⁹

Em razão da ineficiência apresentada, a Lei nº 12.034/09 modificou a redação da Lei das Eleições que passou a estabelecer em seu art. 10, §3º limites mínimos e máximos para a candidatura de cada gênero, assim, deverá ser observado o limite mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.²⁰

Convém destacar que, embora existam ações afirmativas que buscam reduzir as desigualdades de gênero, um ranking elaborado pela União Interparlamentar (IPU) em 2024 demonstra que o Brasil possui apenas 17,5% de representatividade feminina na política, mesmo sendo este o país com maior território e maior população da América Latina. Atualmente o Brasil ocupa a 132ª posição, de 194 países, na lista de classificação de porcentagem de mulheres em parlamentos nacionais.²¹ É evidente, portanto, que a sub-representação feminina na política é um fato notório que tem como reflexos a histórica diferenciação na posição estrutural entre mulheres e homens.

A desigualdade entre homens e mulheres em espaços de poder, como ocorre no Brasil, compromete gravemente o Estado Democrático de Direito. A baixa representação feminina nas candidaturas e cargos eletivos evidencia um claro déficit de legitimidade, subvertendo os princípios democráticos que exigem a plena participação de todos os cidadãos.²² Com a sub-representação da mulher na política, o Estado não se apresenta mais como o representante do povo e, conseqüentemente, há uma crise de representação.

¹⁷ RODRIGUES, Ricardo José Pereira. **A evolução da política de cota de gênero na legislação eleitoral e partidária e a sub-representação feminina no parlamento brasileiro.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 13 de set. de 2024.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Art. 10. [...] § 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei nº 12.034/09)

²¹ INTER-PARLIAMENTARY UNION. Women in national parliament. 2024. Disponível em: https://data.ipu.org/women-ranking/?date_month=6&date_year=2024. Acesso em: 09 set. 2024.

²² SANTOS, Maxwell Gomes dos; CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **A desigualdade de gênero na política e a sub-representação feminina nos parlamentos: uma discussão ainda necessária.** Revista Brasileira de Filosofia do Direito, v. 6, n. 2, p. 55-74, 2020.



Não obstante, em razão das mudanças e dos novos anseios sociais, o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral, ao responder uma formulada pela senadora Fátima Bezerra (PT-RN), Consulta nº 060405458, interpretou que a expressão “cada sexo” citada na Lei nº 9.504/97, refere-se ao gênero e não ao sexo biológico. Assim, homens e mulheres transexuais e travestis devem ser incluídos nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina, evidenciando uma evolução no entendimento anteriormente vigente.²³

Diante do que foi exposto, é possível afirmar que sub-representação feminina na política atual é um reflexo da histórica discriminação global enfrentada pelas mulheres. Até o início do século XX, o direito ao voto era predominantemente reservado aos homens, especialmente aqueles com grande poder financeiro. Após anos de reivindicações por direitos cívicos e políticos promovidos por movimentos feministas, as mulheres no Brasil passaram a receber tratamento igualitário em relação aos homens, e, através de ações afirmativas de apoio às candidaturas femininas, iniciaram a conquista de espaços no poder e na política.

2. A FRAUDE À COTA DE GÊNERO E A INADEQUADA APLICAÇÃO DE RECURSOS EM CANDIDATURAS FEMININAS: DESAFIOS ATUAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Lei nº 9.504/97²⁴, em seu art. 10, §3º prevê que os partidos e as federações têm que destinar ao menos 30% das vagas para os cargos de vereador e deputado federal, estadual e distrital para cada gênero. Considerando que a Lei estipula que cada partido, federação ou coligação poderá solicitar o registro de uma candidata ou de um candidato ao cargo de prefeito, com respectivo vice, e, no caso Câmaras Municipais, o número de candidatas e candidatos registrados será de até 100% do número de lugares a preencher, acrescido de mais um, deve ser preenchido o mínimo de 30% e o máximo de 70% com candidaturas de um mesmo sexo dentro do número resultante.²⁵

No entanto, visando burlar a lei que instituiu a cota de gênero, diversos partidos políticos e coligações realizaram práticas de simulação ou fraude no registro das candidatas

²³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Plenário). **Consulta nº 8604054-58.2017.6.00.0000**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Marco/tse-aprova-uso-do-nome-social-de-candidatos-na-urna>. Acesso em: 13 set. 2024

²⁴ 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: 13 set. 2024.

²⁵ **Se Liga**: qual é a cota de gênero que os partidos devem respeitar nas candidaturas? Tribunal Superior Eleitoral (TSE), 2023. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Agosto/se-liga-qual-a-cota-de-genero-que-os-partidos-devem-respeitar-nas-candidaturas>. Acesso em: 13 set. 2024.

com o objetivo de preencher, de forma fictícia, o percentual mínimo exigido na cota de gênero. Nesse sentido, apenas o percentual mínimo para candidaturas de gênero não se mostrou eficaz para o combate à sub-representação feminina na política, sendo necessária a edição de outras ações afirmativas, como a destinação obrigatória de 5% dos recursos do Fundo Partidário para criação e manutenção de programas de incentivo à participação feminina na política, a partir da promulgação da Lei nº 12.034/09, bem como a destinação do percentual mínimo de 30% tanto do Fundo Partidário quanto do Fundo Eleitoral para as campanhas femininas.²⁶

O percentual mínimo de 30% dos recursos de financiamento de campanha surgiu por meio do julgamento, em 2018, pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617, relatada pelo ministro Edson Fachin. No julgamento da ação, ficou determinado que o percentual mínimo de recursos do Fundo Partidário destinados às mulheres deveria ser equiparado ao patamar legal mínimo de candidaturas femininas, ou seja, no mínimo 30% do montante alocado a cada partido para as eleições majoritárias e proporcionais deve ser destinado a candidaturas femininas e o mesmo entendimento foi adotado para a destinação de recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC).²⁷

Para assegurar a efetividade da legislação eleitoral e do julgamento do STF que definiu o percentual mínimo de recursos a serem destinadas às candidaturas femininas, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) modificou a Resolução TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019²⁸, que dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatas ou candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições, para incluir novas normas que buscam garantir com mais eficiência o financiamento adequado para as campanhas de mulheres.

²⁶ RODRIGUES, Ricardo José Pereira. **A evolução da política de cota de gênero na legislação eleitoral e partidária e a sub-representação feminina no parlamento brasileiro.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 13 de set. de 2024.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617.** Relator: Min. Edson Fachin, 03 de out. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>. Acesso em: 13 set. 2024.

²⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 23.607, de 18 de dezembro de 2019.** Estabelece normas para as eleições. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 13 set. 2024.



Assim, a Resolução TSE nº 23.607/2019 teve parte de seus artigos modificados pela Resolução TSE nº 23.665, de 9 de dezembro de 2021²⁹, passando a prever limitações para o uso dos recursos dos fundos de financiamento de campanha.³⁰

Considerando as mudanças legais e jurisprudenciais para o incentivo às candidaturas femininas e com o objetivo de fraudar as normas eleitorais, partidos políticos passaram a criar candidaturas fictícias ou denominadas “laranjas”. Estas ocorrem com a vinculação de nomes de supostas candidatas à lista dos partidos apenas para preencher o percentual mínimo de 30%, possibilitando, assim, a presença da agremiação e de seus candidatos nas eleições.³¹ Caso o percentual estabelecido de 30% não seja atingido, nenhum dos candidatos do partido poderá disputar a eleição, assim, para que isto não ocorra, entram em cena as “candidaturas de mulheres fantasmas” que são usadas apenas como burla à legislação eleitoral.

É indiscutível que o objetivo do legislador com a edição de normas que viabilizem, de maneira concreta, a participação feminina na política foi de criar um mecanismo para promover a equalização da participação política, visando aproximar, tanto quanto possível, a igualdade material entre homens e mulheres. Nesse sentido, a participação feminina na representação política está diretamente vinculada à eficácia dessas ações afirmativas.³²

Com o objetivo de preencher as vagas e possibilitar a disputa ao pleito, diversos partidos oferecem pouco apoio financeiro para as candidatas mulheres, limitando seus materiais e dificultando os espaços para a divulgação de sua candidatura³³. Dessa forma, vislumbra-se que a fraude perpetrada não visa cumprir o percentual mínimo de 30% de candidaturas de gênero imposto pela lei, mas também utilizar essa exigência legal como mecanismo para desviar recursos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, que

²⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 23.665, de 09 de dezembro de 2021**. Altera a Resolução-TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019, que dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-665-de-9-de-dezembro-de-2021>. Acesso em: 13 set. 2024.

³⁰ COELHO, Lia Romeiro Furtado. **Participação da mulher na política: a evolução da legislação eleitoral e o financiamento das campanhas**. Disponível em: <https://www.publicacoes.uerj.br/ballot/article/view/82683/49461>. Acesso em: 13 set. 2024.

³¹ Ibid.

³² NASCIMENTO, Roberta Simões. **Análise econômica das candidaturas laranjas de mulheres no processo eleitoral: entre a igualdade de gênero na política e o direito fundamental a eleições livres de fraudes** (Comentários à ADI 6.338). Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4221>. Acesso em: 13 set. 2024.

³³ RODRIGUES, Ricardo José Pereira. **A evolução da política de cota de gênero na legislação eleitoral e partidária e a sub-representação feminina no parlamento brasileiro**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 13 de set. de 2024.



deveriam ser destinados ao financiamento das campanhas femininas, em benefício das candidaturas masculinas.

A fraude à cota de gênero fere princípios constitucionais como o princípio da igualdade, da cidadania e do pluralismo político, uma vez que a cota de gênero e o direcionamento de recursos financeiros para campanhas femininas visam ampliar a participação das mulheres³⁴. E não apenas há o malferimento aos princípios citados, como também se trata de uma prática antidemocrática dentro do Estado Democrático de Direito, uma vez que diminui e prejudica a representatividade feminina em espaços de poder e esses espaços de poder devem refletir a sociedade, garantindo que todos os grupos sejam devidamente representados.

Em decorrência dos numerosos casos de fraudes empreendidas pelos partidos políticos à cota de gênero, bem como a ineficiência da lei em promover de maneira satisfatória a participação feminina na política brasileira, os Tribunais Superiores passaram a se debruçar sobre diversos casos, o que resultou edição da súmula nº 73 do TSE.

É fundamental destacar que, no contexto de tudo que já foi exposto, a fraude às cotas representa mais uma das inúmeras violências de gênero, sendo o produto do pensamento machista e misógino que considera as mulheres como inferiores, e que, portanto, devem ser tratadas com menos direitos e devem ter limitados os espaços do mercado de trabalho, principalmente os de poder e políticos.

3. APROVAÇÃO DA SÚMULA Nº 73 DO TSE: IMPLICAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS NAS ELEIÇÕES MUNICIPAIS

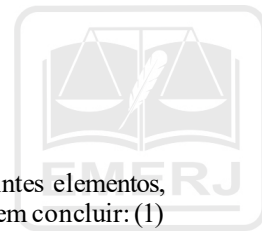
Em 16 de maio de 2024, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Súmula nº 73, cujo conteúdo refere-se à fraude à cota de gênero³⁵. A finalidade precípua da súmula é dificultar a realização de fraudes à cota de gênero e, a partir disso, incentivar de forma concreta as candidaturas femininas. Assim, a Súmula nº 73 estabelece orientações importantes relacionadas à fraude de gênero no âmbito eleitoral.

A Súmula nº 73 prevê os requisitos para a configuração da fraude à cota de gênero. Nesse sentido:

A fraude à cota de gênero, consistente no desrespeito ao percentual mínimo de 30% (trinta por cento) de candidaturas femininas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n.

³⁴ JUNQUEIRA, Kátia. **Sub-representatividade feminina e cota de gênero na política: uma análise crítica**. Disponível em: <https://tse.emnuvens.com.br/estudoseleitorais/article/view/241>. Acesso em: 13 set. 2024.

³⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula nº 73**. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-n-73>. Acesso em: 13 set. 2024.



9.504/97, configura-se com a presença de um ou alguns dos seguintes elementos, quando os fatos e as circunstâncias do caso concreto assim permitirem concluir: (1) votação zerada ou inexpressiva; (2) prestação de contas zerada, padronizada ou ausência de movimentação financeira relevante; e (3) ausência de atos efetivos de campanhas, divulgação ou promoção da candidatura de terceiros.³⁶

Ademais, sendo reconhecido o ilícito, os Juízes Eleitorais e Tribunais eleitorais devem adotar as seguintes medidas:

(a) a cassação do Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (Drap) da legenda e dos diplomas dos candidatos a ele vinculados, independentemente de prova de participação, ciência ou anuência deles; (b) a inelegibilidade daqueles que praticaram ou anuíram com a conduta, nas hipóteses de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE); (c) a nulidade dos votos obtidos pelo partido, com a recontagem dos quocientes eleitoral e partidário (art. 222 do Código Eleitoral), inclusive para fins de aplicação do art. 224 do Código Eleitoral.³⁷

Antes da edição da súmula nº 73, é relevante destacar as decisões anteriores do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) sobre o tema e que foram cruciais no contexto de fraudes relacionadas à cota de gênero. Essas decisões auxiliaram a moldar a jurisprudência e foram fundamentais para a aplicação de penalidades às práticas fraudulentas que comprometiam a efetividade das políticas de igualdade de gênero.

Nesse contexto, em 2022, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no julgamento Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Eleitoral nº 0600651- 94.2020.6.05.0046, decidiu, por maioria, em dar provimento ao agravo interno a fim de prover o recurso especial com agravo e decretar a nulidade de todos os votos recebidos pelo Progressistas de Jacobina/BA nas eleições proporcionais de 2020. Ainda, determinou a retotalização dos votos para vereadores nas Eleições Municipais de Jacobina (BA), decretando nulos os votos obtidos pelo partido Progressistas (PP), fazendo com que fossem recalculados os quocientes eleitorais e os quocientes partidários para redistribuição das vagas dentro dos partidos. Além da decretação de nulidade dos votos, o TSE cassou registros e diplomas dos candidatos envolvidos em fraude à cota de gênero mediante o registro fictício de candidaturas femininas.³⁸

³⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula nº 73**. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-n-73>. Acesso em: 13 set. 2024.

³⁷ Ibid.

³⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Eleitoral nº 0600651- 94.2020.6.05.0046**. Ação de investigação judicial eleitoral. Fraude à cota de gênero [...]. Relator: Min. Sergio Silveira Banhos, 10 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/1560138422/inteiro-teor-1560138426>. Acesso em: 13 set. 2024.

Conforme dados colhidos do site do TSE³⁹, somente em 2023, o Plenário do TSE confirmou, nas sessões ordinárias presenciais, 61 práticas de fraude à cota de gênero. Em 2024, esse número já passou dos 20. O crime também foi reconhecido em julgamentos realizados no Plenário Virtual, tendo sido condenados, em apenas uma sessão – realizada de 23 a 29 de fevereiro –, candidatos e partidos políticos em 14 Municípios de seis Estados do país.

A fraude à cota de gênero pode ser investigada tanto por meio da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) quanto da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE). A AIME, conforme previsto na Constituição de 1988, é utilizada para apreciação de abusos do poder econômico, além de casos de fraude e corrupção. Já a AIJE, prevista no art. 22 da Lei Complementar nº 64/1990, é direcionada a apreciar abusos de poder econômico ou político, bem como o uso indevido dos meios de comunicação social nas eleições. Ambas as ações visam assegurar a integridade do processo eleitoral e a efetividade das normas sobre representação de gênero.⁴⁰

Cabe destacar, ainda, um acórdão paradigmático que modificou a jurisprudência ao reconhecer que a burla à cota de 30% de candidaturas femininas caracteriza fraude eleitoral. Trata-se do Recurso Especial Eleitoral nº 19392, de Relatoria do Min. Jorge Mussi, julgado em 2016⁴¹. Para a caracterização da fraude, a decisão considerou aspectos como o quantitativo de votos recebidos e os gastos com propaganda das cinco candidatas fictícias envolvidas. A análise desses fatores ajudou a demonstrar que as candidaturas eram meramente formais e não refletiam uma real tentativa de promover a participação feminina, configurando, assim, a burla à cota de 30% de candidaturas femininas.

Diante da recorrência dos casos de fraude realizados nas eleições brasileiras, o Tribunal Superior Eleitoral vislumbrou a necessidade de editar a Súmula nº 73 para que haja um padrão decisório a ser adotado pela Justiça Eleitoral para as Eleições Municipais 2024 sobre as fraudes à cota de gênero, uma vez que o TSE possui uma jurisprudência consolidada sobre o tema.

³⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE aprova súmula sobre fraude à cota de gênero**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Maio/tse-aprova-sumula-sobre-fraude-a-cota-de-genero>. Acesso em: 13 de set. 2024.

⁴⁰ ALCÂNTARA, Adriana Soares; JUCÁ, Roberta Laena Costa. **Fraude às cotas de gênero: um estudo de caso**. *Estudos Eleitorais*, v. 16, n. 1, p. 139-157, 2022.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 193-92.2016.6.18.0018**. Ação de investigação judicial eleitoral. Fraude à cota de gênero [...]. Relator: Min. Jorge Mussi, 17 de setembro de 2016. Disponível em: <https://mpmt.mp.br/site/storage/webdisco/arquivos/Respe%2019392%20Candidaturas%20fict%C3%ADcias.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.



Em 2024 ocorreram as eleições municipais e os eleitores escolheram prefeitos e vereadores para os Municípios e, visando garantir eleições municipais justas em 2024, se apresentou como necessária uma vigilância constante e, ainda assim, foram vislumbrados casos de fraude às cotas de gênero.

Após a realização do primeiro turno das eleições municipais, realizado no dia 06 de outubro, o Observatório Nacional da Mulher na Política da Câmara dos Deputados, com base nos dados apresentados pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), demonstrou que a cota de 30% para candidaturas femininas não foi observada pelos partidos políticos em 700 dos 5.569 municípios.⁴² Apesar do exorbitante número apresentado, houve uma evolução em relação às eleições municipais do ano de 2020, que registrou a inobservância da cota pelos partidos em 1.304 municípios.⁴³

Imperioso de faz destacar que, também situado no contexto das eleições de 2024, o Ministério Público Eleitoral (MPE) ajuizou uma ação contra 15 pessoas, em Pedregulho, município localizado no Estado de São Paulo, por fraude na cota de gênero nas eleições municipais de 2024. Segundo o promotor do caso, Filipe Teixeira Antunes, a candidata fictícia não fez campanha, não houve movimentação financeira em sua prestação de contas e tampouco votou em si mesma, demonstrando uma evidente burla à legislação.⁴⁴

Diante dos exemplos mencionados, é fundamental a aplicação com rigor da legislação e dos novos entendimentos jurisprudenciais para assegurar a integridade do processo democrático no contexto eleitoral. Como foi destacado, em 2020, a inobservância da cota por parte dos partidos atingiu 1.304 municípios; já em 2024, esse número caiu para 700, representando uma redução importante de 604 municípios. Essa diminuição é um reflexo incontestável do fortalecimento e do estreitamento das normas jurídicas voltadas ao combate à fraude nas cotas eleitorais.

Nesse mesmo contexto, a Súmula nº 73 se apresenta como um importante instrumento para garantir a efetividade das normas de cota de gênero e coibir práticas fraudulentas. Para que seja possível garantir a efetividade na aplicação das normas eleitorais, assegurando que a legislação de cota de gênero cumpra seu papel de promover a participação efetiva das mulheres

⁴² RICHTER, André. Eleições: cota de gênero foi descumprida em 700 municípios. **Agência Brasil**, Brasília, 11 out. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2024-10/eleicoes-cota-de-genero-foi-descumprida-em-700-municipios>. Acesso em: 29 nov. 2024.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ GUIMARÃES, Fabrício. Ministério Público denuncia candidatura fictícia em Pedregulho. **Jornal da Mogiana**, 12 nov. 2024. Disponível em: <https://jornaldamogiana.com.br/2024/11/12/ministerio-publico-denuncia-candidatura-ficticia-em-pedregulho/>. Acesso em: 29 nov. 2024.

na política, é necessária a aplicação rigorosa da súmula, que não apenas combate práticas fraudulentas, mas também reforça o compromisso com a justiça e a transparência nas eleições.

CONCLUSÃO

A finalidade do presente artigo foi analisar como culturalmente o patriarcado está enraizado nas instituições políticas e como esse sistema de dominação interfere diretamente na sub-representação das mulheres em cenários políticos e de poder. É evidente, portanto, que a histórica desigualdade entre homens e mulheres persiste até os dias atuais, como comprova o ranking elaborado pela União Interparlamentar (IPU), em 2024, que revelou que o Brasil conta com apenas 17,5% de representatividade feminina na política.

Desde a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, os princípios de igualdade formal e material têm sido um ideal a ser percorrido. Ocorre que, na prática, o que ficou demonstrado é que a igualdade prometida era cotidianamente desconsiderada, com uma sociedade que ainda restringia os direitos políticos a certos grupos privilegiados, enquanto as mulheres e pessoas pobres enfrentavam severas discriminações e eram excluídas do processo eleitoral.

O patriarcado, que é descrito atualmente como um sistema de dominação e exploração dos homens sobre as mulheres, permanece moldando as estruturas sociais e políticas de uma comunidade, perpetuando sombrias desigualdades e restringindo o acesso das mulheres aos espaços de poder e decisão. Nesse cenário de opressão que os movimentos feministas surgiram, havendo um enfoque principal na luta de direitos políticos de mulheres para enfrentar a sub-representação na política e até na própria sociedade.

No Brasil, a luta das mulheres pela igualdade de direitos teve diversos marcos importantes, como a conquista do direito ao voto em 1932, bem como a promulgação da Constituição de 1988, que garantiu a igualdade jurídica entre homens e mulheres. Entretanto, apesar dessas significativas conquistas, a representação feminina na política ainda é insatisfatória. A introdução das cotas de gênero, com a Lei nº 9.504/1997 e suas modificações subsequentes, bem como a determinação de, no mínimo, 30% dos recursos dos fundos de financiamento de campanha para candidaturas femininas, visava corrigir essa flagrante desigualdade, mas a aplicação dessas leis ainda enfrenta desafios significativos.

As fraudes às cotas de gênero, como o uso de candidaturas fictícias ou "laranjas", e a alocação insuficiente de recursos para campanhas femininas, demonstram a persistência de práticas discriminatórias que minam os avanços conquistados durante todos esses anos. Diante



desse corriqueiro cenário, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tem respondido a essas fraudes com significativas ações de repressão, como a cassação de políticos que foram eleitos por partidos políticos que não observaram a cota de representatividade, bem como com a atual edição da Súmula nº 73, que busca reforçar a aplicação das leis e garantir a efetiva participação feminina na política.

Como já mencionado, a persistente sub-representação feminina na política é um reflexo de um sistema global historicamente discriminatório, nesse sentido, as práticas fraudulentas contribuem com essa desigualdade, uma vez que a burla às cotas de gênero não só violam princípios constitucionais de igualdade e pluralismo político, mas também são um reflexo da resistência contínua à plena participação das mulheres nos espaços de poder. Assim, para alcançar uma sociedade verdadeiramente democrática é indispensável que mais ações afirmativas nesse sentido sejam implementadas e reforçadas, e que o sistema político se comprometa com a equidade de gênero em todos os níveis.

As reformas devem ir além das leis e decisões judiciais, sendo necessário que se promovam mudanças estruturais profundas que não só enfraqueçam o patriarcado como também incrementem uma representação equitativa, pois somente assim será possível garantir que os espaços de poder e sociais reflitam a realidade diversa da sociedade e que, independentemente de gênero, todas as vozes sejam ouvidas e devidamente representadas.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Adriana Soares; JUCÁ, Roberta Laena Costa. **Fraude às cotas de gênero: um estudo de caso.** *Estudos Eleitorais*, v. 16, n. 1, p. 139-157, 2022.

ÁLVARES, Maria Luzia Miranda. **Entre eleitoras e elegíveis: as mulheres e a formação do eleitorado na democracia brasileira: quem vota? quem se candidata?** *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 43, p. 119-167, dez. 2014.

BITTENCOURT, N. A. **Movimentos Feministas.** Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/18804> Acesso em: 13 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: 12 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: 13 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (4. Turma). **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617.** Relator: Min. Edson Fachin, 03 de out. de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5080398>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Eleitoral nº 0600651- 94.2020.6.05.0046**. Ação de investigação judicial eleitoral. Fraude à cota de gênero [...]. Relator: Min. Sergio Silveira Banhos, 10 de maio de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/1560138422/inteiro-teor-1560138426>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Plenário). **Consulta nº 8604054-58.2017.6.00.0000**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2018/Marco/tse-aprova-uso-do-nome-social-de-candidatos-na-urna>. Acesso em: 13 set. 2024

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 193-92.2016.6.18.0018**. Ação de investigação judicial eleitoral. Fraude à cota de gênero [...]. Relator: Min. Jorge Mussi, 17 de setembro de 2016. Disponível em: <https://mpmt.mp.br/site/storage/webdisco/arquivos/Respe%2019392%20Candidaturas%20fict%C3%ADcias.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 23.607, de 18 de dezembro de 2019**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 23.665, de 09 de dezembro de 2021**. Altera a Resolução-TSE nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019, que dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2021/resolucao-no-23-665-de-9-de-dezembro-de-2021>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Súmula nº 73**. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-n-73>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE aprova súmula sobre fraude à cota de gênero**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Maio/tse-aprova-sumula-sobre-fraude-a-cota-de-genero>. Acesso em: 13 de set. 2024.

COELHO, Lia Romeiro Furtado. **Participação da mulher na política**: a evolução da legislação eleitoral e o financiamento das campanhas. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/ballot/article/view/82683/49461>. Acesso em: 13 set. 2024.

FERREIRA, M. **Sub-representação das mulheres na política no Brasil**: reflexos de uma cultura patriarcal? Porto, Fac.Letras Univ. Porto, 2019, pp. 209-223. Disponível em: [file:///C:/Users/marce/Downloads/17213%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/marce/Downloads/17213%20(1).pdf) Acesso em: 12 de set. 2024.

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. A trajetória dos direitos humanos fundamentais até a concepção dos interesses transindividuais. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, Ribeirão Preto, 2009. Orientadora: Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega. Disponível em: <https://pos.unaerp.br/documentos/550-alberto-de-magalhaes-franco-filho/file>. Acesso em: 09/09/2024.



GARCIA, Letícia Giovanini. **Mulheres, Política e Direitos Políticos**: Atualizada de acordo com a EC 117/22 (aplicação de recursos do fundo partidário na promoção e difusão da participação política das mulheres) e Leis n. 14.192/2021 e n. 14.197/2021 (crime de violência política de gênero). São Paulo: Almedina Brasil, 2023.

GUIMARÃES, Fabrício. Ministério Público denuncia candidatura fictícia em Pedregulho. **Jornal da Mogiana**, 12 nov. 2024. Disponível em: <https://jornaldamogiana.com.br/2024/11/12/ministerio-publico-denuncia-candidatura-ficticia-em-pedregulho/>. Acesso em: 29 nov. 2024.

INTER-PARLIAMENTARY UNION. Women in national parliament. 2024. Disponível em: https://data.ipu.org/women-ranking/?date_month=6&date_year=2024. Acesso em: 09 set. 2024.

JUNQUEIRA, Kátia. **Sub-representatividade feminina e cota de gênero na política**: uma análise crítica. Disponível em: <https://tse.emnuvens.com.br/estudoseleitorais/article/view/241>. Acesso em: 13 set. 2024.

LISBOA, Teresa Kleba. Democracia de gênero: é possível um pacto entre as mulheres? **O Social em Questão**. Disponível em: https://osocialemquestao.ser.puc-rio.br/media/OSQ_38_art_1_Lisboa.pdf. Acesso em: 09/09/2024.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Análise econômica das candidaturas laranjas de mulheres no processo eleitoral**: entre a igualdade de gênero na política e o direito fundamental a eleições livres de fraudes (Comentários à ADI 6.338). Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4221>. Acesso em: 13 set. 2024.

PEDRO, Joana Maria; PINSKY, Carla Bassanezi. Mulheres: igualdade e especificidade. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 265-309.

QUARTIM DE MORAES, Maria Lygia. Brasileiras, cidadania e feminismo. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003. p. 265-309.

RICHTER, André. Eleições: cota de gênero foi descumprida em 700 municípios. **Agência Brasil**, Brasília, 11 out. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2024-10/eleicoes-cota-de-genero-foi-descumprida-em-700-municipios>. Acesso em: 29 nov. 2024.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. **A evolução da política de cota de gênero na legislação eleitoral e partidária e a sub-representação feminina no parlamento brasileiro**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 13 de set. de 2024.

SANTOS, Maxwell Gomes dos; CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **A desigualdade de gênero na política e a sub-representação feminina nos parlamentos**: uma discussão ainda necessária. Revista Brasileira de Filosofia do Direito, v. 6, n. 2, p. 55-74, 2020.

Se Liga: qual é a cota de gênero que os partidos devem respeitar nas candidaturas? Tribunal Superior Eleitoral (TSE), 2023. Disponível em:



<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Agosto/se-liga-qual-a-cota-de-genero-que-os-partidos-devem-respeitar-nas-candidaturas>. Acesso em: 13 set. 2024.

SOUZA, Natália Lopes de. Resenha: **A criação do patriarcado**: história da opressão das mulheres pelos homens, de Gerda Lerner. Revista Latino-Americana de Geografia e Gênero, v. 14, n. 2, p. 271-276, 2023. ISSN 2177-2886. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/rlagg> Acesso em: 13 de set. de 2024.



A EXONERAÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA FACE À MAIORIDADE CIVIL: QUANDO CESSAR, FUNDAMENTOS LEGAIS DE ACORDO COM A LEI N.º 5.478/68

Marcelle Luiza Ladeira Gama Pereira

Graduada pela Universidade Estácio de Sá
(UNESA). Bacharel em direito.

Resumo – O presente trabalho de conclusão de curso descreve uma pesquisa em sentido estrito sobre a o que é exoneração de pensão alimentícia, análise do princípio da solidariedade na obrigação alimentar e do princípio da dignidade da pessoa humana tanto sob o ponto de vista de quem recebe os alimentos, tanto na ótica de quem deve pagar, análise do significado do trinômio alimentar na atualidade: necessidade-possibilidade-proporcionalidade dentro do estudo dos alimentos. Pois a chegada da capacidade civil plena (CC, art. 5º), ainda que gere o fim do poder familiar, não leva à extinção automática do encargo alimentar, sendo presumível que os filhos ainda necessitem dos alimentos para fins educacionais (CC, art. 1.694), quando o alimentante pode pedir sua exoneração, como pedir a exoneração, exoneração por maioridade, até quando pagar pensão alimentícia, apontando os fundamentos e pressupostos legais de acordo com a Lei 5.478/68, com o artigo 1.699 do Código Civil Brasileiro de 2002 e artigo 533, parágrafo 5º do Código de Processo Civil.

Palavras-chave – Direito Civil. Direito de Família. Exoneração da Pensão Alimentícia. Lei nº 5.478/68.

Sumário – Introdução. 1 A incidência dos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade na obrigação alimentar. 2 A aplicabilidade do trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade na obrigação de prestar alimentos. 3 A possibilidade da exoneração de pensão alimentícia na maioridade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo busca analisar a possibilidade ou a impossibilidade de exoneração da pensão alimentícia com base na maioridade civil do alimentando, considerando a Lei de Alimentos nº 5.478/68, o Código Civil Brasileiro e os princípios constitucionais fundamentais. Sob a perspectiva constitucional, o trabalho destaca que a alimentação está ligada à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição de 1988, inserindo-a no contexto dos direitos sociais descritos no art. 6º da CF/88, como moradia, saúde e educação.

A obrigação de sustentar os filhos é unilateral e independe do trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade para sua manutenção. Esses três elementos, no entanto, ajudam na definição do valor justo da pensão alimentícia, sua atualização e eventual exoneração. A análise do trinômio é crucial para assegurar que os que necessitam da pensão sejam amparados legalmente, promovendo solidariedade familiar e evitando a precariedade de subsistência.

A pesquisa propõe reflexões sobre a possibilidade de exoneração da pensão alimentícia com base apenas na maioridade civil do alimentando e considera a necessidade de avaliar a capacidade financeira do alimentante e a situação de sustento próprio do alimentando.

O trabalho inicia explorando, no primeiro capítulo, os fundamentos constitucionais relacionados ao tema da pensão alimentícia, com destaque para os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade alimentar, que refletem a responsabilidade social e familiar de garantir a subsistência mínima de indivíduos em situação de vulnerabilidade. Este capítulo busca contextualizar esses princípios no âmbito do direito social previsto na Constituição Federal, destacando o direito à alimentação como essencial para a preservação da dignidade do ser humano.

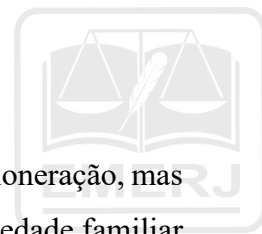
No segundo capítulo, o foco volta-se para a aplicação do trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade, que serve como ferramenta para a análise justa da obrigação alimentícia. Este capítulo detalha como esses critérios são usados pelo Poder Judiciário para definir o valor da pensão alimentícia e sua adequação às circunstâncias individuais de cada caso. O trabalho aborda situações nas quais filhos maiores, incapazes de prover o próprio sustento, continuam dependentes financeiramente e necessitam de suporte para sua sobrevivência, mantendo a ligação entre os direitos alimentares e a solidariedade familiar.

Finalmente, no terceiro capítulo, a pesquisa discute as condições legais para a exoneração da pensão alimentícia no contexto da maioridade civil do alimentando. Este capítulo analisa, à luz da legislação e jurisprudência, as possibilidades de desobrigação da prestação de alimentos, considerando fatores como a capacidade de sustento próprio do alimentando e as alterações na situação financeira do alimentante. Busca-se, assim, ponderar os limites legais que permitem essa exoneração, levando em conta os princípios constitucionais de solidariedade e justiça.

A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, fundamentada em referências bibliográficas, doutrinárias e jurisprudenciais, com o objetivo de construir uma análise jurídica sólida sobre o tema da exoneração de pensão alimentícia face à maioridade civil do alimentando. Essa abordagem permite compreender os aspectos teóricos e práticos envolvidos, com base em métodos explicativos e exploratórios.

O método explicativo visa aprofundar o entendimento sobre os princípios constitucionais e legais que regem a obrigação alimentícia, enquanto o método exploratório busca identificar e refletir sobre diferentes situações reais que podem justificar a exoneração, como a capacidade de sustento próprio do alimentando ou alterações financeiras do alimentante.

Além disso, o uso de jurisprudência e doutrina garante que as conclusões do trabalho estejam alinhadas com o entendimento atual do Poder Judiciário e dos estudiosos do Direito. A pesquisa busca oferecer subsídios para uma análise equilibrada que respeite os direitos constitucionais do alimentando, sem deixar de considerar o impacto da obrigação alimentícia na



Assim, o estudo pretende não apenas esclarecer os critérios legais para a exoneração, mas também contribuir para o debate jurídico e social sobre o equilíbrio entre a solidariedade familiar e os princípios da justiça na distribuição de responsabilidades financeiras.

1. A INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA SOLIDARIEDADE NA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A obrigação alimentar decorre do poder de família, do parentesco e da dissolução do casamento ou da união estável, considerando os laços familiares como vínculos jurídicos, justificando o princípio da solidariedade.

A Lei nº. 5.478/68, conhecida como Lei de Alimentos, é a legislação brasileira que regulamenta as obrigações alimentícias. Define os procedimentos específicos para solicitação e exame de pensão alimentícia, elemento essencial do direito de família no Brasil¹.

Os alimentos podem ser definidos, no âmbito jurídico, como recursos necessários ao sustento moral e social de uma determinada pessoa, uma vez que essa pessoa não pode suprir as suas necessidades; garantindo assim a sua dignidade como pessoa humana, princípio amparado pela nossa Constituição em seu artigo 1º, inciso III².

Desta forma, este princípio estabelece que todos os indivíduos devem ser tratados com respeito e consideração, garantindo-lhes condições mínimas para uma vida digna. No caso das obrigações alimentares, isto significa garantir que os dependentes tenham acesso a recursos adequados para satisfazer as suas necessidades básicas, tais como alimentação, saúde, educação e habitação.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil representam um norte no que se refere a interpretação e garantia dos direitos básicos do cidadão. Desta maneira, uma interpretação constitucional acerca dos direitos ao alimento por parte do menor é necessária, na medida que se observa a efetividade e extensão de tal direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o valor moral e espiritual inerente ao ser humano, ou seja, a todos é dado este mandamento, que constitui o princípio maior da democracia e do Estado Democrático de Direito.

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República

¹ BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

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: 29 ago.2024.



Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 3º, I da Constituição Federal, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, repercutindo nas relações familiares.

O princípio da solidariedade familiar possui assento constitucional, estando consagrado nos artigos 3º, 226, 227 e 230 da Constituição Federal de 1988. Assim, sob o ponto de vista da Carta Maior, o direito a alimentos funda-se no princípio da solidariedade, que implica respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família.

Este princípio implica em respeito e consideração mútuos em relação aos membros da entidade familiar. A solidariedade não é apenas patrimonial, como também afetiva e psicológica. Resume-se no dever de mútua assistência que os parentes possuem uns com os outros. Assim a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que ligam as pessoas que constituem uma família.

Por isso, a fixação dos alimentos deve obedecer a uma perspectiva solidária previsto na CRFB, no art. 3, norteadas pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social, como modos de consubstanciar a imprescindível dignidade humana previsto na CRFB, no art. 1, inciso III.

O vocábulo “alimentos” tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação de ser prestada. A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando³.

Preleciona Yussef Cahali, forte na lição de Josserand, que:

[...] constituem alimentos uma modalidade de assistência imposta por lei, de ministrar os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física como moral e social do indivíduo, sendo, portanto, a obrigação alimentar, ‘le devoir imposé juridiquement à une personne d’assurer la subsistance d’une autre personne [...]’.

Por seu turno, esclarece Silvio Rodrigues que:

[...] A tendência atual é atribuir ao Estado a responsabilidade de prestar assistência aos necessitados, tarefa que ele realiza, ou deve realizar, através de suas atividades assistenciais. No entanto, para aliviar essa obrigação, a legislação prevê que parentes,

³ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p.504.



cônjuges ou companheiros do necessitado assumam essa responsabilidade sempre que possível [...]⁴.

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio família, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um moral, ou no *officium pietatis*, ou nas *caritas*. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples.

O ordenamento jurídico brasileiro, nos pós Constituição Federal Brasileira de 1988, trilha um caminho de constante busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Utiliza-se da hierarquia das normas para bem regular todos os direitos. Assim, a norma que se encontra no topo da pirâmide normativa é a que servirá de base para a construção de todas as demais, chamadas de normas infraconstitucionais.

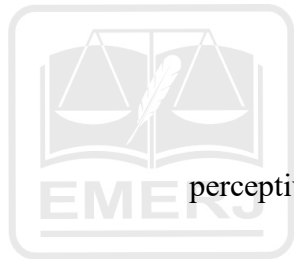
A força da Constituição Federal Brasileira de 1988 advém da reconstrução trazida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, haja vista as chocantes afrontas realizadas ao ser humano no período da Segunda Guerra Mundial. Assim emergiram as forças normativas dos princípios, especialmente a dignidade da pessoa humana, ao cuidar efetivamente do ser humano como parte essencial do todo.

Devido a essa visão das normas que compõem o direito em uma estrutura piramidal, tem-se por regra geral que as normas que ocupam o lugar mais alto na pirâmide acabam por prevalecer sobre aquelas que ocupam um lugar mais baixo. Lôbo refere que “os princípios constitucionais explícitos ou implícitos não são supletivos. São inícios, pontos de partida, fundamentos que informam e conformam a lei”.

No Brasil, pós-constituição de 1988, o princípio da solidariedade, dentro do processo de constitucionalização do direito privado, passa a ser uma determinação normativa. Todavia, esta compreensão extrapola o mundo jurídico atingindo as relações pessoais. Note-se que o cenário brasileiro, no fim do século XIX e início do século XX, já percebia que a presença do individualismo jurídico.

Para se trilhar rumo a um mundo melhor, longe individualismo deve-se valer da utilização do princípio da solidariedade, qual adentra no ordenamento jurídico trazendo significado ao próximo, correlacionando-se, pois, a um modo de despertar a intencionalidade humana em reconhecer a existência do outro, porque conduz o comportamento à consciência

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p.504 p 503.



perceptiva do seu ambiente social.

No entanto, o princípio da solidariedade, enquanto uma nova maneira de pensar a relação pessoa-sociedade, pessoa-Estado, enfim, a sociedade num todo, até o fim do século XIX, possuía um discurso que se confundia com "caridade" ou "filantropia".

O conceito de solidariedade vem com uma nova perspectiva de pensar a sociedade por uma política concreta, não somente de um sistema de proteção social, mas também como um fio condutor indispensável à construção e à conceitualização das políticas sociais.

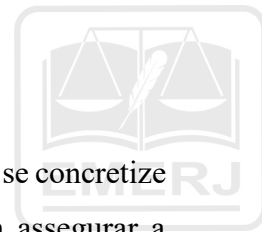
Nesse sentido, a relevância social do tema é evidente, tendo em vista que o direito fundamental da solidariedade não está definido em relação aos institutos de direito privado, os quais constituem elementos essenciais para a sociedade, necessitando, por isto, de uma análise detida sobre a temática, para que se possa estabelecer a aplicação do princípio da solidariedade.

Considerando que solidariedade é um novo paradigma das relações jurídicas, por se tratar de um direito fundamental, deve ter aplicação imediata nas relações particulares. Neste aspecto, verifica-se o individualismo, o egoísmo e a indiferença para com o semelhante como meios de obstrução à real aplicação da solidariedade no sistema jurídico.

Vê-se que a solidariedade como um princípio no ordenamento brasileiro é desafiadora para a estrutura do direito, pois não se verifica ligação alguma da ideologia individualista do século passado com o direito clamado pela ética da solidariedade. A solidariedade possui o papel de guia para as condutas de cada pessoa com foco no coletivo, caminhando assim em consonância com a Constituição rumo a dignidade da pessoa.

O crédito e a dívida são indissociáveis da pessoa, porque se baseiam numa determinada qualidade intransferível, mesmo externa ao comércio. A alimentação também é pessoal porque surge de uma situação concreta das suas possibilidades e das necessidades dos outros e só pode ser solicitada por quem dela precisa e devida apenas a quem tem meios para responder. A finalidade da pensão alimentícia não tem caráter patrimonial, ainda que se concretize em algo material de importância econômica¹⁷, uma vez que sua criação e fixação visam garantir a preservação da vida do cônjuge, companheiro ou genitor, suprir suas necessidades materiais e espiritual, que é a satisfação de uma necessidade pessoal fundamental

O crédito e a dívida, decorrentes da obrigação alimentar, são indissociáveis da pessoa, porque se baseiam numa determinada qualidade intransferível, mesmo externa ao comércio. A alimentação também é pessoal porque surge de uma situação concreta das suas possibilidades e das necessidades dos outros e só pode ser solicitada por quem dela precisa e devida apenas a quem tem meios para responder.



A finalidade da pensão alimentícia não tem caráter patrimonial, ainda que se concretize em algo material de importância econômica, pois sua criação e fixação visam assegurar a preservação da vida do cônjuge, do companheiro ou de associação próxima, atender aos requisitos materiais e . espiritual, que é a satisfação de uma necessidade pessoal fundamental⁵.

Os alimentos não são passíveis de compensação, segundo o artigo 1.707 do Código Civil Brasileiro, devido à sua natureza essencialmente alimentar, pois têm por finalidade assegurar a subsistência de quem os recebe e o devedor não está autorizado a compensar com outros empréstimos.

O devedor deve pagar integralmente a pensão alimentícia determinada por despacho provisório ou regular do tribunal e não pode deixar de cumprir o seu dever a pretexto de compensar com outros empréstimos ou por dívidas de pensões que o devedor tenha pago. A autorização da indenização autorizaria o devedor a administrar indiretamente a vida e os interesses da pensão alimentícia, geralmente representados pela ex-mulher, ou apenas pelos descendentes, pois esta possibilidade privaria os credores da pensão alimentícia da livre administração de sua economia econômica e vida financeira, e determinar a extensão das suas necessidades, para deixar espaço para interferências intoleráveis na autoridade do tutor das crianças.

É inaceitável que o devedor de alimentos queira compensar a generosidade e as responsabilidades que livremente assumiu com os filhos, ou simplesmente porque se desvia da orientação do outro sucessor e tenta direcionar os custos dos filhos a ex-cônjuge de acordo com as suas preferências pessoais. Possivelmente, numa forma inaceitável de interferência na autonomia e autoridade do ex-cônjuge que detém a guarda dos descendentes conjuntos. O devedor também não está autorizado a pagar os alimentos diretamente aos filhos, porque não confia na gestão dos alimentos por parte do ex-cônjuge, acusando-o de desperdiçar e gastar os alimentos dos filhos para seu benefício.

O empréstimo alimentar destina-se a garantir a manutenção e longevidade dos alimentos e não pode ser dinheiro que fique à disposição do devedor e de acordo com a sua vontade pessoal, o que pode obrigar o credor a ver os seus alimentos em resposta a pagamentos forçados que ele não esperava ou autorizou, comprometendo as suas necessidades pessoais e básicas, simplesmente porque o devedor dos alimentos pretende utilizar os seus alimentos cujo

⁵ MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. 9786559642489. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642489/>. Acesso em: 20 set. 2024.



critério e análise de gastos e custeio só a ele pertencem para o consumo, e, por exemplo, se o devedor fizer despesas com seu cartão de crédito em benefício do credor da pensão alimentícia ou favorecer qualquer despesa direta não autorizada expressamente pelo beneficiário da pensão alimentícia, essas despesas deverão ser consideradas simples presentes em favor do beneficiário da pensão alimentícia.

A proibição da indenização por alimentos é autorizada pela jurisprudência com algumas exceções especiais, quando admite haver abuso de direito do administrador ou do credor da pensão alimentícia, não pagando as dívidas que deveriam ser pagas com alimentos e geradas ilegalmente. enriquecimento com esse descuido deliberado.

Situações mais mundanas surgem do fato de o tutor não pagar as despesas escolares dos filhos, expondo a criança à vergonha de ver os seus filhos ameaçados de não poderem ir à escola e a sua posição diminuir impiedosamente a medida da pensão recebida, ou não pagar as despesas de condomínio ou despesas de locação residencial da família, aproveitando o fato de o contrato de financiamento ou de aluguel do imóvel estar registado em nome do alimentante, obrigando o devedor ao pagamento, forçando ao devedor a pagar duas vezes a pensão, ou respeitando o pagamento do seguro saúde.

Em relação a compensação da obrigação alimentar pelas despesas condominiais, destaca-se o agravo de instrumento a seguir:

[...] Salvo situações especiais, e assim mesmo em caráter excepcional que diz estritamente com o evitar de dupla penalização do alimentante, e enriquecimento ilícito dos alimentandos, a forma do pagamento dos alimentos deverá atender à fixação determinada pela Corte, não devendo ser alterada com ressalvas eventuais de que poderão ser abatidos da execução de alimentos os valores já adimplidos pelo varão com as dívidas de condomínio e escola dos filhos, sob pena de evidente desorganização e desrespeito com o que restou estabelecido judicialmente como obrigação atribuída a cada uma das partes [...] ⁶.

No que diz respeito à compensação de despesas condominiais, como foi demonstrado acima, existem decisões que autorizam o desconto na alimentação, interpretando esta possibilidade não como uma compensação, mas sim como um adiantamento no orçamento alimentar.

⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70.034.552.992/RS**. 7ª câmara cível, rel. des. José Conrado de Souza Júnior. J. vinte e seis de maio de dois mil e dez. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/910715478>. Acesso em: 20 set.2024



2. A APLICABILIDADE DO TRINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE-PROPORCIONALIDADE NA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

Ao examinar os artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil, observa-se que os alimentos necessitam ser fixados na proporção da necessidade de quem os pleiteia e a possibilidade de prover recursos da pessoa que prestará os alimentos. Esta relação deve ser pautada na proporcionalidade, para que não haja o enriquecimento ilícito de quem recebe, ou empobrecimento de quem paga a pensão. Desta forma, surge o trinômio necessidade x possibilidade x proporcionalidade⁷.

Inicialmente, a necessidade do menor é presumida, pois ele não tem como se manter. No entanto, necessita-se analisar caso a caso, levando em conta as peculiaridades de cada núcleo familiar. Padronizar e generalizar a condição financeira de todos os núcleos familiares é, no mínimo, um absurdo. Assim, é de suma importância analisar efetivamente a criança que está requerendo os alimentos e os genitores da mesma. A título de exemplo, é diferente a necessidade se ela estuda numa escola pública ou numa escola particular, ou se possui convênio médico ou não.

Por outro lado, verifica-se qual a possibilidade dos genitores em arcar com essas necessidades. Ambos os genitores são responsáveis pelo sustento e manutenção da criança. Entretanto, é natural que aquele genitor que possui maior rendimentos mais irá contribuir mais e o que possui menos irá contribuir menos. Claramente que a análise meramente remuneratória é vaga e autolimitante. Porém, em suma, a responsabilidade pela criação e sustento dos filhos é de ambos os genitores, pois, em regra, as despesas dos filhos devem ser rateadas entre pai e mãe, não podendo recair somente sobre os ombros de um deles, o que decorre do poder familiar.

A necessidade do alimentando é um dos pontos chaves para determinar a pensão alimentícia. De acordo com o artigo 1.694 do Código Civil, é permitido que familiares, cônjuges ou parceiros solicitem uns aos outros os recursos necessários para viver de acordo com seu padrão de vida, incluindo as despesas com a educação⁸.

⁷ ZANETTE, Mariana Rosa. **O Trinômio da Pensão Alimentícia**: necessidade, possibilidade e proporcionalidade. Direito civil, direito de família. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-trinomio-da-pensao-alimenticia-necessidade-possibilidade-e-proporcionalidade/2518804286>. Acesso em: 29 ago.2024.

⁸ 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 set. 2024.



Adicionalmente, o artigo 1.695 da mesma lei determina que os alimentos devem ser concedidos quando a pessoa que os solicita não possui recursos suficientes, não consegue garantir o próprio sustento através do seu trabalho, e a pessoa de quem estão sendo reivindicados tem condições de fornecê-los, sem prejudicar as suas necessidades básicas⁹.

Assim, é fundamental analisar as demandas do indivíduo alimentado de maneira a assegurar não somente sua permanência, mas também sua qualidade de vida e crescimento apropriado. A possibilidade do alimentante de assumir a responsabilidade pelo pagamento da pensão também deve ser levada em consideração. Pois a obrigação em prestar alimentos deve ser fixado na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Portanto, a capacidade financeira do alimentante deve ser avaliada levando em consideração sua renda, patrimônio, padrão de vida, despesas fixas e variáveis e capacidade de trabalho. Ao calcular o valor da pensão alimentícia, a jurisprudência brasileira tem insistido em considerar a possibilidade do alimentante.

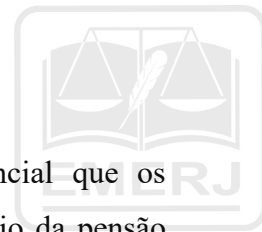
Por fim, para fazer uma escolha sensata e equilibrada, é importante que a necessidade do alimentante seja proporcional às suas capacidades. Em vários julgados, o Superior Tribunal de Justiça enfatiza a importância de considerar a proporcionalidade ao calcular a pensão alimentícia para evitar enriquecimento desnecessário ou desequilíbrio financeiro entre as partes.

Assim, ao examinar casos de pensão alimentícia, os magistrados devem considerar o trinômio da pensão alimentícia para garantir uma decisão justa e equilibrada para todos os envolvidos¹⁰.

O trinômio da pensão alimentícia, composto pela necessidade, possibilidade e proporcionalidade, representa os pilares sobre os quais deve se assentar a fixação e a revisão do valor da pensão. É fundamental que as decisões judiciais levem em consideração esses três elementos, buscando assegurar o direito à alimentação digna do alimentando, sem, no entanto, comprometer de forma desproporcional a situação financeira do alimentante.

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. Acesso em: 19 set. 2024.

¹⁰ ZANETTE, Mariana Rosa. **O Trinômio da Pensão Alimentícia:** necessidade, possibilidade e proporcionalidade. Direito civil, direito de família. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-trinomio-da-pensao-alimenticia-necessidade-possibilidade-e-proporcionalidade/2518804286>. Acesso em: 29 ago. 2024.



Portanto, ao analisar casos envolvendo pensão alimentícia, é essencial que os magistrados, advogados e demais operadores do Direito atentem para o trinômio da pensão alimentícia, garantindo assim uma solução justa e equilibrada para todas as partes envolvidas¹¹.

Logo, o trinômio possibilidade, necessidade e proporcionalidade indica que o "quantum" a ser pago a critério de pensão alimentícia demonstra variáveis conforme circunstâncias da vida dos alimentandos e do alimentado¹².

Entende-se que em uma ação judicial a necessidade do alimentado seja infinita, forma de não ser apenas atendida pecuniariamente, e sim proporcionado toda relação de afeto paternal, limitando-se apenas sobre o aspecto da possibilidade do alimentando.

O que não se admite é que enquanto obrigado à prestação de alimentos, o devedor sofra o desfalque de sua própria subsistência. Exige-se, portanto, o equilíbrio entre as necessidades e possibilidades.

3. A POSSIBILIDADE DA EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA NA MAIORIDADE

Entende-se por exoneração de pensão alimentícia à isenção da obrigação do pagamento da pensão alimentícia. A cessação do pagamento da pensão alimentícia ao atingir a maioridade é algo que envolve diversas variáveis e não ocorre de forma automática após os 18 anos de idade, mesmo com a maioridade civil sendo alcançada nesse período. A ação de exoneração de alimentos é o meio processual que consiste no pedido ao juiz que o alimentante seja liberado do ônus de prestar alimentos ao alimentado.

Este é o ponto primordial do artigo, não há uma limitação temporal objetiva delineada em lei para obrigação alimentar. Se existe um fundamento, a obrigação persiste enquanto estiverem presentes os pressupostos de necessidade, possibilidade e proporcionalidade, ou seja, este é o trinômio a ser analisado.

É importante frisar a regra do artigo 1.701 do Código Civil, aduz que “a pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e

¹¹ ZANETTE, Mariana Rosa. **O Trinômio da Pensão Alimentícia:** necessidade, possibilidade e proporcionalidade. Direito civil, direito de família. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-trinomio-da-pensao-alimenticia-necessidade-possibilidade-e-proporcionalidade/2518804286>. Acesso em: 29 ago.2024.

¹² *Ibid.*

sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor”¹³.

O artigo acima deixa exposto “quando menor”, isso não faz menção sobre a temporalidade do tempo ou ser compreendido como um prazo máximo de exigibilidade da obrigação alimentar. Mas é uma reafirmação do dever de prestar educação aos menores. Portanto, quando é demonstrada a necessidade (e a continuidade de estudos em nível superior ou técnico pode ser uma causa razoável), é absolutamente aceitável a manutenção da obrigação alimentar após o atingimento da maioridade.

No que se refere aos filhos de maneira costumeira, esta obrigação persiste até a conclusão dos estudos, não havendo cancelamento automático do dever alimentar com o alcance da maioridade civil.

A exoneração é o ato do reconhecimento da cessação da obrigação alimentar. É aplicado este instituto, se o credor não mais necessita ou o devedor não tem mais condições. Em ambas situações, posteriormente, ingressa com uma ação de revisão de alimentos ou exoneração.

É relevante ressaltar que a exoneração, não deve ser confundida com a extinção do dever de alimentos, cuja regra encontra-se explícita no artigo 1.708 do Código Civil que “com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos”¹⁴.

Nos casos de hipóteses legais de exoneração de pensão alimentícia, destaca-se a exoneração pela maioridade civil do alimentado obrigação, com fundamento de que o dever de sustento, se encerra com o advento da maioridade. Contudo, o encerramento deve ser requerido de forma judicial pelo devedor, segundo a Súmula 358, do Supremo Tribunal de Justiça - STJ: “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”¹⁵.

No mesmo sentido, o STJ complementa que os pais não possuem a obrigação de fornecer alimentos à filha maior de 25 anos e com curso superior completo, se inexistirem elementos que apresentem qualquer problema quanto à saúde física ou mental.

A emancipação do alimentado ocorre com o casamento, o exercício de emprego público efetivo, a colação de grau em curso de ensino superior e estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com 16 anos completos tenha economia própria, são formas de emancipação que exoneram a

¹³ 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 set. 2024.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 358**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=358.num>. Acesso em: 19 set. 2024.



obrigação alimentar.

Uma outra hipótese de exoneração da obrigação alimentar se dá pela morte do alimentante, salvo quando os alimentos foram arbitrados de forma global, para todo o grupo familiar. A morte do alimentante extingue o pagamento dos alimentos, visto que a obrigação é intransmissível e com o óbito do alimentante, os débitos alimentares estabelecidos mediante acordo ou sentença não adimplidos pelo devedor em vida, por força do disposto nos artigos 1.700 e 1.997 do Código Civil, nos limites da herança e ressalvados os casos em que o alimentando seja herdeiro, hipótese nas quais a prestação perdurará ao longo do inventário.

Uma outra hipótese de exoneração de pensão alimentícia, é alteração de guarda. A alteração de guarda unilateral autoriza a exoneração dos alimentos em favor do genitor que passar a ter os filhos sob sua companhia e guarda exclusiva.

O artigo 9º, da Lei nº 3.071/1916, dizia que: “aos 21 (vinte e um) anos completosacaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil”¹⁶. Sendo, portanto, revogado pelo artigo 5.º, da Lei nº 10.406/2002, o qual determina que “a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”¹⁷.

Assim, a mudança da lei diminuiu por 3 anos a obrigação alimentar. O advento da maioridade não extingue, de forma automática o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos em face do poder familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado.

A possibilidade dos filhos de continuarem a receber alimentos após a maioridade, quando frequentam curso universitário ou técnico, por força do entendimento de que a obrigação parental de cuidar dos filhos incluiu a outorga de adequada formação profissional.

Com a maioridade do filho a pensão alimentícia não pode cessar automaticamente, ou seja, o pai ou a mãe terá de fazer o procedimento judicial para exonerar-se ou não da obrigação de dar pensão ao filho. É vedada a exoneração automática do alimentante, sem possibilitar ao alimentando a oportunidade de manifestar-se e comprovar, se for o caso, a impossibilidade de prover a própria subsistência.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

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/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

Ou seja, a manutenção da obrigação alimentar estará condicionada à comprovação, pelo beneficiário (credor de alimentos), da impossibilidade de assegurar a sua subsistência graças ao seu trabalho ou ao exercício de outra atividade que o afaste ou efetivamente o impeça de exercer uma atividade lucrativa.

A ideia de que a maioridade civil e a capacidade, teoricamente, de promover a auto-suficiência, estão por si mais do que consolidadas na jurisprudência, não são capazes de quebrar a obrigação de alimentação e é necessário comprovar a falta de necessidade alimentar. Ou seja, ainda que a maioridade provoque a extinção do poder de família, esta não tem competência para permitir a extinção automática da obrigação alimentar, cabendo a contradição preliminar e a prova da falta de necessidades nutricionais atuais do credor são essenciais.

É também importante destacar que no atual contexto social e econômico, é cada vez mais comum que as crianças necessitem de mais tempo de preparação para começarem a prover a sua própria subsistência. Isso se deve à necessidade de mais qualificação profissional para exercer a função. É por isso que a doutrina entende, e a jurisprudência reconhece pacificamente, a presunção da necessidade de o aluno estudar, pelo menos até os 24 anos, data limite da presunção.

Para tomar uma decisão liminar após o fim do poder familiar, ou seja, após os 18 anos, é necessário apresentar provas suficientes de que os filhos não frequentam o ensino secundário, técnico ou superior ou profissional. Por tal prova ser de considerável dificuldade (por ser a prova de um fato negativo), entende-se que o ônus da comprovação dos estudos recai sobre o alimentando.

Em todos os casos, o alimentante deve, pelo menos indirectamente, provar a capacidade de sobrevivência das crianças. Isto pode acontecer se as crianças trabalharem a tempo inteiro, por exemplo, sem estudar. De qualquer forma, para ter cuidado, é bastante difícil na prática forense garantir a tutela da absolvição em despacho nestes casos e é muito provável que para obtê-la seja necessário recorrer à segunda instância.

Mas depois de 24 anos a situação muda. A presunção que existia antes não deve mais prevalecer. E cabe a quem recebe o alimento comprovar a permanência de sua necessidade de continuar recebendo o alimento. A partir desta idade entende-se que a conservação dos alimentos só se justifica em casos de incapacidade e/ou incapacidade para o trabalho, situações de evidente necessidade.



CONCLUSÃO

A pesquisa realizada envolve o escopo de discussões nas instituições jurídicas competentes. Pela abrangência do assunto, o foco foi na exoneração dos alimentos com destaque para a isenção, tentando-se definir o conteúdo deste trabalho sob a consequência do alimentado atingir a maioridade civil.

Dadas as informações coletadas na pesquisa, foi possível resolver muitas questões que ainda prevaleciam até então. O trabalho de "exoneração de pensão alimentícia face a maioridade civil" foi totalmente resolvido com o conteúdo da declaração da Suprema Corte nº 358, isento de obrigações de manutenção, este é direito pessoal de manutenção, mas nas respectivas, deve-se observar o direito de ação, ou seja, de sofrer contradições e defesa adequada.

O estudo realizado teve o escopo de discorrer acerca do instituto jurídico os alimentos, com especial ênfase na exoneração da obrigação alimentar. Devido a amplitude do tema, buscou-se delimitar o conteúdo deste trabalho sob os efeitos da exoneração ocorrida em virtude da maioridade civil.

Diante das informações colhidas na pesquisa, foi possível dirimir muitas das dúvidas vigentes até então, embora deva ser relevado que as dúvidas que ensejaram o tema do presente trabalho "exoneração, direito ou obrigação", foram completamente dirimidas com a promulgação do Enunciado n.º 358 do Superior Tribunal de Justiça, onde ficou registrado que a ação exoneratória da obrigação alimentar, é sim um direito do alimentante, porém na respectiva ação deverá ser observado o direito do alimentado ao contraditório e ampla defesa e o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade.

Portanto, ante o exposto e tendo em vista a especificidade do tema em análise, com fulcro no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expresso no Enunciado nº 358, o presente estudo verificou o direito do alimentante de se exonerar da obrigação alimentar quando verificada a ocorrência da maioridade civil do alimentado. Ocorre que, referida exoneração deve ser realizada com a observação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois deverá ser analisado pelo juiz no caso concreto o trinômio necessidade, possibilidade e proporcionalidade.

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: 29 ago.2024.

BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5478.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 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: 19 set. 2024.

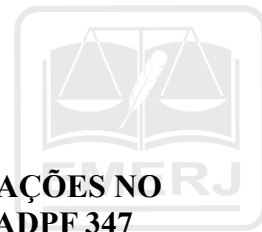
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 358**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=358.num>. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70.034.552.992/RS**. 7ª CÂMARA CÍVEL, REL. DES. JOSÉ CONRADO DE SOUZA JÚNIOR. J. vinte e seis de maio de dois mil e dez. Disponível em: site. Acesso em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/910715478>. Acesso em: 20 set.2024.

GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p.504.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9786559642489. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642489/>. Acesso em: 20 set. 2024.

ZANETTE, Mariana Rosa. **O Trinômio da Pensão Alimentícia: necessidade, possibilidade e proporcionalidade**. Direito civil, direito de família. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-trinomio-da-pensao-alimenticia-necessidade-possibilidade-e-proporcionalidade/2518804286>. Acesso em: 29 ago.2024.



O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DA ADPF 347

Maria Clara da Rosa Lodi Savarese

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o estado de coisas inconstitucionais, instituído no Brasil através da ADPF 347, se revela como um mecanismo jurídico que busca solucionar situações de violação massiva, contínua e generalizada de direitos fundamentais, em razão da omissão perpetrada pelas autoridades públicas, sobretudo, nas funções típicas de assegurar tais direitos por meio de políticas públicas eficientes. O artigo proposto irá analisar como se deu a implantação deste instituto, criado pela corte Colombiana, no Brasil, tendo em vista situação precária e desumana em que se encontra o sistema prisional brasileiro. Para uma melhor compreensão, serão debatidos os limites do ativismo judicial frente ao princípio da separação dos poderes, já que o estado de coisas inconstitucionais permite que o Judiciário se imiscua nas atribuições reservadas aos demais Poderes. Por fim, analisando as consequências que o estado de coisas inconstitucionais trouxe para o Brasil, conclui-se que a atuação do Judiciário auxilia na preservação dos direitos e garantias fundamentais, no entanto, para que os resultados sejam ainda mais significativos, será imprescindível o diálogo cada vez mais latente entre os três Poderes.

Palavras-chave – Estado de Coisas Inconstitucional. Ativismo Judicial. Princípio da Separação dos Poderes. Sistema Prisional Brasileiro. Diálogo entre os três Poderes.

Sumário - Introdução. 1. O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional colombiana e brasileira. 2. Discussão acerca do Ativismo Judicial e do Princípio da Separação de Poderes. 3. Consequências jurídicas do ECI, à luz do julgamento da ADPF 347. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca analisar os contornos do reconhecimento do “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI) pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347 em sede cautelar. Busca-se, nesse sentido, compreender como o instituto, inaugurado no Brasil há quase 10 anos, influenciou as políticas públicas adotadas pelo Estado, bem como quais são as falhas que ainda perduram e indicar os desafios futuros.

O ECI, desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana por meio do julgamento da ADPF 347 em sede cautelar, traduz-se como uma técnica decisória que tem como objetivo dar ênfase para situações de massiva, reiterada e generalizada violação de direitos fundamentais que afeta um número amplo de pessoas, em razão da ação e omissão de diversos órgãos públicos responsáveis por sua tutela.

Sabe-se que o Brasil possui uma Constituição com grande viés social, contudo, embora seu texto preveja diversos direitos fundamentais à população, na prática, percebe-se uma insuficiência do Poder Público em torná-los efetivos. Dessa forma, a ausência de implementação de projetos de políticas públicas gera uma falta grave de prestação de serviços, contribuindo para que a sociedade brasileira esteja constantemente inserida em um estado de inconstitucionalidade.

Diante disso, o instituto foi implementado no país através do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 347, proposta no ano de 2015, em sede cautelar, na qual o Supremo Tribunal Federal declarou haver um quadro de sistêmica e massiva violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário nacional, decorrente de falhas estruturais e da falência das políticas públicas.

Cabe ressaltar que, embora não seja novidade o comportamento proativo adotado pelos magistrados em diversos julgados, o ponto diferencial do instituto repousa no fato de que ele permite ao Poder Judiciário a adoção de medidas, bem como a exigência aos demais Poderes de uma postura voltada à efetivação dos direitos fundamentais, adentrando, assim, em funções que não lhe são típicas.

Para uma melhor compreensão, no primeiro capítulo, será apresentado o instituto denominado “Estado de Coisas Inconstitucional”, o qual foi criado pela Suprema Corte Colombiana, bem como quais são os seus fundamentos e características. Para além disso, será abordado como se deu a implementação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do julgamento da ADPF 347.

No segundo capítulo, o presente trabalho pretende abordar a discussão doutrinária acerca da colisão entre o Ativismo Judicial, fenômeno cada vez mais comum no ordenamento jurídico brasileiro, e o Princípio da Separação de Poderes. Isso porque, diante de um quadro de sistemáticas violações à direitos fundamentais, o instituto em tela permite que o Poder Judiciário possa adotar uma postura ativa, na medida em passa a imiscuir-se nas funções típicas, vocacionadas à execução de políticas públicas, tradicionalmente entregue aos demais Poderes.

Por fim, o terceiro capítulo tem como objetivo esclarecer quais as consequências decorrentes do reconhecimento da violação dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas, demonstrando, a partir de dados divulgados por pesquisas recentes, os obstáculos para a concretização desses direitos e os possíveis caminhos a serem seguidos pelo Poder Judiciário para tratar problemas estruturais, que atingem grande parte da população.



A pesquisa será elaborada por meio do método hipotético-dedutivo, por meio da formulação de hipóteses, bem como a dedução de consequências, e, finalmente, a realização de testes para averiguar a sua adequação com a realidade.

Nessa perspectiva, o presente artigo será escrito a partir da bibliografia que concerne ao tema em análise, sendo utilizado, para tanto, a abordagem qualitativa.

1 O RECONHECIMENTO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL PELA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA E BRASILEIRA

O Estado de Coisas Inconstitucional pode ser definido como uma técnica decisória que identifica e busca remediar situações de insuportável violação massiva, contínua e generalizada de direitos fundamentais, decorrentes de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, sendo agravado pela inércia permanente do Estado.

Nesse mesmo sentido ensina Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹:

Defino o ECI como a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

O problema demonstra tamanha complexidade que a atuação isolada de um único poder estatal não é suficiente para resolvê-lo, sendo necessário, ante a sua gravidade e excepcionalidade, que o Poder Judiciário se afirme legitimado a interferir na elaboração e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários, bem como em coordenar as medidas concretas e indispensáveis para a superação do estado de inconstitucionalidade.

O termo foi declarado pela primeira vez pela Corte Constitucional Colombiana na *Sentencia de Unificación* (SU) 559², no ano de 1997, que discutiu os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais a 45 professores dos municípios de María La Baja e

¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 187.

² COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia 559 de 1997*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 19 ago. 2024.

Zambrano. Nesta oportunidade, a Corte constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, alcançando um número amplo e indeterminado de pessoas, sendo, portanto, uma falha impossível de ser atribuída a um único órgão, mas sim estrutural.

Nesse diapasão, a Corte reconheceu a distribuição desigual do subsídio educativo do Fundo Nacional de Prestações Sociais do Magistério entre diversos departamentos e municípios, afirmando ser a proteção objetiva dos direitos fundamentais um dever de colaboração entre os poderes.

Não obstante, o caso de grande destaque foi a decisão proferida pela Corte Colombiana no ano de 2004, na *Sentencia T-025*³. O referido julgamento abordou o deslocamento forçado de pessoas dentro do território colombiano, em razão de ações violentas de grupos ligados ao narcotráfico na região. Sendo assim, famílias foram obrigadas a abandonar seus lares e a se deslocar visando à preservação de sua integridade física. Mesmo diante dessa situação, constatou-se que a maioria da população era composta por vulneráveis, tendo as autoridades públicas do país, por muito tempo, ignorado essas condições, demonstrando graves falhas estruturais e ínfima efetividade.

Com efeito, a chave de sucesso desse caso foi a manutenção da jurisdição pela Corte Colombiana com o intuito de supervisionar a implementação de suas ordens mediante a realização de audiências públicas periódicas, com a participação de atores estatais e sociais, criando “espaços de deliberação e formas alternativas, inovadoras e potencialmente democratizantes, de aplicação judicial dos direitos constitucionais.”⁴ As ordens proferidas pela Corte foram flexíveis e dirigidas a um número elevado de autoridades públicas, sendo perceptíveis os efeitos práticos o diálogo entre o Poder Judiciários com os outros poderes e com a sociedade.

Com base nessas considerações, destaca-se as três premissas fundamentais para o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional: (i) violação massiva e grave de direitos fundamentais, afetando um número considerável de pessoas; (ii) omissão prolongada e injustificada das diversas esferas institucionais no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais, representando verdadeira “falha estatal estrutural”; e (iii) a necessidade de ação conjunta e coordenada entre as várias entidades governamentais.⁵

³ COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-025 de 2004*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-025-04.htm>. Acesso em: 19 ago. 2024.

⁴ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social. *Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010, p. 15.

⁵ CAMPOS, Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutura>. Acesso em: 19 ago. 2024.



Percebe-se que a declaração de um Estado de Coisas Inconstitucional pela Corte Constitucional Colombiana constitui, nos mais variados casos, um precedente importante no sentido de estabelecer um diálogo entre o Poder Judiciário e os demais Poderes e entidades responsáveis pela elaboração de políticas públicas.

Apesar da origem latino-americana, o instituto somente ganhou espaço no Brasil por meio do controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na ADPF 347/DF, no ano de 2015. A supracitada ação foi proposta pelo partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pugnando pela declaração da inconstitucionalidade do sistema carcerário brasileiro, nos seguintes termos:

[...] As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem, em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos [...]⁶

Sabe-se que o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo. No ano de 2015, à época do julgamento da ADPF 347, o país possuía a quarta maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Além disso, a taxa de ocupação dos presídios era de 161% com 607 mil presos para 376,7 mil vagas.⁷

Em um cenário onde o número de presos aumenta rapidamente, acarretando a superlotação dos presídios, e outras prioridades de políticas públicas dificultam a destinação de recursos suficientes para garantir direitos, observa-se a dificuldade em assegurar o direito à vida, saúde, bem-estar, educação, trabalho e assistência jurídica.

Importante ressaltar que, para além da restrição da liberdade imposta em caráter preventivo ou através de sentença condenatória definitiva, os detentos não têm preservadas as condições mínimas de uma existência digna nos presídios, tampouco é possível assegurar a sua

⁶ VIVAS, Fernanda. **Por unanimidade, STF determina que governos elaborem plano para melhorar o sistema prisional.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/10/04/por-unanimidade-stf-determina-que-governos-elaborem-plano-para-melhorar-o-sistema-prisional.ghtml>. Acesso em: 19 ago. 2024.

⁷ CANÁRIO, Pedro. **Brasil chega à marca de 600 mil presos, aponta Ministério da Justiça.** Conjur, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-23/brasil-600-mil-presos-aponta-ministerio-justica>. Acesso em: 19 ago. 2024.

reinserção na sociedade, que não somente é desejada, mas integra um dos pressupostos legitimadores da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, tem-se observado uma ampla gama de falhas das instituições de poder para melhorar a grave situação dos presídios, tendo em vista que as leis não são capazes de sanar tais violação, as políticas públicas não têm dado sinais positivos, bem como, constata-se, por parte do Judiciário brasileiro, a adoção da “cultura do grande encarceramento”. Essa deficiência estrutural do Estado provoca a massiva e generalizada violação dos direitos fundamentais dos presos, devendo a solução ser coordenada por meio da atuação dos três Poderes em conjunto, e não de apenas um.

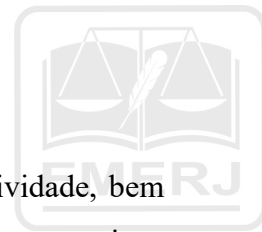
Por tais razões, o Ministro relator Marco Aurélio, em 2015, acompanhado por maioria, deferiu parcialmente a liminar para determinar que fossem adotadas algumas medidas, dentre elas, foi imposto ao Poder Executivo a liberação de verbas do Fundo Penitenciário Nacional, objetivando aumentar os investimentos na estrutura do sistema carcerário e, com isso, tornarem dignas as condições dos apenados nos presídios, incluindo acomodações seguras e limpas, assistência médica, bem como alimentação adequada.

Além disso, foi determinado ao Poder Judiciário, notadamente juízes e tribunais, que passassem a realizar audiências de custódia, com o intuito de viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 horas do momento da prisão, para verificar a legalidade da segregação e os requisitos para a sua manutenção, nos termos do art. 7.5⁸ do Pacto de San José da Costa Rica e no art. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos.⁹

Por fim, em outubro de 2023, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ADPF 347, reconhecendo, por unanimidade, o ECI, perante a violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro. No julgamento, fixou-se prazo de seis meses para a elaboração de plano nacional, que deveria observar os seguintes requisitos: (i) o controle da superlotação dos presídios, a melhoria da qualidade e o aumento de vagas; (ii) o fomento às medidas alternativas à prisão e (iii) o aprimoramento dos controles de saída e progressão de

⁸ Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

⁹ Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.



regime. Deveria, ainda, definir indicadores de monitoramento, avaliação e efetividade, bem como os recursos necessários e disponíveis para execução e os riscos positivos e negativos associados.

Ademais, também foi determinada a separação de presos provisórios daqueles que já possuem condenação definitiva, bem como a criação de varas de execução penal, em quantidade proporcional ao número de varas criminais e à população carcerária de cada unidade da federação.¹⁰

Em 08.07.2024, a União apresentou petição requerendo a concessão de prazo suplementar de 3 meses para a entrega do plano nacional, denominado Pena Justa, em razão da necessidade de validação orçamentária no âmbito do Executivo Federal, para assegurar a efetividade das medidas nele previstas. Em 06.08.2024, foi concedido o prazo suplementar de 30 dias, o qual ainda está em curso na presente data.

Embora o julgamento definitivo que reconheceu o ECI tenha sido proferido recentemente, como a medida liminar, deferida no ano de 2015, já havia implementado algumas das medidas que foram ratificadas em 2023, o presente trabalho tem por objetivo analisar se as políticas públicas implementadas há quase 10 anos propiciaram mudanças efetivas dentro do sistema penitenciário. Contudo, antes de perpassarmos pelas consequências trazidas pelo instituto em comento, é necessário fazer uma breve análise das críticas doutrinárias que permearam a sua importação para o Brasil.

2 DISCUSSÃO ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL E DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como já abordado, a declaração do estado de coisas inconstitucional e as ordens judiciais que a sucedem fazem com que o Poder Judiciário possa interferir sobre funções tipicamente atreladas aos Poderes Executivo e Legislativo, fenômeno denominado de “ativismo judicial estrutural.”¹¹ Embora o crescimento do papel do Poder Judiciário não seja novidade no Brasil, o instituto em análise, ao assumir a responsabilidade por tais interferências, gerou reflexões acerca de um possível desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, em razão de

¹⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acesso em: 19 ago. 2024

¹¹Sobre o conceito de “ativismo judicial estrutural”, cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 314-322: O ativismo estrutural alcança a postura de o juiz não enxergar espaços de decisão ou questões relevantes imunes à sua interferência, seja por tratar-se de *questões políticas*, seja porque ele acredita não possuir a capacidade cognitiva específica.

uma concentração excessiva de poder no Judiciário. Esses aspectos geraram acusações de ilegitimidade democrática e institucional da atuação judicial.

O ativismo judicial, fenômeno que ganhou protagonismo no Brasil a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, está relacionado à postura proativa dos tribunais ao interpretar a Constituição, em razão da interferência de maneira significativa no espaço de atuação dos demais poderes, a fim de promover mudanças sociais e garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Trata-se de uma atuação em que o Judiciário não apenas aplica a lei, mas também, em certos casos, assume um papel quase legislativo, estabelecendo normas ou políticas públicas através de suas decisões.¹²

Pode-se dizer que o ativismo judicial é uma consequência da judicialização da política. Este termo refere-se ao processo pelo qual questões tradicionalmente pertencentes ao âmbito político são levadas até a esfera judicial. Nesse sentido, decisões que antes eram tomadas por representantes eleitos passam a ser objeto de deliberação por juízes e tribunais. Este fenômeno tem se intensificado devido ao crescimento da complexidade das demandas sociais e à percepção de ineficácia ou omissão dos poderes Executivo e Legislativo em determinadas áreas.¹³

Por outro lado, a autocontenção judicial se caracteriza como o oposto do ativismo judicial, sendo a conduta pela qual o Judiciário busca minimizar as interferências nas atribuições de outros Poderes, evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de atuação expressa, bem como abstendo-se de interferir na definição de políticas públicas. Essa linha de atuação se perpetuou no Judiciário brasileiro até advento da Carta Magna de 1988.¹⁴

O professor Elival da Silva Ramos defende que o ativismo judicial deve ser utilizado com parcimônia no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário o desenvolvimento político-institucional que acompanha a estabilização dos sistemas políticos democráticos, com o amadurecimento da reflexão jurídica, notadamente na seara do Direito Constitucional. Essa ressalva tem como fundamento a manutenção dos fundamentos mais importantes de qualquer democracia: o respeito à soberania popular e à participação política decorrente dela.¹⁵

No Brasil, a participação da sociedade na política é pequena, em razão do sistema eleitoral extremamente complexo. Por conta disso, os detentores de mandados eletivos, muitas

¹²BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, Madrid, n. 13, 2009, p. 3.

¹³*Ibid.*

¹⁴*Ibid.*, p. 3/4.

¹⁵RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 316.



vezes, não conseguem atender às demandas sociais, representando apenas um grupo apartado em detrimento de uma população híbrida como a do Brasil.

Contudo, enquanto não houver uma mudança efetiva em prol de uma democracia sólida e saudável, o que fortalecerá o Legislativo, é necessário que o Poder Judiciário, respeitando os limites constitucionais, intervenha proativamente para garantir e tornar efetivos os direitos fundamentais. Ainda que os magistrados não sejam eleitos pelo povo, exercem o poder emanado por este e em seu nome, na medida do possível.

Nos ensinamentos do Ministro Luís Roberto Barroso:

A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva da justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos dias atuais, de que o conceito de democracia transcende a idéia de governo da maioria, exigindo a incorporação de valores fundamentais.¹⁶

Nesse sentido, o ECI surge em situações em que há uma paralisação parlamentar ou administrativa permanente, capazes de gerar uma massiva violação de direitos fundamentais. Nessas circunstâncias, o ativismo judicial estrutural se torna o único recurso, ainda que imperfeito em uma democracia, para superar esses bloqueios e fazer com que o Estado garanta e tornem efetivos os direitos fundamentais. Sendo assim, diante de um cenário de falhas estruturais e omissões do Legislativo e Executivo, as críticas ao ativismo judicial perdem relevância prática.

Para além da superação desses bloqueios políticos e institucionais, a intervenção judicial pode estimular o diálogo sobre as causas e soluções do ECI, mobilizando a sociedade para implementar as medidas necessárias. Em vez de substituir o debate popular, o ativismo judicial amplia os canais de mobilização social, com ordens flexíveis e monitoradas, mantém-se a participação dos atores políticos e sociais na resolução dos problemas estruturais. Assim, ao invés de impor a supremacia judicial, os tribunais promovem o diálogo entre instituições e sociedade, fortalecendo a eficácia e a democracia nas decisões.

Como visto, a discussão sobre judicialização da política, ativismo judicial e o Estado de Coisas Inconstitucional é complexa e envolve uma delicada análise entre a necessidade de

¹⁶BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set.-dez., 2019.

proteção dos direitos fundamentais e a preservação do equilíbrio entre os poderes. Embora a atuação proativa do Judiciário possa ser vista como uma resposta necessária diante de falhas graves do Estado, ela também traz à tona desafios relacionados ao respeito ao princípio da separação de poderes.

Portanto, é crucial que o Judiciário exerça sua função de guardião da Constituição com cautela, evitando excessos que possam comprometer a independência e a harmonia entre os poderes. Ao mesmo tempo, é indispensável que os poderes Legislativo e Executivo cumpram suas responsabilidades de forma eficiente, para que o Judiciário não precise intervir em áreas que não lhe são originalmente atribuídas. A busca pelo equilíbrio entre essas forças é fundamental para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e para a efetiva proteção dos direitos fundamentais.

3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ECI, À LUZ DO JULGAMENTO DA ADPF 347

Embora o julgamento definitivo da ADPF 347 tenha se dado penas em 04 de outubro de 2023, reconhecendo a massiva violação de direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro, o julgamento da medida cautelar em 2015 já havia implementado algumas das medidas que foram ratificadas recentemente, sobre as quais recairão a análise do presente capítulo.

A despeito da concretude da decisão proferida no julgamento da medida liminar da ADPF 347, observa-se que os efeitos práticos não foram tão abrangentes quanto deveriam, e, conseqüentemente, a mudança na realidade fática não foi muito significativa, diferentemente do que ocorreu, por exemplo, no caso dos *desplazados*, julgado no ano de 2004, em que não houve interferência nas escolhas técnicas relativas às políticas pública, no entanto, foram estabelecidos prazos e metas, bem como o monitoramento da execução de medidas, estimulando, ainda, a participação popular.

Conforme demonstram os estudos publicados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no início do ano de 2023, desde o ano de 2015 foram realizadas mais de um milhão de audiências de custódia no Brasil, garantindo o direito de toda pessoa ser apresentada a um juiz logo após a prisão e, o que aumenta a atenção do Judiciário ao momento de ingresso do cidadão no sistema penitenciário. O instituto acarretou a redução do percentual de prisões provisórias no país – de 40,13% do total em 2014 para 26,48% em 2022, bem como garantiu o



encaminhamento para serviços de proteção social – mais de 47,7 milhões – e apuração de possíveis casos de tortura ou maus-tratos no ato de prisão, tendo mais de 83,7 mil registros.¹⁷

Com efeito, as estatísticas evidenciam uma expressiva diminuição das prisões cautelares, que constituíam uma parcela significativa do contingente carcerário brasileiro, tendo em vista que muitos indiciados eram encarcerados provisoriamente e passavam longos períodos, podendo chegar a meses e até mesmo anos, a espera do julgamento. Não raras vezes o período de reclusão ultrapassava a pena que eventualmente lhes seria imposta, quando não absolvidos.

Por outro lado, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública publicou o Anuário de Segurança Pública do ano de 2024 indicando que 852.010 pessoas estão privadas de sua liberdade, tendo um aumento de 2,4% em relação a 2022. Dessas pessoas encarceradas, 1 em cada 4 presos ainda não foi julgado. Os dados apontam para a baixa capacidade de ressocialização, sendo que apenas 19,7% dos presos trabalham.¹⁸

Logo, percebe-se que, embora sejam inegáveis os avanços no que concerne à implementação das audiências de custódia e a redução do número de prisões provisórias, a edição do Anuário de 2024¹⁹ constata as permanências no sistema prisional, passando pelo aumento exponencial das pessoas encarceradas, pelo seletivo recorte racial, pela subnotificação do que acontece nas carceragens policiais, e, sobretudo, quanto aos óbitos intramuros.

Além disso, os dados publicados pela pesquisa supracitada²⁰ demonstram que, nos anos de 2022 e 2023, quase uma década após o julgamento da medida liminar da ADPF 347, o déficit de vagas no sistema penitenciário totalizava 232.907 e 214.819, respectivamente. Tendo em vista que o número total vagas no ano de 2023 era de 643.173, pode-se dizer que os estabelecimentos operam com mais de 50% de sua capacidade, tendo a razão de 1,3 presos por vaga.

O Anuário de Segurança de 2024 ainda avalia que:

estão presentes a superlotação, a má qualidade das vagas existentes, o déficit mínimo essencial para garantir a integridade física, a permanência no cárcere por mais tempo

¹⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiências de custódia completam oito anos com mais de 1 milhão de registros no país**. Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-completam-oito-anos-com-mais-de-1-milhao-de-registros-no-pais/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁸ BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, 2024, p. 18. Disponível em: <https://apidspace.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/1d896734-f7da-46a7-9b23-906b6df3e11b/content>. Acesso em: 19 ago. 2024.

¹⁹ *Ibid.*, p. 357.

²⁰ *Ibid.*, p. 330

do que o previsto na condenação, configurando um quadro que mina quaisquer possibilidades de ressocialização e de garantia da segurança pública.²¹

Adicionalmente, cabe ressaltar que o superencarceramento fortalece organizações criminosas, na medida em que aqueles que ingressam são forçados a aderir a um dos grupos em troca de proteção, vínculo que acaba se perpetuando quando são postos em liberdade, o que vai de encontro aos objetivos da pena, dentre os quais a ressocialização e o seu funcionamento a favor da segurança pública.

No julgamento definitivo da ADPF, realizado no ano de 2023, o STF reconheceu que a proteção dos direitos fundamentais é intrínseca à condição humana, de modo que as normas constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil proíbem a existência de penas cruéis, garantindo ao preso o respeito à sua integridade física e moral, além de preveem que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, levando-se em consideração a natureza do delito, a idade e o sexo do indiciado.

Por essas razões, e à vista da perpetuidade de vários pontos negativos desde o deferimento da liminar, em 2015, a Corte decidiu que a superação desse problema de natureza estrutural exige do Poder Público a elaboração de um plano nacional, bem como de planos locais, que prevejam um conjunto de medidas e a participação de diversas autoridades e entidades da sociedade. Ademais, o CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

Por fim, como a decisão definitiva foi proferida recentemente, ainda não se sabe como esta irá repercutir no cenário de caos figurado pelo sistema penitenciário brasileiro, se de fato trará efetividade e benefícios. No entanto, um ponto é convergente na doutrina: problemas de implementação das políticas públicas existem e é preciso que medidas sejam tomadas, respeitando-se os limites impostos à atuação judicial, seja em razão do princípio da separação dos poderes, seja porque o ativismo judicial nem sempre é desejável, tanto do ponto de vista da ausência de legitimidade democrática quanto sob o risco de uma atuação desmedida e autoritária do Poder Judiciário.

²¹ BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, 2024, p. 356. Disponível em: <https://apidspace.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/1d896734-f7da-46a7-9b23-906b6df3e11b/content>. Acesso em: 19 ago. 2024.



CONCLUSÃO

A análise revelou que o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) representa apenas o ponto de partida na busca pela efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Embora a implementação das audiências de custódia tenha resultado em uma redução das prisões provisórias ao longo dos anos, é necessário reconhecer que esse instrumento, ainda que promissor, enfrenta o desafio de se consolidar em um sistema jurídico que carece de efetividade.

O Poder Judiciário tem desempenhado papel essencial na promoção e proteção desses direitos, tanto por meio do Direito Processual Constitucional quanto pela interpretação constitucional, assumindo uma postura ativa na construção do direito. De acordo com a doutrina contemporânea, essa atuação judicial não infringe o princípio da separação dos poderes; pelo contrário, a visão moderna defende que a colaboração entre os poderes tem o potencial de fortalecer o regime democrático, ao invés de enfraquecê-lo.

Nesse contexto, a introdução do conceito de "Estado de Coisas Inconstitucional" pela Corte Constitucional Colombiana serviu como um marco relevante, oferecendo ao Judiciário brasileiro um novo mecanismo de enfrentamento das violações dos direitos fundamentais.

No Brasil, a aplicação desse instituto pelo STF, em caráter liminar, se mostrou insuficiente para sanar de forma definitiva questões complexas de caráter estrutural, como, por exemplo, o problema do encarceramento em massa no Brasil. Contudo, no que concerne às novas medidas adotadas na decisão definitiva proferida em 2023, o ECI ainda está em processo de avaliação de seus impactos práticos.

Não obstante, ainda que algumas medidas não tenham tido efeitos práticos, o ECI fomentou a discussão acerca da implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos fundamentais no país, trazendo a abertura de um diálogo entre os Poderes Públicos, visando a sua atuação conjunta para a efetivação desses direitos, diante da constante omissão dos demais Poderes em cumprirem suas funções típicas e implementarem a devida tutela aos direitos previstos constitucionalmente. Sendo assim, a introdução do novo instituto se mostrou ser mais positiva do que negativa.

Em outras palavras, ao analisar a realidade brasileira, percebe-se que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) no contexto do sistema prisional trouxe visibilidade para a gravidade do problema. A população carcerária do país, por muito tempo, tem sido negligenciada tanto social quanto politicamente, sob a alegação de que existem outras questões

mais urgentes a serem discutidas. Além disso, a sociedade tende a enxergar a prisão como um meio de retribuição e vingança, o que acaba reforçando essa marginalização. Essa mentalidade precisa ser superada, pois é uma das principais razões para o aumento da violência no Brasil. O tratamento desumano ao qual os presos são submetidos resulta em elevados índices de reincidência, muitas vezes com a prática de crimes ainda mais graves.

Em síntese, muito ainda precisa ser feito. A atuação proativa do Judiciário deve ser acompanhada por ações coordenadas e integradas com os demais Poderes que compõem o Estado Democrático, abordando não apenas os efeitos do problema, como também as causas que levaram a tal situação e a maneira de combatê-las. A superação das violações constantes e do encarceramento em massa exigem políticas públicas eficazes e um enfrentamento de questões como racismo, desigualdade social e a reavaliação do poder punitivo. Somente assim será possível garantir a proteção e efetivação dos direitos fundamentais no Brasil, reduzindo o contingente prisional de forma justa e sustentável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, Madrid, n. 13, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Os Três Papeis Desempenhados pelas Supremas Cortes nas Democracias Constitucionais Contemporâneas. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 11-35, set.-dez., 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADF 347/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento em: 09/09/2015, Publicado em 18/02/2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Relatório da ADPF 347**: Petição Inicial, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 19 ago. 2024.

BRASIL. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, 2024, p. 18. Disponível em: <https://apidspace.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/1d896734-f7da-46a7-9b23-906b6df3e11b/content>. Acesso em: 19 ago. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF determina realização de audiências de custódia para todos os casos de prisão**. Portal STF, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503579>. Acesso em: 19 ago. 2024.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece violação massiva de direitos no sistema carcerário brasileiro.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acesso em: 19 ago. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional.** Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 19 ago. 2024.

CANÁRIO, Pedro. **Brasil chega à marca de 600 mil presos, aponta Ministério da Justiça.** Conjur, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-23/brasil-600-mil-presos-aponta-ministerio-justica>. Acesso em: 19 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiências de custódia completam oito anos com mais de 1 milhão de registros no país.** Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-completam-oito-anos-com-mais-de-1-milhao-de-registros-no-pais/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia 559 de 1997.** Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 19 ago. 2024.

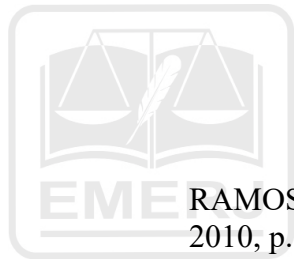
COLÔMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia T-025 de 2004.** Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 19 ago. 2024.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T-153/98.** Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 19 ago. 2024.

GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transform el desplazamiento forzado en Colombia.** Bogotá: Dejusticia, 2010.

LIMA, George Marmelstein. **O Estado de Coisas Inconstitucional – ECI: apenas uma nova onda do verão constitucional?** Revista Direitos Fundamentais, v.10, n.2, 2015. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

OLIVEIRA, João Rezende de Almeida; SANTOS, Júlio Edstron S.; GONÇALVES, Vinícius Araújo. **A aplicação da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil: um olhar sobre as possibilidades e dificuldades da utilização dessa teoria no ordenamento jurídico brasileiro** *Direitos Fundamentais & Justiça* | Belo Horizonte, ano 12, n. 38, p. 265-306, jan./jun. 2018.



RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros Dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 316.

VIVAS, Fernanda. **Por unanimidade, STF determina que governos elaborem plano para melhorar o sistema prisional.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/10/04/por-unanimidade-stf-determina-que-governos-elaborem-plano-para-melhorar-o-sistema-prisional.ghtml>. Acesso em: 19 ago. 2024.



ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA LEI FEDERAL Nº 14.133: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA MODERNIZAÇÃO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

Maria Julia da Silva Souza
Graduada pela Universidade Católica de
Petrópolis (UCP). Analista de Gestão Fiscal.

Resumo – Este trabalho tem por objetivo refletir sobre o histórico das leis de licitações no Brasil, as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21 e quais desafios vêm sendo enfrentados em sua implementação. Inicialmente, através de revisão bibliográfica e legislativa acerca do tema, restou demonstrado que a NLLC representa uma importante reforma no sistema de licitações e contratos administrativos no Brasil. Ela visa modernizar e agilizar os processos de contratação pública incorporando inovações. Contudo, a pesquisa demonstrou que sua implementação enfrenta desafios significativos, como a necessidade de capacitação dos servidores, adequação tecnológica e superação da resistência a mudanças. A efetividade da nova legislação dependerá da capacidade de superar esses obstáculos e integrar as novas regras com as normas existentes. Pretende-se, dessa forma, que o presente trabalho possa proporcionar reflexões baseadas nesses dados apresentados.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Lei Federal nº 14.133/2021. Modernização. Desafios. Efetividade.

Sumário – Introdução 1. Histórico das leis de licitações no Brasil e a necessidade de atualização legislativa. 2. Principais inovações trazidas pela nova Lei Federal nº 14.133/2021. 3. Impactos da Lei Federal nº 14.133 na Administração Pública e seus desafios. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A licitação, que é um procedimento formal de competição entre as empresas que desejam oferecer seus serviços à administração pública, é indispensável para o Estado, tendo em vista a finalidade de garantir a igualdade de oportunidade a todos os licitantes interessados, a lisura da Administração e o cumprimento dos princípios legais.

Diante disso, destaca-se que umas das principais leis a regular este processo foi a Lei nº 8.666/93. A referida legislação teve como objetivo regulamentar o art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988, estabelecendo as normas gerais sobre o processo licitatório.

Ocorre que, no ano de 2021, foi promulgada a nova lei de licitações, com o propósito de trazer vantagens e modernização para a elaboração de novos contratos administrativos, visando maior transparência, eficácia e agilidade para o Processo Licitatório.

Nesse sentido, considerando que a Lei nº 14.133/21 é uma legislação recente e que seu emprego se tornou obrigatório nos processos licitatórios apenas neste ano de 2024, ela ainda não foi amplamente debatida pela comunidade jurídica. Portanto, é crucial acompanhar a

jurisprudência que surgirá e os desafios que a Administração Pública enfrentará para compreender a eficácia dessa nova legislação.

Diante desse quadro, o presente estudo propõe uma análise aprofundada da Lei Federal nº 14.133/21, destacando seus principais aspectos, inovações e impactos no cenário das licitações e contratos administrativos no Brasil. Para tanto, é realizada uma revisão crítica da legislação, abordando desde os fundamentos que norteiam as novas diretrizes até as mudanças mais significativas em relação à legislação anterior. Além disso, são discutidos os desafios e oportunidades que essa nova lei apresenta para os gestores públicos, empresas fornecedoras e a sociedade como um todo.

O primeiro capítulo deste trabalho empreende uma breve análise das Leis de Licitações no Brasil, destacando a necessidade premente de atualização legislativa.

No segundo capítulo, são abordadas as principais inovações trazidas pela Lei nº 14.133/21, incluindo a introdução de novos tipos de licitação, a simplificação dos procedimentos, a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e as regras para a fase preparatória e julgamento das licitações.

O terceiro capítulo explora os impactos da Lei nº 14.133/21 na Administração Pública e os desafios que ela apresenta, sendo examinadas questões como a capacitação dos servidores públicos, a adequação dos sistemas de compras e contratações, a adaptação cultural e as resistências às mudanças.

A abordagem do tema é qualitativa, consistindo em revisão bibliográfica com base em livros, revistas e periódicos, englobando, pois, análise da legislação e doutrina pertinentes.

1. HISTÓRICO DAS LEIS DE LICITAÇÕES NO BRASIL E A NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA

As contratações públicas são instrumentos fundamentais para a concretização das políticas governamentais, o fomento ao desenvolvimento econômico e social e a continuidade das atividades estatais. Ou seja, as aquisições e contratações públicas são processos essenciais para os órgãos governamentais se alinharem aos interesses da sociedade. Nesse contexto, a regulamentação das licitações públicas no Brasil é crucial para garantir transparência, competitividade e eficiência na gestão dos recursos públicos.



Segundo Ribeiro¹, as compras governamentais se referem à aquisição de bens e serviços pelo setor público, com vistas a garantir as operações da administração pública e prestar serviços à sociedade em diversas áreas, como educação, saúde, segurança, energia e infraestrutura.

Entretanto, é essencial reconhecer que a compreensão das compras públicas vai além de uma definição simplificada, envolvendo uma complexa estrutura de planejamento e um conjunto detalhado de procedimentos. É fundamental considerar a utilização racional dos recursos públicos, levando em conta não apenas os objetivos específicos de cada demanda, mas, acima de tudo, o alinhamento contínuo com os parâmetros estabelecidos, os princípios legais e os preceitos da Administração Pública, conforme descrito no artigo 37 da Constituição Federal de 1988² e nas legislações pertinentes.

Dessa forma, vê-se a importância da trajetória das leis de licitação e como isso reflete não apenas a evolução das práticas administrativas, mas também as transformações socioeconômicas e políticas que moldam a gestão pública. A evolução das leis de licitação no Brasil oferece um panorama das mudanças e dos avanços na regulamentação das contratações públicas, desde suas origens até as reformas mais recentes.

Rosângela Vieira³ expõe que, os anos de governo militar, embora marcados por um período indiscutivelmente autoritário e repressivo, caracterizados por uma intensa restrição aos direitos individuais e à liberdade de expressão, foi o momento em que se criou o Decreto-Lei nº 200, de 1967⁴, que instituiu modalidades de licitação como concorrência, tomada de preços e convite, e estabeleceu princípios de administração pública como planejamento e controle. Esse decreto também iniciou a padronização das práticas licitatórias e

¹ RIBEIRO, Cássio Garcia. INACIO, Edmundo Júnior. O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise. 2019. Repositório IPEA. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso em: 13 set. 2024 *apud* KASHAP, S. Public procurement as a social, economic and political policy. In: **INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT CONFERENCE**, 1., 2004, Fort Lauderdale, Florida. Anais... Fort Lauderdale: IPPC, 2004. v. 3, p. 133-147.

² 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: 12 set. 2024.

³ VIEIRA, Rosângela de Lima (org.). **Ecos da ditadura na sociedade brasileira (1964-2014)**. Marília: Oficina Universitária, São Paulo, Cultura Acadêmica, 2014, [e-book].

⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 12 set. 2024.

foi um precursor importante da Lei nº 8.666/93⁵. Em 1968, a Lei nº 5.456⁶ estendeu essas normas para Estados e Municípios, unificando o processo licitatório.

Nos anos seguintes, a promulgação da Lei nº 8.666/93⁷, conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos, representou um verdadeiro salto na padronização e detalhamento das licitações, consolidando o sistema de concorrência em uma norma abrangente, substituindo as regulamentações anteriores e trazendo avanços significativos, de modo a garantir maior transparência e competitividade nas contratações públicas.

Quanto à abrangência da nova lei, segundo Vera Regina Pinto⁸, ela instituiu “as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos relacionados a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos três níveis federativos: federal, estadual e municipal”.

Entre as inovações trazidas por essa norma, destacam-se a exigência de publicidade dos atos administrativos e a definição detalhada das modalidades de licitação, como concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A regulamentação das condições de habilitação e qualificação dos fornecedores também foi um avanço crucial. Enfim, a nova lei estabeleceu um marco legal robusto, promovendo maior formalização e controle dos processos licitatórios, contribuindo para uma administração pública mais eficiente e transparente.

Não obstante, com o passar dos anos a Lei nº 8.666/93⁹ começou a enfrentar críticas e demandas por atualização. Apesar de ser sólida em seus fundamentos, ela revelou-se por vezes rígida e desatualizada diante das novas práticas de mercado e da evolução tecnológica. Nessa perspectiva, foram identificadas pelos legisladores, técnicos e estudiosos da área, novas demandas da Administração Pública e da sociedade que levaram à busca por outras regulamentações em paralelo que passassem a integrar as rotinas das atividades de compras

⁵ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Institui normas para licitações e contratos da administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

⁶ BRASIL. **Lei 5.546, de 20 de junho de 1968**. Dispõe sobre a aplicação aos Estados e Municípios das normas relativas as licitações previstas no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5456.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%205.456%2C%20DE%2020%20DE%20JUNHO%20DE%201968.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20aos,Administrativa%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 11 set. 2024.

⁷ BRASIL, ref. 5.

⁸ PINTO, Vera Regina Ramos. Um breve histórico sobre inovações em compras e licitações públicas no Brasil. **Brazilian Journal of Development**. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/15862>. Acesso em: 16 jul. 2023.

⁹ BRASIL, ref. 5.



públicas, conforme o dito por Josiane Lobão¹⁰. Portanto, a necessidade de modernização mostrou-se evidente, levando a reformas importantes.

Passo significativo nessa direção foi dado em 2018 com a promulgação da Lei nº 13.979¹¹, que abordou as contratações públicas em situações emergenciais, como a pandemia de COVID-19. Essa legislação introduziu medidas mais flexíveis e adaptativas, evidenciando a urgência de modernização dos processos licitatórios para lidar com situações excepcionais e emergenciais.

Em 2021, o Brasil avançou ainda mais com a sanção da Lei nº 14.133¹². Conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ela substituiu a Lei nº 8.666/93¹³, trazendo mudanças significativas. Segundo Matos, Alves e Amorim, com a implementação da nova lei

exige-se, então, uma nova lógica de compreensão das contratações públicas, deslocando-se a atenção inicial dos detalhes do ciclo de cada contratação pública (fase interna, fase externa e execução contratual), para os arranjos institucionais que definem os resultados das contratações públicas em cada órgão e entidade pública.¹⁴

Em suma, as contratações públicas desempenham um papel estratégico na administração estatal, refletindo tanto a evolução das práticas administrativas quanto as transformações políticas e socioeconômicas do Brasil. A trajetória das legislações licitatórias, desde o Decreto-Lei nº 200/1967¹⁵ até a recente Lei nº 14.133/2021¹⁶, demonstra avanços significativos na busca por transparência, eficiência e alinhamento com os princípios constitucionais da Administração Pública. Contudo, o dinamismo do contexto social e econômico exige constante atualização normativa, como evidenciado pelas adaptações emergenciais durante a pandemia de COVID-

¹⁰ LOBÃO, Josiane Cristina da Silva. **A influência do contexto organizacional no desempenho das compras públicas na UFBA**. 2015. 96f. Dissertação (Mestrado em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/18564/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20JOSIANE%20LOB%C3%83O.pdf> Acesso em: 22 jul. 2023.

¹¹ BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979. Acesso em: 11 set. 2024.

¹² BRASIL. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

¹³ BRASIL, ref. 5.

¹⁴ MATOS, Marilene Carneiros. ALVES, Felipe Dalenogare. AMORIM, Rafael Amorim de. (organizadores). **Nova Lei de licitações e contratos - Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2023, [e-book].

¹⁵ BRASIL, ref. 4.

¹⁶ BRASIL, ref. 12.

19 e a nova abordagem proposta pela nova lei, que reforça a necessidade de uma gestão pública mais integrada, estratégica e adaptável aos desafios contemporâneos.

2. PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA LEI FEDERAL Nº 14.133/21

Entre as principais inovações, a Lei nº 14.133/21¹⁷ reafirmou o Pregão como modalidade obrigatória para a maioria das compras e serviços comuns, promovendo maior padronização e agilidade, introduziu o Diálogo Competitivo para contratações complexas, permitindo uma interação mais aprofundada entre a administração e os licitantes, o que facilita a formulação de propostas inovadoras e reformulou o Sistema de Registro de Preços (SRP), permitindo a centralização dos registros em um único órgão e estendendo sua validade para até cinco anos.

A nova lei¹⁸ também trouxe a introdução do contrato de eficiência, que estabelece metas e indicadores de performance para promover a eficiência e a inovação. A digitalização dos processos licitatórios e a criação de comitês de gestão para supervisionar a execução dos contratos são outras medidas importantes, que visam aumentar a transparência e a eficácia da administração pública.

Esta nova legislação, que conta com 194 artigos organizados em cinco títulos principais e subdivididos em 32 capítulos, apresenta uma estrutura mais detalhada em comparação com a legislação anterior. A análise das disposições desta nova lei revela, já no artigo 5º (do Título I – Disposições Preliminares), a ênfase nos princípios que a regem. O segundo capítulo foi reservado para ampliar os 12 princípios estabelecidos pela legislação anterior para um total de 24, incluindo os princípios da eficiência, interesse público, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade e economicidade. Rodrigo Francisco de Paula destaca que

A nova lei de licitações e contratações públicas (Lei nº 14.133/2021), por sua vez, é claramente inspirada no RDC, mas vai além: estrutura o procedimento de licitação indicando primeiramente os princípios a serem observados na aplicação da lei (art. 5º) para depois apontar os objetivos do processo licitatório (art. 11), sendo possível apresentar uma nova imagem paradigmática da administração pública. Dentre os “novos” princípios das licitações e contratações públicas enunciados no art. 5º da Lei nº 14.133/2021, têm-se os seguintes, que não constam do art. 3º da Lei nº 8.666/1993: eficiência, interesse público, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade,

¹⁷ BRASIL, ref. 12.

¹⁸ BRASIL, ref. 12.



proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável (...)¹⁹

Ao estabelecer que os agentes públicos devem ser guiados por um planejamento baseado em suas competências, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC)²⁰ promove um aprimoramento nos serviços prestados pelos entes públicos. Isso exige uma capacitação intensiva dos servidores e aumenta suas responsabilidades, demandando maior especialização no desempenho das atividades. A nova legislação também requer um número maior de servidores para a execução das tarefas, em conformidade com o princípio da segregação de funções estabelecido no §1º do art. 7º. Este princípio proíbe a designação do mesmo agente público para funções simultâneas com riscos elevados, visando reduzir a possibilidade de ocultação de erros e fraudes nas contratações. Rodrigo Francisco aduz, nesse sentido, que

(...) para se preservar a integridade na atuação dos agentes públicos, a Lei nº 14.133/2021 traz, como princípio, a segregação de funções, de modo que, em sua aplicação concreta na fase de planejamento da licitação, não pode ser designado para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos o mesmo agente público (art. 7º, §1º, da Lei nº 14.133/2021). Assim, o agente público que realizar o estudo técnico preliminar não deve ser o mesmo que definirá o objeto da contratação para atender a necessidade pública, o que é feito na elaboração do termo de referência, do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo (art. 18, inc. II, da Lei nº 14.133/2021).²¹

De acordo com o art. 8º, os processos de licitação devem ser conduzidos por agentes de contratação ou comissões de contratação compostas por servidores efetivos ou empregados públicos permanentes. Eles são responsáveis por acompanhar o processo licitatório, impulsionar o procedimento e executar outras atividades necessárias até a homologação. Essa mudança substitui, em regra, a Comissão de Licitação prevista na Lei nº 8.666/93²². Para órgãos de menor porte, como os Municípios, a segregação de funções pode ser um desafio devido ao quadro reduzido de servidores, tornando difícil a designação de diferentes agentes para as diversas etapas dos processos.

¹⁹ PAULA, Rodrigo Francisco de. Administração pública e o incentivo à inovação na nova lei de licitações: reflexões sobre um novo paradigma para o controle das contratações públicas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – RTCE/SC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 101-120, maio/out. 2023. DOI: 10.52028/tce-sc.v01.i01.ART05.ES

²⁰ BRASIL, ref. 12.

²¹ PAULA, ref. 19.

²² BRASIL, ref. 5.

A NLLC²³ destaca a importância do planejamento das ações públicas em vez de se concentrar apenas nas atividades procedimentais, como era o foco da legislação anterior. A nova lei enfatiza a utilização de ferramentas de planejamento, como o Plano de Contratações Anual (PCA) (Inciso VII, art. 12), o Estudo Técnico Preliminar (ETP) (§1º, art. 18) e a Matriz de Riscos (MR) (Inciso XXVII, art. 6º), considerados essenciais para a adequada execução das contratações públicas. Embora a nova lei reconheça a importância dos procedimentos técnicos descritos no título II (Das Licitações), ela os coloca em segundo plano, enfatizando a necessidade de planejamento para evitar o imediatismo nas contratações e promover uma mudança na cultura organizacional.

A nova abordagem busca um modelo de gestão baseado em governança, que visa analisar toda a cadeia produtiva e seus impactos na administração dos processos e demandas. O objetivo é promover um ambiente íntegro e confiável, garantindo alinhamento com o planejamento estratégico e leis orçamentárias, e buscando eficiência, efetividade e eficácia nas contratações, conforme o parágrafo único do art. 11.

O título II da NLLC²⁴ (art. 11 ao 88), que trata das licitações, traz mudanças significativas nos procedimentos e modalidades. Entre as inovações estão a regulamentação dos limites para enquadramento de bens em comuns e de "luxo" em até 180 dias após a promulgação da nova lei; a incorporação de procedimentos de pesquisa de mercado para formação de preços estimativos (art. 23); a alteração das modalidades licitatórias (art. 28), com a extinção das modalidades "carta convite" e "tomada de preços", além da revogação do Regime de Contratação Direta (RCD) e a criação da modalidade "diálogo competitivo" (inciso V, art. 28); o fim da vinculação entre modalidade e valor, passando a ser definidos pela complexidade do objeto; a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas (art. 17); a atualização dos prazos para apresentação de propostas (art. 55); e a revisão dos valores para contratações diretas, dispensas e inexigibilidades (art. 72 ao art. 75).

A NLLC²⁵ também demonstra uma preocupação com a incorporação de práticas sustentáveis nas compras governamentais. A inclusão do conceito "ciclo de vida do objeto" (inciso 8, art. 18) visa fazer com que a Administração Pública considere todas as fases do ciclo de vida do objeto – produção, distribuição, uso e disposição – e os impactos a médio e longo prazo.

²³ BRASIL, ref. 12.

²⁴ BRASIL, ref. 12.

²⁵ BRASIL, ref. 12.



O terceiro bloco da Lei (art. 89 ao art. 154) trata dos contratos administrativos, abordando formalização, garantias, alocação de riscos, duração, execução, extinção, recebimento do objeto, pagamentos, nulidade e resolução de controvérsias. Destacam-se as seguintes inovações: a formalização de contratos e termos aditivos por meios eletrônicos (§3º, art. 91); a inclusão de novas cláusulas contratuais (art. 92); a exigência de seguro-garantia para obras e serviços de engenharia (art. 102); o detalhamento das hipóteses de alocação de riscos (art. 103); e a possibilidade de prorrogação sucessiva dos prazos de contratos para serviços e fornecimentos contínuos, com vigência máxima de dez anos (art. 107).

A nova Lei também propõe a aquisição de produtos e serviços preferencialmente por meio de plataformas eletrônicas e sistemas de gerenciamento de compras, facilitando a participação digital dos fornecedores e aumentando a transparência e concorrência. Uma inovação significativa é a obrigatoriedade de integração ao Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), que centraliza a divulgação de ações governamentais relacionadas às compras públicas e oferece funcionalidades como sistema de registro cadastral unificado, painel de consulta de preços, e acesso a bases de dados nacionais.

Essas mudanças visam tornar os processos de contratação governamental mais eficientes e transparentes, promovendo um planejamento aprofundado, uma gestão estratégica e uma visão sistêmica das ações e seus impactos na sociedade.

3. IMPACTOS DA LEI FEDERAL Nº 14.133 NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS DESAFIOS

Apesar da Lei Federal nº 14.133/21²⁶ marcar uma transformação significativa no sistema de licitações e contratos administrativos no Brasil, sua implementação enfrenta diversos desafios que precisam ser superados para que as mudanças alcancem seu pleno potencial.

A adequação cultural e organizacional é uma barreira importante, pois muitas organizações públicas ainda seguem processos tradicionais e burocráticos. A transição para uma gestão mais flexível e transparente exige um esforço para mudar a mentalidade e valorizar a eficácia.

Além disso, a nova lei demanda um aprimoramento significativo na capacitação dos servidores e na adequação dos sistemas tecnológicos, essenciais para a implementação bem-

²⁶ BRASIL, ref. 12.

sucedida das inovações propostas. A Lei de Licitações²⁷ introduz procedimentos e requisitos que exigem um entendimento aprofundado por parte dos servidores públicos, gestores e fornecedores. Assim, a necessidade de atualizar conhecimentos e práticas pode ser um obstáculo, uma vez que muitos gestores estão acostumados com o antigo regime e podem enfrentar dificuldades para se adaptar às novas exigências. A capacitação contínua é crucial para evitar erros e garantir a condução eficaz dos processos licitatórios.

José Paulo Nardoni destaca, neste contexto, que

estampada está a necessidade de profissionalização dos agentes públicos responsáveis pelas contratações, personificados na figura do Agente de Contratação, mais uma medida em busca de uma gestão de competência, por meio da compatibilidade das atribuições do cargo, da formação do profissional, a segregação de funções e também pela certificação profissional, aspecto que certamente muito valorizará a atuação e importância das Escolas de Governo, que deverão assumir fundamental papel na concessão de tais certificações.²⁸

Ademais, Pedro Alem Santinho traz à luz a discussão sobre a necessidade de estabelecer uma relação transparente e justa com os fornecedores do mercado, e como somente uma mudança de mentalidade pode trazer melhores resultados ao processo de contratação, dizendo que

a interação com o mercado busca evitar assimetrias de informações e promover uma competição saudável entre os participantes. A implementação de um catálogo eletrônico de documentos também simplifica e agiliza o processo, eliminando a exigência de documentos desnecessários e focando nos aspectos essenciais da contratação.

A governança não se trata apenas de cumprir regras e regulamentos, mas de alcançar resultados efetivos e entregar valor à sociedade. Isso implica em uma mudança de mentalidade, priorizando a eficiência, a qualidade e a transparência em todas as etapas do processo de contratação. A nova lei coloca em foco a importância da gestão de riscos, da sustentabilidade e da busca por melhores resultados para a administração pública e para a sociedade como um todo.²⁹

No mais, a adequação dos sistemas tecnológicos representa outra adversidade relevante. A Lei nº 14.133/21³⁰ enfatiza a digitalização e a utilização de ferramentas como o Portal de Compras Governamentais, que visa centralizar e facilitar o acesso às informações sobre

²⁷ BRASIL, ref. 12.

²⁸ NARDONI, José Paulo. **Desafios e oportunidades do primeiro ano da nova Lei de Licitações e Contratos**. Disponível em: <<https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-desafios-e-oportunidades-primeiro-ano-nova-lei-licitacoes-e-contratos>>. Acesso em: 13 set. 2024.

²⁹ JUSBRASIL. **A Nova Lei de Licitações e Contratos: Desafios e Importância da Governança**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-desafios-e-importancia-da-governanca/1928178502#:~:text=Um%20dos%20principais%20desafios%20que,e%20atualiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20procedimentos%20internos>>. Acesso em: 13 set. 2024.

³⁰ BRASIL, ref. 12.



licitações e contratos. Contudo, a integração desses novos procedimentos com os sistemas existentes requer investimentos significativos e pode enfrentar problemas técnicos e atrasos.

Além disso, embora a Lei nº 14.133/21³¹ tenha a intenção de simplificar e tornar mais eficiente o processo de licitações, a própria complexidade das novas disposições pode criar dificuldades na aplicação prática.

A fiscalização e o controle também enfrentam desafios com a nova legislação. A adaptação dos órgãos de controle e fiscalização às novas regras é necessária para garantir que a lei seja aplicada de forma adequada e eficaz. Isso exige investimentos em treinamento e atualização dos processos de controle para acompanhar a evolução da legislação e assegurar a conformidade.

A nova legislação enfrenta também críticas relacionadas à burocracia. Alguns requisitos podem levar a um aumento nos tempos de processamento e a formalidades excessivas, prejudicando a eficiência do processo licitatório. A necessidade de equilibrar maior segurança jurídica com a redução de fraudes e a simplificação dos procedimentos representa um dilema importante.

No que diz respeito às micro e pequenas empresas, a Lei nº 14.133/21³² mantém alguns benefícios previstos pela Lei Complementar 123/06³³, mas limita outros. Enquanto a atual legislação visa facilitar a participação dessas empresas, é crucial monitorar sua implementação para evitar desequilíbrios no processo concorrencial.

A integração da Lei nº 14.133/21³⁴ com outras normas e legislações, como as leis de responsabilidade fiscal e as normas gerais de finanças públicas, é um desafio adicional. A harmonização entre a nova lei e outras regulamentações pode ser complexa e requer um trabalho cuidadoso para evitar conflitos e garantir o cumprimento adequado de todas as normas.

Por fim, de forma prática, pesquisas vêm demonstrando que os órgãos de nível municipal estão enfrentando problemas ao implementar a nova legislação. Dayanne Reis salienta que

³¹ BRASIL, ref. 12.

³² BRASIL, ref. 12.

³³ BRASIL. **Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.** Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm?origin=instituicao. Acesso em: 11 set. 2024.

³⁴ BRASIL, ref. 12.

os Órgãos de nível municipal têm apresentado notável dificuldade em relação à regulamentação e implementação da NLLC conforme demonstrado pela literatura e ratificado pela pesquisa realizada pela Confederação Nacional de Municípios (CNM) com os municípios brasileiros em março de 2023 durante a 24ª Marcha à Brasília em Defesa dos Municípios (já mencionada em tópico anterior). Segundo informações obtidas pela pesquisa conduzida pela CNM, mais de 70% dos municípios respondentes não haviam realizado licitações com base na NLLC até março de 2023, sendo que dos 18 que já realizaram, mais de 80% eram referentes a processos de Dispensa de Licitação, o que pode ser justificado pelo aumento expressivo dos limites¹⁰ atribuídos a esse tipo de contratação. Para os Órgãos de menor porte, essa alteração mostrou-se interessante considerando que, por vezes, os atuais valores podem cobrir serviços e aquisições de vulto consideráveis, em menor tempo, se comparado ao período necessário à realização de uma licitação.³⁵

Em resumo, a Lei nº 14.133/21³⁶ representa uma reforma significativa que traz avanços importantes e desafiadores para a administração pública, prometendo maior eficiência, transparência e qualidade nos processos de licitação e contratação. No entanto, sua implementação exige esforços consideráveis para superar obstáculos relacionados à capacitação dos profissionais, adequação dos sistemas tecnológicos, promoção da transparência, superação da resistência às mudanças, compreensão das novas regras, fortalecimento da fiscalização e integração com outras normas.

CONCLUSÃO

A pesquisa bibliográfica demonstrou que a trajetória das leis de licitação no Brasil revela uma evolução significativa em busca de maior eficiência, transparência e adaptabilidade na administração pública. Desde o período militar, com a criação do Decreto-Lei nº 200/1967, até a promulgação da Lei nº 14.133/21, o sistema de licitações tem passado por diversas reformas que refletem a necessidade de acompanhar as mudanças sociais, econômicas e tecnológicas.

A Lei nº 8.666/93 marcou um avanço crucial ao consolidar e detalhar os processos licitatórios, estabelecendo um marco legal que promoveu maior formalização e controle.

Com o tempo, a rigidez e a desatualização dessa lei evidenciaram a necessidade de modernização. A Lei nº 13.979/18 introduziu medidas emergenciais, como as flexibilizações necessárias durante a pandemia, e a Lei nº 14.133/21 veio para aprofundar essa modernização, trazendo inovações significativas, como o diálogo competitivo, a digitalização dos processos e a centralização das informações no Portal Nacional de Compras Públicas.

³⁵ REIS, Dayanne Mara Alves Silva. As principais alterações instituídas pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e seus desafios para a gestão pública municipal. **Repositório Institucional do Ministério da Educação**. 2023.

³⁶ BRASIL, ref. 12.



Essas inovações visam tornar os processos de contratação mais ágeis e eficientes, além de promover maior transparência e controle social. A nova legislação introduz importantes mudanças nos procedimentos de licitação e contratos, como a reformulação das modalidades e a introdução de novas ferramentas de planejamento e avaliação. Entretanto, a implementação da Lei nº 14.133/21 enfrenta desafios consideráveis, incluindo a necessidade de capacitação contínua dos servidores, a adaptação dos sistemas tecnológicos e a superação da resistência à mudança.

Além disso, a integração da nova lei com outras normas e a adequação dos órgãos de menor porte, como os municipais, são questões que ainda precisam ser adequadamente endereçadas. A eficácia da nova legislação dependerá de um esforço coordenado para superar esses desafios e garantir que as inovações propostas sejam plenamente implementadas e adaptadas às realidades práticas da administração pública.

Em suma, a trajetória das leis de licitação no Brasil evidencia uma constante busca por aprimoramento no gerenciamento das contratações públicas. A Lei nº 14.133/21 representa um avanço significativo, mas sua implementação bem-sucedida requer um compromisso contínuo com a modernização dos processos, a capacitação dos profissionais e a promoção da transparência e eficiência na administração pública.

REFERÊNCIAS

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: 12 set.2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Brasília, Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Brasília, Presidência da República, 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm?origin=instituicao. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. **Lei 5.546, de 20 de junho de 1968**. Brasília, Presidência da República, 1968. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/15456.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%205.456%2C%20DE%2020%20DE%20JUNHO%20DE%201968.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20aos,Administrativa%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Brasília, Presidência da República, 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 11 set. 2024

BRASIL. **Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.** Brasília, Presidência da República, 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021.** Brasília, Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.** Brasília, Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm?origin=instituicao. Acesso em: 11 set. 2024.

LOBÃO, Josiane Cristina da Silva. **A influência do contexto organizacional no desempenho das compras públicas na UFBA.** 2015. 96f. Dissertação (Mestrado em Estudos Interdisciplinares sobre a Universidade) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/18564/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20JOSIANE%20LOB%C3%83O.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2024.

MATOS, Marilene Carneiros. ALVES, Felipe Dalenogare. AMORIM, Rafael Amorim de. (organizadores). **Nova Lei de licitações e contratos - Lei nº 14.133/2021:** debates, perspectivas e desafios. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2023. E-book. Disponível em: https://livraria.camara.leg.br/upload/403_Nova-lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-ontratos_pdfweb.pdf Acesso em: 29 ago. de 2024.

NARDONI, José Paulo. **Desafios e oportunidades do primeiro ano da nova Lei de Licitações e Contratos.** Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-desafios-e-oportunidades-primeiro-ano-nova-lei-licitacoes-e-contratos>. Acesso em: 13 set. 2024.

PAULA, Rodrigo Francisco de. Administração pública e o incentivo à inovação na nova lei de licitações: reflexões sobre um novo paradigma para o controle das contratações públicas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – RTCE/SC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 101-120, maio/out. 2023. DOI: 10.52028/tce-sc.v01.i01.ART05.ES

PINTO, Vera Regina Ramos. Um breve histórico sobre inovações em compras e licitações públicas no Brasil. **Brazilian Journal of Development.** Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/15862>. Acesso em: 16 ago. 2024.

REIS, Dayanne Mara Alves Silva. As principais alterações instituídas pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e seus desafios para a gestão pública municipal. **Repositório Institucional do Ministério da Educação.** 2023. Disponível em: <https://repositorio.ifes.edu.br/handle/123456789/3802?locale-attribute=es>. Acesso em: 27 nov. 2024.



RIBEIRO, Cássio Garcia. JUNIOR, Edmundo Inacio. O MERCADO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS BRASILEIRO (2006-2017): MENSURAÇÃO E ANÁLISE, 2019.

Repositório IPEA. Disponível em:

https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso em: 13 set. 2024

apud KASHAP, S. Public procurement as a social, economic and political policy. In:

INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT CONFERENCE, 1., 2004, Fort Lauderdale, Florida. Anais... Fort Lauderdale: IPPC, 2004. v. 3, p. 133-147.

SANTINHO, Pedro Alem. **A Nova Lei de Licitações e Contratos: Desafios e Importância da Governança**. Jusbrasil, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-desafios-e-importancia-da-governanca/1928178502#:~:text=Um%20dos%20principais%20desafios%20que,e%20atualiza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20procedimentos%20internos>. Acesso em: 13 set. 2024.

VIEIRA, Rosângela de Lima (org.). **Ecos da ditadura na sociedade brasileira (1964-2014)**.

Marília: Oficina Universitária, São Paulo, Cultura Acadêmica, 2014. E-book. Disponível

em: chromeextension://efaidnbmninnibpcapglefindmkaj/https://www.marilia.unesp.br/Home/Publicacoes/ecos-da-ditadura_ebook.pdf. Acesso em: 16 jul. 2024.

O PAPEL DO PROCESSO ESTRUTURANTE NA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO INDUTORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Maria Luiza Pereira

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

Resumo – A necessidade de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário culminou no surgimento do que se denomina processo estruturante. O processo estruturante pode ser considerado um processo civil essencialmente de interesse público, motivo pela qual exige uma postura cooperativa das partes envolvidas e mais ativa do juízo, notadamente ao buscar as medidas estruturantes mais adequadas para o litígio estruturante posto, em detrimento da lógica de um processo civil tradicional e privado. Partindo de tal premissa, o presente trabalho analisa o desenvolvimento da jurisprudência pátria acerca do assunto, perpassando pelas críticas pertinentes e alcançando a importância do processo estruturante na atuação da Defensoria Pública à luz de suas funções institucionais consagradas na Constituição Federal.

Palavras-chave – Tutela Processual Coletiva. Processos estruturantes. Direitos fundamentais.

Sumário – Introdução. 1. A constitucionalidade dos processos estruturantes. 2. A (in)eficiência do processo estruturante na promoção de políticas públicas 3. Processos estruturantes na atuação da Defensoria Pública enquanto instituição responsável pela defesa dos necessitados e pela promoção de direitos humanos. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Partindo da premissa que o processo civil tradicional é inadequado e insuficiente para a tutela coletiva de questões complexas, desenvolveu-se uma nova técnica no controle judicial de políticas públicas para serem usadas nos litígios de interesse público: os processos estruturantes, que, conseqüentemente, exigem a adoção de medidas estruturantes. Surge, portanto, a necessidade de repensar os instrumentos processuais nessas demandas que esbarram com a problemática da atuação direta do Poder Judiciário, notadamente em razão da separação dos poderes, além de questões de escassez de recursos e da resistência burocrática das estruturas públicas.

Em um processo judicial, portanto, os litígios estruturais são litígios coletivos que nascem a partir de uma estrutura pública, isto é, em razão da ausência ou do mau funcionamento dessa estrutura, em que pese consistir em uma política pública que a Constituição Federal garante a sua implementação e efetividade. A defasagem dessa estrutura, portanto, é a principal causa de um litígio estrutural, razão pela qual a solução deste litígio depende de uma alteração profunda



nessa estrutura, o que depende da atuação de diversos agentes. Assim, é a partir desses problemas estruturais que nascem os processos estruturantes ou estruturais.

Na realidade brasileira, os processos estruturantes têm sido utilizados constantemente na tentativa de implementação ou reestruturação de políticas públicas que garantem o exercício de direitos fundamentais. Todavia, a atuação em processos coletivos não é imune a críticas. Assim, o avanço desse modelo processual vem causando diversos questionamentos na doutrina e na jurisprudência sobre a possibilidade de efetivação de políticas públicas pela via judicial.

Nesse contexto, surge também o protagonismo da Defensoria Pública com uma atuação cada vez mais incisiva por meio de processos estruturantes. Sabe-se que esse meio de tutela coletiva busca justamente alterar um estado de ampla violação de direitos fundamentais, notadamente a partir do momento que se reconhece o dever do estado de rever essas estruturas violadoras. Por consequência, as pessoas afetadas por um litígio estrutural são justamente pessoas em situações de vulnerabilidades das mais diversas, uma vez que necessitam da efetivação de uma política pública. Daí que o processo estrutural se mostra como uma via útil e necessária para que a Defensoria Pública cumpra seu papel atribuído pela Constituição Federal.

Delineado esse contexto, no primeiro capítulo desta pesquisa pretende-se demonstrar brevemente o desenvolvimento dos processos estruturais na doutrina e, principalmente, na jurisprudência brasileira, bem como discorrer sobre suas principais peculiaridades e características. A partir desse conjunto, será defendida a tese da constitucionalidade dos processos estruturantes, uma vez que não há que se falar em usurpação da função constitucional atribuída ao Poder Executivo pelo Poder Judiciário.

No segundo capítulo, buscar-se trazer reflexões acerca da in(eficiência) do processo estruturante na promoção de políticas públicas. Primeiro, porque faltam técnicas processuais adequadas ao processo estruturante, que difere completamente da lógica individualista do processo civil comum. Ademais, a análise desses processos permite observar o quanto se prolongam no tempo, uma vez que a lide continua sendo resistida pelas partes e o cooperativismo deixado de lado.

Apesar da tutela coletiva não estar imune a críticas pertinentes, no terceiro capítulo é defendida a importância dos processos estruturantes na atuação da Defensoria Pública, enquanto instituição responsável pela defesa dos necessitados e pela promoção de direitos humanos. Assim, busca-se demonstrar a importância desse instrumento na tutela de direitos fundamentais de um amplo grupo de pessoas vulnerabilizadas.

Por fim, quanto à metodologia aplicada, essa pesquisa jurídica é desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo. Portanto, a abordagem do seu objeto será necessariamente qualitativa, uma vez que será analisada a bibliografia pertinente ao tema desenvolvido (legislação, doutrina e jurisprudência) para dar base e fundamento às teses propostas.

1. A CONSTITUCIONALIDADE DOS PROCESSOS ESTRUTURANTES

Os processos estruturantes partem da ideia de existência de um processo civil essencialmente de interesse público, ou seja, totalmente distinto do caráter individualista do processo civil comum. Dessa forma, as sentenças estruturantes são caracterizadas por atingir um elevado número de pessoas e por proferir mandamentos cuja execução é extremamente complexa, uma vez que exige a atuação direta de vários órgãos. Ademais, tais mandamentos se apresentam por meio de medidas interinstitucionais coordenadas para garantir a proteção de toda a população que está tendo seus direitos fundamentais violados, também chamadas de medidas estruturantes.

O Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou expressamente sobre a legitimidade do processo estruturante no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 635 (ADPF 635/RJ ou “ADPF das favelas”), ocasião em que a Corte Suprema reconheceu o estado de coisa inconstitucional na segurança pública do Rio de Janeiro, uma vez que detectadas falhas estruturais dos poderes públicos ensejadoras de um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais¹.

Na ação, ainda em trâmite, propõe-se que o Estado do Rio de Janeiro elabore um plano, com previsão de cronogramas e recursos específicos para que seja possível reduzir a letalidade policial e de controlar as violações de direitos humanos pelas forças de segurança, principalmente nas operações policiais que ocorrem rotineiramente nas periferias cariocas².

Em seu voto, o Ministro Relator ensina que esse tipo de arguição, ao admitir diversas medidas de natureza cautelar, instrumentaliza a jurisdição constitucional para o enfrentamento de litígios estruturais que, por sua vez, se configuram quando houver (i) uma violação generalizada

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 635**. Constitucional. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Omissão estrutural do poder público na adoção de medidas para a redução da letalidade policial. Violação de direitos humanos. Necessidade de interpretação de dispositivos constitucionais [...]. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 08 de agosto de 2024.

² BRASIL, ref. 1



de direitos humanos; (ii) uma omissão estrutural dos três poderes; e (iii) uma necessidade de solução complexa que exija a participação de todos os poderes³.

Sobre a omissão estrutural dos três poderes, o Ministro Relator ressalta que, no caso em análise, resta demonstrado que a omissão do Estado é de fácil comprovação, uma vez que definição de política pública exige a aprovação de atos normativos específicos. Ou seja, o Estado do Rio de Janeiro não juntou nenhum ato que concretamente delimitasse política pública de atuação própria das forças de segurança pública, caracterizada, portanto, a omissão do controle da utilização da força pelo Estado⁴.

Quanto à intervenção judicial em políticas públicas, o Ministro Relator destacou a necessidade da observação de parâmetros como a constatação da violação de direitos fundamentais de um grupo destinatários ou usuários de política ou serviço público, a verificação que isso ocorre por omissão prolongada e insustentável e a demonstração da urgência necessidade de intervenção. Ademais, ressalta que as decisões flexíveis, progressivas e graduais das demandas estruturais podem reafirmar a noção de que Judiciário, Executivo e Legislativo devem trabalhar de forma interdependente no reforço à democracia e na efetivação dos direitos fundamentais⁵.

Nesse cenário, surge, portanto, a necessidade de se revisitar a forma de ver e interpretar a teoria da separação de poderes⁶, de maneira que se reconheça que os processos estruturantes, na verdade, exigem uma atuação conjunta e cooperativa entre todos os poderes, sem que se viole a independência de um ou outro.

Não obstante o STF tenha apenas recentemente se pronunciado de maneira expressa sobre a legitimidade dos processos estruturantes, é certo que o debate na Corte Suprema sobre a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em temas que envolvam a formulação e execução de políticas públicas é antigo. Na emblemática ADPF nº 45, julgada em 2004, o STF enfrentou a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. A Corte Suprema ressaltou a inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, conforme é possível observar no voto do Ministro Relator

³ BRASIL, ref. 1, p. 30.

⁴ BRASIL, ref. 1, p. 59.

⁵ BRASIL, ref. 1, p. 182.

⁶ ARAÚJO, José Henrique Mouta. PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Processos estruturantes, ativismo judicial e separação de poderes**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-abr-27/opinioao-processos-estruturantes-ativismo-judicial/> Acesso em 07 ago. 2024.

Celso de Mello:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.⁷

Sobre a separação de poderes, o Ministro ressalta a necessidade de revisão de tal dogma em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais⁸.

É preciso considerar, ainda, que a doutrina tradicional vem cometendo um equívoco ao interpretar as normas constitucionais que estabelecem direitos sociais, colocando-as na classificação daquelas normas de caráter meramente programático. É certo que a eficácia dos direitos fundamentais sociais dependem de prestações materiais e dos recursos públicos disponíveis. Lado outro, a negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos⁹.

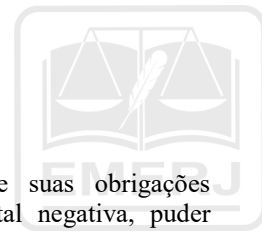
Como se vê, a Corte Constitucional ressalta a necessidade de ser cumprir todas as ordens constitucionais referentes a direitos fundamentais sociais, isto é, são mandamentos diretos, de eficácia plena e aplicação imediata, não sendo possível negar tal prestação com base em limitações orçamentárias:

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado"(...). Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" não pode ser invocada, pelo

⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 45-9** Distrito Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. [...] Min. Relator Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 07 ago. 2024. P. 6.

⁸ BRASIL, ref. 6.

⁹ BRASIL, ref. 6, p. 4



Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.¹⁰

O Poder Legislativo também já se mostrou atento a esse debate ao apresentar o Projeto de Lei 8.058/2014 que ainda tramita lentamente no Congresso Nacional e que se destina a regular “o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário”. O projeto descreve no parágrafo único do artigo 2º quais são as características no processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas:

Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:

- I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
- II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
- III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
- IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
- V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público; (...)¹¹

Por fim, ainda mais recentemente, o STF, reconheceu a repercussão geral do RE 684612, fixando o tema nº 698, onde foram analisados os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção¹². O acórdão julgado em agosto de 2023 fixou a seguinte tese:

“1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela

¹⁰ BRASIL, ref. 6, p. 4.

¹¹ BRASIL. Projeto de Lei 8.058/2014. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Situação: Aguardando Designação de Relator(a) na Comissão de Finanças e Tributação (CFT). Autor Paulo Teixeira - PT/SP. Apresentação: 04/11/2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=PL%208058/2014. Acesso em: 11 ago. 2024.

¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário 684612 Rio de Janeiro, Tema 698**. Direito constitucional e administrativo. Recurso extraordinário com repercussão geral. Intervenção do poder judiciário em políticas públicas. Direito social à saúde. Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso, 07 de agosto de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 07 ago. 2024. P. 3.

contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP)”.¹³

Nota-se, pois, que a Suprema Corte já consolidou o processo estrutural como método prioritário de intervenção judicial em políticas públicas. A legitimidade desse suposto “ativismo judicial” decorre não só da necessidade de se cumprir plenamente os mandamentos constitucionais que garantem direitos fundamentais sociais, mas também do próprio caráter estruturante do processo ao necessitar de um diálogo constitucional inclusivo e interinstitucional¹⁴.

2. A (INE)FICIÊNCIA DO PROCESSO ESTRUTURANTE NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A possibilidade de controle judicial de políticas públicas por meio de processos estruturantes, apesar de ainda questionada, é uma realidade já consolidada no atual panorama jurídico brasileiro¹⁵. Uma nova preocupação que surge, portanto, é a necessidade de conferir maior efetividade por meio de instrumentos processuais mais adequados para tais ações:

E, nessa preocupação, é fácil perceber que, na prática atual, o controle jurisdicional de políticas públicas é tratado com pueril irresponsabilidade. Irresponsabilidade não porque os juízes que atuam nesses processos ajam de modo incorreto, mas porque os instrumentos processuais empregados para esse controle são manifestamente inadequados. De fato, tanto demandas individuais, quanto o processo coletivo brasileiro atual, mostram-se flagrantemente insuficientes para dar vazão às necessidades de uma discussão jurisdicional minimamente satisfatória de políticas públicas.¹⁶

É possível observar que o processo estruturante exige um abandono por completo da lógica do processo civil comum. Assim, uma das maiores dificuldades na eficiência dos processos estruturantes é justamente romper com essa lógica individualista e com os institutos processuais tradicionais.

A técnica decisória do processo estruturante exige uma nova forma de pensar a atuação judicial que, na prática, pode ser difícil de se concretizar. É necessário um verdadeiro abandono de uma lógica processualista fundada essencialmente na lide e na pretensão resistida, tanto por parte

¹³ BRASIL, ref. 11.

¹⁴GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 37-75

¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017.

¹⁶ Ibidem.



do juízo quanto pelas próprias partes que integram a relação.

O poder coercitivo do magistrado precisa dar espaço a promoção de um forte cooperativismo, uma vez que todas as partes devem buscar e dispor esforços em prol de um mesmo objetivo. Ademais, em vez de uma postura passiva dos magistrados, o processo estruturante exige uma papel político capaz formular e/ou aprimorar políticas públicas protetivas e/ou concretizadoras de direitos fundamentais que estejam sofrendo grave e massiva violação¹⁷.

Por isso, é possível observar nas ações judiciais estruturantes uma grande dificuldade do julgador de abandonar a lógica processual binária (certo/errado ou procedência/improcedência), o que reforça a necessidade de se ter em conta que o padrão decisório das lides estruturantes não segue a mesma lógica das demandas ordinárias, demandando do magistrado a superação de diversos obstáculos¹⁸. Nas palavras do professor Sergio Arenhart:

As ações coletivas, por outro lado, também não representam resposta muito melhor. Isso porque, substancialmente, a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo “individual”, no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito.¹⁹

Sabe-se que a decisão estrutural é aquela que busca implantar uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos²⁰. Por essa perspectiva, a decisão judicial final de mérito deveria trazer conteúdo genérico e amplo, sem adentrar em especificidades maiores.

Segundo Edilson Vitorelli Diniz Lima, entretanto, percebeu-se que a emissão de ordens ao administrador, estabelecendo objetivos genéricos, não é suficiente para alcançar os resultados desejados. Ou o juiz se envolvia no cotidiano da instituição, cuidando de minúcias de seu

¹⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 195.

¹⁸ SIMÕES, Sandro Souza. FREITAS, Juliana. RANGEL, Camila de Paula. O processo estruturante como meio de alcance da igualdade formal: um caminho para o desenvolvimento. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 22 n. 128, p. 522-541, Out. 2020/Jan. 2021.

¹⁹ ARENHART, ref. 11.

²⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 4. p. 379.

funcionamento, ou teria que se conformar com a ineficácia de sua decisão²¹.

Sergio Aranhart explica que um procedimento que se destine à discussão de políticas públicas precisa da participação da sociedade, bem como a ampliação da latitude de cognição judicial, de modo a permitir que o Judiciário tome contato com todo o problema. Por essas razões, propõe a necessidade de redefinição da noção de contraditório: não pode limitar-se a partes de um conflito abstrato uma vez que exige a participação de toda coletividade, que deve ser viabilizada mediante o emprego de técnicas de representação adequada dos vários interesses e segmentos envolvidos.²²

Sob outra perspectiva, mas ainda seguindo a linha crítica, o professor Miguel Baldez sustenta que a judicialização da tutela coletiva é uma forma de reindividualizar programas ou políticas sociais que deveriam ser promovidas pelo Poder Executivo²³. Ou seja, o eixo central é deslocado para o Poder Judiciário, provocando um assenhoramento do estado em demandas que deveriam ser genuinamente sociais. Pela crítica extremamente pertinente do professor, não é no judiciário que os anseios da sociedade serão atendidos - tal pensamento é uma verdadeira ilusão:

Acesso à justiça, em suma, é a chave da democratização do processo: ou pela ampliação do campo do interesse juridicamente protegido, ou pela integração formal dos econômica e socialmente desprotegidos. Na primeira alternativa, direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos, acompanhando a evolução histórica do modo de produção capitalista, rompe o cerco que, desde os primórdios da formação burguesa do direito, aprisionara o interesse no conceito restrito de relação jurídica subjetiva. (...) Em obra específica, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, mesmo avançando em relação às formas procedimentais consagradas pelo direito burguês, não conseguem ultrapassar os limites formalísticos do processo em sua feição tradicional, nem tampouco confrontar o subjetivismo jurídico, fator promotor da sistemática de controle e dispersão das formas jurídicas (...)²⁴

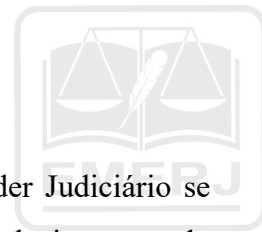
Um outro ponto a se considerar é que, ao observar o trâmite desses processos, a longa demora e a resistência da administração pública em adotar uma postura cooperativa são características marcantes. Isso porque, apesar da orientação consolidada do STF, os entes federativos continuam arguindo a tese da inconstitucionalidade por violação à separação dos poderes no bojo de processos estruturantes que visam a implementação ou o aprimoramento de uma política pública.

²¹ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional**. Curitiba, 2015. 719 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná, p. 579.

²² ARENHART, ref. 11.

²³ BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Notas sobre a democratização do processo. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 12, p. 13-23, 1998.

²⁴ Ibidem.



Continuam arguindo e insistindo na tese da impossibilidade do Poder Judiciário se imiscuir na formulação de políticas públicas, visto que tal atuação dependeria exclusivamente do Poder Executivo por meio de uma avaliação discricionária que envolve conveniência e oportunidade. Ademais, insistem também na tese da reserva do possível e da ausência de orçamento público, uma vez que não seria possível impor à Administração gastos que não se encontram previstos por qualquer dotação orçamentária.

Ou seja, a postura cooperativa raramente tem sido observada pelas partes envolvidas no processo estruturante. Por consequência, a postura de resistir à lide, adotada pela Administração Pública, aliada a mora e a ausência de adoção de técnicas processuais adequadas pelo próprio poder judiciário na condução desses processos estruturantes, contribuem para uma certa ineficiência de tais ações na promoção de políticas públicas e garantia de direitos fundamentais.

3. OS PROCESSOS ESTRUTURANTES NA ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA ENQUANTO INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL PELA DEFESA DOS NECESSITADOS E PELA PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Miguel Baldez²⁵ teceu críticas à tutela processual coletiva em um contexto em que a Defensoria Pública ainda era uma instituição pouquíssimo desenvolvida. Observa-se que a ampliação da sua atuação na tutela coletiva veio muito depois, principalmente com as Emendas Constitucionais nº 45 de 2004 e nº 80 de 2014, bem como com a alteração promovida pela Lei nº 11.448, de 2007 na Lei nº 7.347 de 1985, reformas legislativas responsáveis por alterar e ampliar substancialmente a atuação e o papel da Defensoria Pública.

Portanto, apesar das falhas e das necessárias melhorias no procedimento adotado durante um processo estruturante, seu papel essencial no bojo da atuação da Defensoria Pública, principalmente diante do atual cenário jurídico e político, tem se mostrado indiscutível na defesa de direitos humanos por meio da promoção e melhoria de políticas públicas já instituídas pela Constituição Federal, embora deficientes na prática.

Sabe-se que o art. 134 da Constituição Federal confere à Defensoria Pública o título de

²⁵ BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Notas sobre a democratização do processo. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 12, p. 13–23, 1998.

instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados²⁶.

No mesmo sentido, dispõe o art. 3º-A da Lei Complementar nº 80/94 que são objetivos da Defensoria Pública, entre outros, a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, bem como a prevalência e efetividade dos direitos humanos²⁷.

Ocorre que o processo estruturante busca justamente alterar um estado de ampla violação de direitos fundamentais, notadamente a partir do momento que se reconhece o dever do estado de rever essas estruturas violadoras. Por consequência, aqueles afetados por um litígio estrutural são aquelas pessoas em situações de vulnerabilidades das mais diversas, uma vez que necessitam da efetivação de uma política pública para viver com dignidade plena. Daí que o processo estrutural se mostra como uma via mais rápida, econômica, efetiva e que abarca um maior número de pessoas, para que a Defensoria Pública cumpra seu papel atribuído pela Constituição Federal.

Sabe-se que no ordenamento jurídico brasileiro a tutela coletiva de modo amplo pode ser exercida conforme as normas que formam o microsistema processual coletivo. Essa normativa se encontra principalmente na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor (artigos 81 a 104), e também na Consolidação das Leis do Trabalho, na Lei do Mandado de Segurança, na Lei da Ação Popular, na Lei de Improbidade Administrativa, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso, entre outros²⁸.

Para solucionar litígios estruturais, a Defensoria Pública vem cada vez mais optando pela promoção de processos estruturantes, instrumentalizados processualmente pela via da Ação Civil Pública, uma vez que essa permite uma cognição ampla, isto é, abarca a tutela de praticamente todos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, permite uma maior dilação probatória, bem como o diálogo cooperativo entre as partes envolvidas.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988.

²⁷ BRASIL. **Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. DF: Presidente da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm Acesso em: 09 set. 2024.

²⁸ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 43, v. 284, p. 333-369, 2018.



São inúmeras e diversas as Ações Civis Públicas distribuídas pela Defensoria Pública nesse sentido²⁹. Essas ações visam tutelar direitos fundamentais como saúde, educação, moradia, transporte, dentre outros, e, obviamente, em razão de sua função institucional, tutelam aqueles direitos das pessoas hipossuficientes economicamente ou em situação de vulnerabilidade, como crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência, mulheres, consumidores, entre outras.

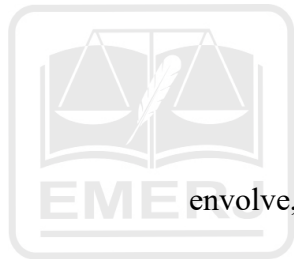
A título exemplificativo, no início do ano de 2023 a Defensoria Pública do Rio de Janeiro, por meio do Núcleo de Defesa do Direito do Consumidor (NUDECON) e do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos (NUDEDH), ajuizou uma Ação Civil Pública (processo nº 0833043-81.2023.8.19.0001 – TJRJ). para pleitear a isenção total da tarifa de água para pessoas hipossuficientes e beneficiárias do Cadastro Único de Programas Sociais (CadÚnico)³⁰.

Como se observa, essa ação visa a implementação de uma política pública específica ainda inexistente para garantir às pessoas hipossuficientes economicamente o acesso à água, aqui considerada um mínimo vital, isto é, o mínimo que a vida humana precisa para existir. Ou seja, pretende-se a adoção de uma política pública que visa resguardar, ao fim, o direito à saúde e à vida, o que demonstra a importância e a essencialidade da atuação da Defensoria Pública para induzir a implementação de políticas públicas por meio de processos estruturantes, principalmente enquanto instituição responsável pela defesa dos necessitados e pela promoção de direitos humanos .

Como partes, foram incluídos no polo passivo da demanda, além do Estado do Rio de Janeiro, o Instituto Rio Metrópole, a Agência Reguladora de Saneamento Básico e Energia do Estado do Rio de Janeiro, a Companhia Estadual de Água e Esgoto, a AEGEA Saneamento e Participações S.A. (Águas do Rio), o Iguá Projetos S.A. e o Saneamento Ambiental Águas do Brasil S.A. (Águas do Brasil). Isso demonstra a ampla necessidade de uma postura cooperativa por meio de um diálogo interinstitucional e intersetorial para a solução de uma demanda estrutural, que

²⁹ São exemplos de Ações Civis Públicas ajuizadas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro visando a resolução de um litígio estrutural: Ação Civil Pública nº 0152433-15.2022.8.19.0001 (trata do direito à informação acerca das políticas públicas de assistência social); Ação Civil Pública nº 0071029-10.2020.8.19.0001 (trata do direito à saúde no contexto emergencial causado pela pandemia do Covid-19); Ação Civil Pública nº 0174063-69.2018.8.19.0001 (trata das condições de saúde nas unidades prisionais do Estado do Rio de Janeiro); Ação Civil Pública nº 0093472-52.2020.8.19.0001 (trata do direito à alimentação escolar de crianças e adolescentes na rede pública de ensino); Ação Civil Pública nº 0208415-24.2016.8.19.0001 (trata do pagamento mensal aos cadastrados do benefício assistencial conhecido como “aluguel social” no Programa Morar Seguro); Ação Civil Pública nº 0003234-87.2022.8.19.0042 e 0131474-38.2013.8.19.0001 (tratam da tutela do direito à moradia); Ação Civil Pública nº 0410810-73.2014.8.19.0001 (trata do direito dos presos ao banho de sol e à prática de atividades recreativas no âmbito do sistema carcerário do Estado do Rio de Janeiro); Ação Civil Pública nº 0047812-35.2020.8.19.0001 (trata do direito a educação a partir do número de vagas na rede pública de educação do Estado do Rio de Janeiro).

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). **Ação Civil Públicas (ACP) nº 0833043-81.2023.8.19.0001**. Ajuizada em 22 de março de 2023 - 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital - Estado do Rio de Janeiro.



envolve, inclusive, pessoas jurídicas de direito privado.

Por fim, é preciso lembrar que a importância dos processos estruturantes se consubstancia não só na defesa de direitos materiais de grupos vulnerabilizados, mas também na garantia do direito fundamental de acesso à justiça³¹, uma vez que se trata de um estado de coisa violadora de direitos que se irradia para uma ampla coletividade de tal maneira que, individualmente, seria impossível se exercer uma tutela efetiva.

A partir da necessidade de se garantir o acesso à justiça e os direitos dos vulneráveis, foi editada, durante a XIV Cúpula Judicial Ibero-americana, realizada em Brasília em 2008, a declaração das “Regras de Brasília sobre ao acesso à justiça de pessoas em condição de vulnerabilidade”, ou somente “100 regras de Brasília”³².

Segundo sua exposição de motivos, o sistema judicial deve configurar-se como um instrumento para a defesa efetiva dos direitos das pessoas em condição de vulnerabilidade. Pouca utilidade tem que o Estado reconheça formalmente um direito se o seu titular não pode aceder de forma efetiva ao sistema de justiça para obter a tutela do dito direito³³.

Continua a exposição afirmando que a dificuldade de garantir a eficácia dos direitos afeta com carácter geral todos os âmbitos da política pública e é ainda maior quando se trata de pessoas em condição de vulnerabilidade dado que estas encontram obstáculos maiores para o seu exercício. Por isso, dever-se-á levar a cabo uma atuação mais intensa para vencer, eliminar ou mitigar as ditas limitações³⁴.

Nesse contexto, os processos estruturantes têm se tornado essenciais para dar maior efetividade ao sistema de justiça na medida em que proporcionam acesso à justiça às pessoas em situação de vulnerabilidade, por meio de uma proteção ampla de seus direitos fundamentais. Isso porque permitem que um elevado número de pessoas, muitas vezes até indeterminável, tenha acesso a direitos por meio da implementação de uma política pública que, se fossem pleitear de maneira individual ao judiciário, provavelmente não obteriam êxito ou sequer conseguiriam efetivamente iniciar a demanda.

³¹ CF, Art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 ago. 2024.

³² CUMBRE JUDICIÁRIA IBERO-AMERICANA. **Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade**. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2024.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.



Ante todo o exposto, uma vez que a Defensoria Pública é constitucionalmente desenhada como uma instituição democrática, permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cuja função principal permeia a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais coletivos dos necessitados, é legítima e necessária a sua atuação ativa na promoção de políticas públicas por meio dos processos estruturantes.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal já consolidou, por meio de diversas ações, a constitucionalidade e legitimidade do processo estruturante para discutir políticas públicas pela via judicial. Para além disso, pode-se afirmar que o processo estruturante se torna o método prioritário de intervenção judicial em políticas públicas.

O próprio Poder Legislativo sinaliza para o reconhecimento e positivação desse do processo estruturante por meio do Projeto de Lei nº 8.058/14, que visa instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, ainda em trâmite no Congresso Nacional.

Dessa forma, eventuais alegações acerca de limitações orçamentárias também não devem prosperar quando se trata de demanda estruturais que visam garantir direitos fundamentais e perpassam pelo núcleo duro da dignidade da pessoa humana. Ou seja, devem ser cumpridas todas as ordens constitucionais referentes a garantias de direitos fundamentais sociais, uma vez que se trata de mandamentos diretos, de eficácia plena e de aplicabilidade imediata.

Por consequência, também não mais deve ser considerada a tese de que processos estruturantes estariam violando o princípio da separação dos poderes. Em se tratando de mandamentos constitucionais de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, cabe também ao Poder Judiciário garantir que sejam devidamente observados e cumpridos pelas esferas administrativas responsáveis.

É certo que ainda falta o desenvolvimento de uma teoria mais consistente acerca desse novo instrumento processual. O atual sistema processual brasileiro ainda deixa o processo estruturante à mercê de uma lógica processualista privada e bifronte, que se mostra inadequada e ineficiência para solucionar litígios estruturais.

É preciso redefinir a noção que se tem de contraditório, uma vez que o processo

estruturante não pode ser limitado a partes de um conflito abstrato colocadas em sentidos opostos, ou seja, é exigida a postura cooperativa e a participação de toda a coletividade, que pode ocorrer por meio de técnicas de representação. Além disso, o processo estruturante exige uma postura mais ativa do juízo, que precisa conhecer de forma mais aprofundada aquela realidade para que seja capaz de determinar a implementação de medidas estruturantes.

Todavia, em que pese tais obstáculos que ainda carecem de superação, o papel do processo estruturante tem se mostrado fundamental para a Defensoria Pública no exercício de suas funções institucionais, sobretudo quando se depara com a necessidade de promover uma tutela coletiva mais complexa, que envolve demandas estruturais como a promoção ou o melhoramento de uma política pública prevista na Constituição Federal.

Observou-se que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, principalmente por meio de seus núcleos de atuação estratégica, vem promovendo o ajuizamento de diversas ações civis públicas que visam solucionar problemas estruturais relacionados a direitos fundamentais como saúde, educação, moradia, transporte, dentre outros, em prol das pessoas hipossuficientes economicamente ou em situação de vulnerabilidade social ou jurídica. Essa tutela surge a partir da verificação da necessidade da implementação ou melhoramento de uma política pública em que sua ausência ou defasagem implica em um estado de violação massiva e irradiada de direitos humanos.

Outrossim, além de tutelar diversos direitos fundamentais sociais que garantem a dignidade da pessoa humana, a Defensoria Pública também é responsável por garantir o direito fundamental do acesso à justiça. Esse direito ao acesso à justiça tem como um dos seus aspectos o direito a uma tutela efetiva e adequada para a demanda e, aqui, entra a importância do processo estruturante como o meio mais adequado para se solucionar um litígio que exige uma mudança complexa e estrutural.

Assim, é possível concluir que o processo estruturante, apesar das críticas pertinentes e muitas vezes necessárias, se mostra como um instrumento constitucional, democrático e essencial para que a Defensoria Pública atue como indutora de políticas públicas, cumprindo sua função constitucionalmente atribuída de garantir o acesso à justiça, a defesa dos necessitados e a promoção de direitos humanos.



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Processos estruturantes, ativismo judicial e separação de poderes.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-abr-27/opiniao-processos-estruturantes-ativismo-judicial/> Acesso em 07 ago. 2024.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Notas sobre a democratização do processo. **Revista de Direito da Defensoria Pública**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 12, p. 13–23, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994.** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. DF: Presidente da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm Acesso em: 09 set. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.058/2014.** Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Situação: Aguardando Designação de Relator(a) na Comissão de Finanças e Tributação (CFT). Autor Paulo Teixeira - PT/SP. Apresentação: 04/11/2014. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1283918&filename=P L%208058/2014 Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 635.** Constitucional. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Omissão estrutural do poder público na adoção de medidas para a redução da letalidade policial. Violação de direitos humanos. Necessidade de interpretação de dispositivos constitucionais [...]. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno, 18 de agosto de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 08 de agosto de 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) nº 45-9 Distrito Federal.** Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. [...] Min. Relator Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 07 ago. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário 684612 Rio de Janeiro, Tema 698.** Direito constitucional e administrativo. Recurso extraordinário com repercussão geral. Intervenção do poder judiciário em políticas públicas. Direito social à saúde. Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso, 07 de agosto de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 07 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). **Ação Civil Pública (ACP) nº 0833043-81.2023.8.19.0001.** Ajuizada em 22 de março de 2023 - 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital - Estado do Rio de Janeiro.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CUMBRE JUDICIÁRIA IBERO-AMERICANA. **Regras de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade.** Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2024.

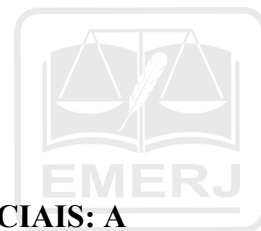
DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo.** 10. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, v. 4, 2016.

GARGARELLA, Roberto. O novo constitucionalismo dialógico, frente ao sistema de freios e contrapesos. In: VIEIRA, José Ribas; LACOMBE, Margarida; LEGALE, Siddharta. **Jurisdição constitucional e direito constitucional internacional.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional.** Curitiba, 2015. 719 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Paraná.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo.** São Paulo: RT, ano 43, v. 284, p. 333-369, 2018.

SIMÕES, Sandro Souza. FREITAS, Juliana. RANGEL, Camila de Paula. O processo estruturante como meio de alcance da igualdade formal: um caminho para o desenvolvimento. **Revista Jurídica da Presidência.** Brasília v. 22 n. 128, p. 522-541, Out. 2020/Jan. 2021.



O USO DE VESTIMENTAS RELIGIOSAS EM DOCUMENTOS OFICIAIS: A LIBERDADE RELIGIOSA NO SEIO DA SEGURANÇA PÚBLICA E O DIREITO À LIBERDADE INTRINSECAMENTE LIGADO AO DIREITO CIVIL E À CONSTITUIÇÃO

Maria Natália Guimarães Mariano de Oliveira

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Advogada.

Resumo – Recentemente em pauta no Supremo Tribunal Federal, discutiu-se a questão do uso de vestimentas religiosas em foto de documento de identificação, em que itens de vestuário ou acessório que cubra todo o rosto e parte dele possa ser proibido. Suscitando assim a questão ligada ao direito à imagem e à segurança pública. Tratando o tema, investigou-se se haveria um direito sobejante em relação ao outro. É importante considerar o constrangimento que pessoas religiosas podem sentir ao serem obrigadas a remover seus acessórios, explicando assim o direito de religião relacionado à intolerância. Em que momento a segurança pública deve prevalecer, se realmente é viável identificar uma pessoa cujo rosto está completamente coberto.

Palavras-chave – Direito à imagem. Segurança Pública. Direito à religião. Vestimentas religiosas.

Sumário – Introdução. 1. A controvérsia entre a segurança pública e o direito à liberdade. 2. Os limites ao uso de trajes e símbolos religiosos e a violação ao direito à imagem segundo o ordenamento jurídico brasileiro. 3. Repercussão Geral do Tema 1086. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa a relação dos direitos ligados na Constituição Federal, dentre eles, é imprescindível destacar o direito à imagem e a liberdade religiosa, na qual traz um contraponto com a segurança pública. Trata-se de documentos oficiais relacionados à fotografia, os quais especificam como o indivíduo deve se comportar e vestir-se durante a captura da imagem.

O trabalho aborda o uso de vestimentas religiosas em documentos oficiais, destacando a ponderação entre direitos fundamentais relacionados a esse tema. Isso inclui direitos de imagem, direitos personalíssimos, bem como uma análise da expressão da identidade religiosa através do corpo humano, com reflexos na dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista a reconhecida condição do direito à crença pautado no combate a intolerância religiosa, a questão vem à tona com peculiaridades relacionadas à segurança estatal, estendendo a que ponto tecnologias são capazes e eficientes em reconhecer e detectar uma pessoa.



De modo que, o ordenamento jurídico pátrio não trata de questão dessa natureza. Deve-se buscar ideais e comparações com outros países para proporcionar uma justa adequação.

O objetivo é debater os direitos correlatos que devem ser considerados na decisão de utilizar ou não vestimentas em documentos oficiais com fotografia, além de examinar em que medida isso pode violar direitos coletivos e individuais. Também pretende-se abordar os princípios ligados ao tema, como a dignidade da pessoa humana, questões culturais e liberdade de crença.

Demonstrar a secularidade do Estado, assegurar políticas concernentes ao uso de vestimentas religiosas em documentos oficiais, promover a equidade e evitar discriminação com base na religião. Isso implica estabelecer diretrizes claras e imparciais que permitam o uso de vestimentas religiosas sem preconceitos ou favorecimentos religiosos.

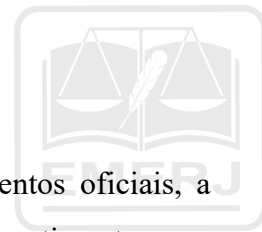
Ainda, examinar os direitos fundamentais em conflito, a fim de determinar qual prevalece em relação ao assunto em questão. Reconhecer a diversidade cultural e religiosa da sociedade. Advogar pela implementação de um novo sistema de segurança para facilitar o uso apropriado de vestimentas religiosas.

Os direitos fundamentais, como a liberdade religiosa e a segurança pública, são pilares da nossa sociedade. No entanto, surge uma divergência quando se trata da identificação civil e da utilização de vestimentas religiosas em documentos oficiais.

Essa questão complexa envolve diversos direitos e levanta questionamentos importantes. O uso de vestimentas religiosas em documentos oficiais é regulamentado de forma variável, de acordo com as normas e práticas específicas de cada país ou instituição. Essa discricionariedade gera uma lacuna na segurança jurídica, pois alguns estados autorizam o uso de tais vestimentas, enquanto outros o proíbem.

Existem argumentos a favor e contra o uso de vestimentas religiosas em documentos oficiais. Os argumentos a favor incluem a liberdade de expressão religiosa, o direito à identidade cultural e à autodeterminação, e o respeito à diversidade e à pluralidade religiosa. Já os argumentos contra se baseiam na necessidade de clareza na identificação do indivíduo, em preocupações com segurança e fraude documental, e em possíveis conflitos com normas e práticas de outros países.

A análise de casos específicos, como passaportes e documentos de identificação, demonstra a complexa natureza da questão. A busca por um equilíbrio entre a liberdade religiosa e o direito à segurança pública é fundamental. Isso pode ser feito através de medidas como a adoção



de critérios objetivos para avaliar o uso de vestimentas religiosas em documentos oficiais, a implementação de tecnologias de reconhecimento facial compatíveis com tais vestimentas, e a promoção do diálogo inter-religioso e da tolerância.

Em última análise, a questão da identificação civil e da utilização de vestimentas religiosas exige uma análise cuidadosa e ponderada, buscando um equilíbrio entre os direitos fundamentais envolvidos. Ademais, como a prática é usada em outros países do continente, estabelecendo diretrizes.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho no qual apresenta a controvérsia entre a segurança pública e o direito à liberdade tratando se há uma preponderância entre tais direitos, e como deve tratar, ligado a direitos da personalidade, que são aqueles que afirmam ou possibilitam a expansão da personalidade no contexto social. Estes direitos incluem o direito à educação, ao trabalho, à moradia e ao lazer. Eles têm como objetivo promover a igualdade social e, em conjunto com os direitos culturais e econômicos, são conhecidos como direitos fundamentais de segunda geração.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, os limites ao uso de trajes e símbolos religiosos e a violação ao direito a imagem segundo o ordenamento jurídico brasileiro, em que busca equilibrar a liberdade de expressão religiosa e a proteção do direito à imagem por meio de análises casuísticas, sempre orientadas pelos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e dignidade humana.

O terceiro capítulo pesquisa o direito a imagem como bem para o direito, ou seja, a salvaguarda intelectual da imagem não se limita apenas à representação física da pessoa, mas também abrange características atribuídas a ela e percebidas pela sociedade. Bem como trata da repercussão geral do tema 1086.

A pesquisa será desenvolvida pelos métodos qualitativos e quantitativo, ao combinar os métodos há uma compreensão mais completa e abrangente, incluindo dessa forma perspectivas das partes interessadas, comparação internacional e estudo de caso.

1. A CONTROVÉRSIA ENTRE A SEGURANÇA PÚBLICA E O DIREITO À LIBERDADE

Faz-se extremamente importante correlacionar o direito à liberdade religiosa, de modo que



é estipulado e defendido pela Constituição Federal. Diferentemente de diversas outras nações, o Brasil adota uma postura que valoriza a liberdade de escolha religiosa, assegurando constitucionalmente o direito de cada indivíduo de optar livremente por sua religião. Esse direito encontra-se garantido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo regido pelo princípio dos Direitos Humanos.

A liberdade religiosa é também um componente central dos direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948, reconhece em seu artigo 18, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, incluindo a liberdade de mudar de religião ou crença, de manifestar a religião individual ou coletivamente, em público ou em particular, através do culto, da prática, do ensino e da observância¹.

Sendo assim, vale destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), expressa em seu artigo 18 que “todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular”².

Esse reconhecimento internacional sublinha a importância da liberdade religiosa como um direito que transcende fronteiras culturais, políticas e sociais, sendo um elemento crucial para a dignidade humana e a paz social.

É importante mencionar tal dispositivo atrelado à Constituição Federal, pois a Declaração representa um avanço na definição do direito à liberdade de religião, visto que foi o primeiro tratado internacional de direitos humanos a obrigar os Estados, com o objetivo de proteger a livre manifestação religiosa contra discriminações e perseguições.

Isso porque, historicamente, casos de intolerância religiosa marcaram a sociedade e contribuíram para a segregação e a exclusão social, assim como para a formação de conflitos entre povos e grupos religiosos.

De modo que, uma das funções essenciais da liberdade religiosa é proteger os indivíduos contra a discriminação com base em suas crenças. Em uma sociedade pluralista, onde coexistem

¹ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 nov. 2024.

² *Ibidem*.



múltiplas religiões e convicções, a proteção contra a discriminação é fundamental para garantir que todos possam participar plenamente da vida social, econômica e política.

Com isso, é fundamental esclarecer que a liberdade religiosa está intrinsecamente ligada ao princípio da laicidade do Estado, o qual norteia o Estado no sentido de que não seja adotada ou favorecida nenhuma religião específica, garantindo a separação entre as instituições religiosas e as instituições governamentais. No Brasil, a laicidade do Estado é um princípio constitucional que assegura a neutralidade do Estado em relação às diferentes religiões, protegendo tanto a diversidade religiosa quanto a liberdade de não professar nenhuma fé.

Essa laicidade implica que o Estado deve tratar todas as religiões de forma igual, sem privilégios ou discriminações, garantindo que políticas públicas e decisões governamentais não sejam influenciadas por doutrinas religiosas. Entretanto, essa separação não deve ser confundida com hostilidade em relação à religião; ao contrário, a laicidade é um meio de assegurar que todos possam praticar sua fé livremente, sem imposições ou restrições arbitrárias.

Com isso atrelado a liberdade religiosa tem-se a importância do Estado Laico, em que descreve a professora Roseli Fischmann:

Assim, o caráter laico do Estado, que lhe permite separar-se e distinguir-se das religiões, oferece à esfera pública e à ordem social a possibilidade de convivência da diversidade e da pluralidade humana. Permite, também, a cada um dos seus, individualmente, a perspectiva da escolha de ser ou não crente, de associar-se ou não a uma ou outra instituição religiosa. E, decidindo por crer, ou tendo o apelo para tal, é a laicidade do Estado que garante, a cada um, a própria possibilidade da liberdade de escolher em que e como crer, enquanto é plenamente cidadão, em busca e no esforço de construção da igualdade.³

Nessa toada, com o trecho acima é necessário ter a observância sobre a reflexão da autora sobre a laicidade do Estado e a garantia da liberdade religiosa, que são princípios fundamentais para a convivência democrática e plural em uma sociedade. O trecho enfatiza como o caráter laico do Estado permite a escolha individual de crença ou não crença, preservando a dignidade e os direitos de cada cidadão.

Com isso, a liberdade religiosa, como um direito fundamental, engloba três dimensões essenciais: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa. Esse direito garante ao indivíduo tanto a possibilidade de escolher entre diferentes religiões quanto a

³ FISCHMANN, Roseli. Constituição brasileira, direitos humanos e educação. **Revista Brasileira de Educação**, v. 14, n. 40, p. 156-167, jan.-abr. 2009.

liberdade de optar por diversas crenças. A liberdade de crença, especificamente, assegura o direito de acreditar ou não em uma divindade. Por sua vez, a liberdade de organização religiosa compreende a criação, a ordenação, a estruturação interna e o funcionamento autônomo das instituições religiosas.

Dessa forma, vale destacar, Jónatas Machado que corrobora com este entendimento, expondo que:

O direito a liberdade religiosa pretende, fundamentalmente, recortar em torno de indivíduos e de grupos um preâmbulo de liberdade de opção e actuação religiosa que o Estado não pode vulnerar. Dele procedem, a um tempo, direitos subjectivos de defesa e normas definitórias de competências negativas estaduais.⁴

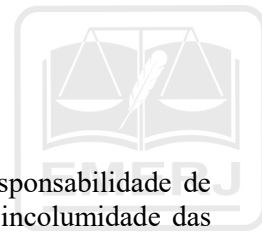
Através da liberdade religiosa, é possível assegurar a não discriminação, promovendo uma relação de igualdade entre o Estado e os indivíduos que compõem a sociedade. Dessa forma, o combate à discriminação é uma característica fundamental das democracias contemporâneas, pois uma sociedade democrática se distingue pela sua capacidade de promover processos inclusivos.

O desafio está em encontrar um equilíbrio adequado entre esses dois valores. O Estado deve garantir a segurança pública sem comprometer excessivamente os direitos individuais. A jurisprudência brasileira e internacional tem procurado esse equilíbrio. Em algumas situações, soluções como áreas reservadas para verificação de identidade por oficiais do mesmo gênero ou o uso de tecnologias que respeitem a privacidade e a identidade religiosa das pessoas podem ser adotadas para mitigar o conflito entre segurança e liberdade.

Concomitante a tal explanação, tem-se a segurança pública, que é um dever do Estado e um direito de todos os cidadãos, conforme estabelecido na Constituição Federal. Sendo um dos pilares fundamentais para o funcionamento de qualquer sociedade, essencial para garantir a ordem, a paz social e a proteção dos direitos dos cidadãos.

De maneira que, envolve um conjunto de políticas, ações e instituições destinadas a proteger as pessoas, prevenir e combater crimes, e garantir a aplicação da lei. No Brasil, a segurança pública é um dever do Estado, um direito e responsabilidade de todos, conforme estabelecido no artigo 144 da Constituição Federal de 1988, extrai-se com isso:

⁴ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **O Regime Concordatário Entre a Libertas Ecclesiae e a Liberdade Religiosa, Liberdade de Religião ou Liberdade da Igreja?**, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 45.



Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, sob a égide dos valores da cidadania e dos direitos humanos, através dos órgãos instituídos pela União e pelos Estados.⁵

Dessa maneira, tem-se que a segurança pública objetiva proteger a integridade física das pessoas, a ordem pública e a prevenção de crimes. Para cumprir tal papel de suma importância para o Estado, é possível implementar medidas que, em algumas circunstâncias, podem limitar certos direitos individuais, como a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, especialmente quando essas liberdades podem interferir na identificação segura de pessoas ou em procedimentos de controle.

Vale ressaltar que o conceito de segurança, enquanto direito humano fundamental, passou por transformações ao longo dos séculos. Originalmente, a segurança era entendida no âmbito individual, como um direito oponível ao Estado, inserido na primeira geração de direitos humanos, também conhecidos como direitos da liberdade ou liberdades públicas. Nesse contexto, a segurança representava o direito do indivíduo de resistir ao Estado, obrigando-o a não interferir em sua liberdade.

Contudo, com o tempo, o conceito de segurança evoluiu para abranger a terceira geração de direitos humanos, relacionados aos direitos da fraternidade e à solidariedade. Essa nova visão considera a segurança não apenas no âmbito individual, mas como um direito coletivo, relacionado à proteção de direitos difusos. Nesse sentido, a segurança pública passa a ser entendida como parte da busca pela paz, ultrapassando a ideia de segurança individual para se tornar uma preocupação com o bem-estar e a ordem social como um todo.

A liberdade de manifestar a religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições, senão as que, previstas na lei, constituiriam disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.⁶

Nessa esteira, o direito à segurança encontra suas próprias limitações, porque não é um valor absoluto. Segundo a lição de Manuel Monteiro Guedes Valente,

A segurança deve ser encarada como uma garantia real de gozo e do exercício pleno dos demais direitos e liberdades fundamentais e não tanto como um Direito autônomo. Desta

⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov.2024

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 148.

feita, a segurança (...) ancora uma dimensão negativa, apresenta-se como um direito subjetivo à segurança (direito de defesa perante as agressões dos poderes públicos) e em uma dimensão positiva, encerra em si um direito à proteção por parte dos serviços públicos contra as agressões de outrem.⁷

Com isso, um dos principais objetivos da segurança pública é a manutenção da ordem pública, ou seja, o estado de paz e tranquilidade necessário para que a sociedade funcione de maneira harmoniosa. Isso inclui a prevenção de desordens, tumultos, e outros distúrbios que possam ameaçar a segurança das pessoas e o funcionamento normal da vida em comunidade.

O conflito entre os ideais de segurança e liberdade tem raízes políticas, mas tende a adquirir um marco doutrinário que pode até envolver até mesmo os mais garantistas. Nesse sentido, é importante fazer uma advertência: embora a segurança seja um direito fundamental, conforme aponta Canotilho, ela não é um valor absoluto, devendo ser tratada mais como uma garantia do que como um direito autônomo. A segurança, portanto, deve ser vista como um direito que serve para assegurar os demais direitos.⁸

Embora exista uma tensão entre os dois conceitos mencionados, acredita-se que não há uma verdadeira antinomia entre uma política criminal eficaz e uma política garantista. Não se pode “fazer polícia” renunciando às liberdades fundamentais, pois estas têm primazia sobre o direito à segurança, funcionando como fundamentos da validade da segurança. Nesse contexto, a Convenção Americana de Direitos Humanos reflete essa ideia ao afirmar, no § 1º do art. 7º⁹, que toda pessoa tem, primeiramente, o direito à liberdade e, em seguida, o direito à segurança pessoal.

Com isso, o direito à liberdade, incluindo a liberdade religiosa, é um direito fundamental. Ele garante que os indivíduos possam expressar suas crenças, convicções e identidade de maneira plena, sem interferência indevida do Estado. O uso de vestimentas religiosas, como o hijab, o turbante ou outros símbolos, é uma expressão direta desse direito.

No entanto, quando o exercício desse direito entra em conflito com medidas de segurança pública, surge uma controvérsia. A questão central é até que ponto o Estado pode limitar o direito à liberdade religiosa para garantir a segurança de todos. Esse dilema é frequente em contextos em

⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial** – tomo I, Coimbra: Almedina, 2005, p. 212.

⁸ *Ibidem*, p. 214.

⁹ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.



que a identificação visual é essencial, como em aeroportos, em documentos de identificação ou durante procedimentos de segurança.

2. OS LIMITES AO USO DE TRAJES, SÍMBOLOS RELIGIOSOS E A VIOLAÇÃO AO DIREITO A IMAGEM SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O uso de trajes e símbolos religiosos, bem como a proteção do direito à imagem, são temas que se entrelaçam no ordenamento jurídico brasileiro, ambos protegidos como direitos fundamentais, mas que, em determinadas circunstâncias, podem enfrentar limites e conflitos.

O direito à imagem, protegido pela Constituição Federal e pelo Código Civil, assegura a cada indivíduo o controle sobre o uso de sua imagem, o que inclui a forma como é retratado publicamente, seja em fotografias, vídeos, ou quaisquer outras representações visuais. Assim como o direito à liberdade religiosa, o direito à imagem não é absoluto e pode ser limitado em certas circunstâncias.

A proteção ao direito à imagem está expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso X, que assegura a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas. A Constituição garante e estabelece o direito, de modo que a importância da proteção da imagem como um aspecto central da dignidade humana.

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:
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

Já o Código Civil¹⁰ complementa essa proteção nos artigos 20 e 21. De maneira que, o artigo 20 estabelece que a utilização da imagem de uma pessoa, com ou sem fins comerciais, depende do seu consentimento, salvo em casos em que haja justificativa de interesse público ou quando a pessoa for figura pública, e a utilização da imagem estiver relacionada ao exercício de suas funções.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

E, o artigo 21 reforça a inviolabilidade da vida privada, permitindo que a pessoa impeça a divulgação de escritos, a transmissão de palavras ou a exposição pública de sua imagem, desde que essa divulgação possa causar-lhe desonra, constrangimento ou prejuízo à sua reputação.

Dessa forma, o uso da imagem de uma pessoa requer seu consentimento, especialmente em contextos comerciais ou publicitários. A imagem de uma pessoa em trajes ou com símbolos religiosos, sem seu consentimento, pode constituir uma violação de seu direito à imagem.

Para Jacqueline Sarmento Dias,

O direito à imagem consiste na faculdade do titular permitir ou não a reprodução, exposição ou divulgação de sua imagem. A imagem é a exteriorização da personalidade. É a concretização dessa abstração física e moral. Não se reduz ao rosto, às feições da cada um, mas inclina-se por todos os modos de ser físicos e psíquicos do homem.¹¹

Com isso, a utilização de imagens que incluam trajes religiosos deve evitar qualquer forma de abuso ou exploração. Imagens que expõem uma pessoa ao ridículo, ou que são usadas para fins que desrespeitam a integridade dos trajes religiosos, podem causar danos significativos e levar a ações judiciais por violação do direito à imagem.

Os limites ao uso de trajes e símbolos religiosos e a proteção do direito à imagem no Brasil refletem a necessidade de equilibrar direitos fundamentais com interesses públicos e sociais. O ordenamento jurídico brasileiro busca garantir a proteção da liberdade religiosa e do direito à imagem, ao mesmo tempo em que permite a implementação de regras e restrições necessárias para a segurança e a ordem pública. A aplicação dessas normas deve ser feita com atenção à dignidade e ao respeito pelas crenças religiosas, assegurando que os direitos dos indivíduos sejam preservados de forma justa e equilibrada.

É essencial que o uso de imagens que incluam trajes religiosos não envolva abusos ou exploração. A legislação e a jurisprudência brasileiras protegem contra o uso indevido de imagens que possam causar danos significativos à honra ou à dignidade dos indivíduos, garantindo que qualquer uso seja feito de forma a preservar o respeito pela integridade dos trajes e símbolos religiosos.

Dessa maneira, fica evidente a associação entre o direito à imagem e a liberdade religiosa, uma vez que é necessário observar um dever de cuidado e respeito ao utilizar a imagem de uma pessoa, especialmente quando esta está associada a símbolos ou trajes religiosos. A proteção do

¹¹ DIAS, Jacqueline Sarmento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 71.



direito à imagem e a garantia da liberdade religiosa estão interligadas, pois ambas envolvem a preservação da dignidade e do respeito pelas crenças e identidade individual.

Além disso, a interação entre esses direitos requer uma abordagem equilibrada e sensível para evitar possíveis abusos. A utilização de imagens que incluem trajes ou símbolos religiosos deve ser cuidadosamente avaliada para assegurar que não haja apropriação indevida, desrespeito ou exploração das crenças religiosas envolvidas.

De modo que, o uso não autorizado ou inadequado dessas imagens pode causar danos à reputação, honra e privacidade dos indivíduos, e, portanto, é necessário garantir que qualquer representação ou divulgação esteja em conformidade com os princípios de respeito e dignidade.

Portanto, a proteção do direito à imagem deve incluir a consideração do contexto religioso das imagens, garantindo que o uso dessas imagens não comprometa os valores e a integridade associados às crenças religiosas. Isso implica um compromisso com a ética e a responsabilidade ao representar e utilizar a imagem de indivíduos em trajes ou com símbolos religiosos, reforçando a necessidade de consentimento e respeito pelas práticas religiosas.

Havendo assim a intersecção entre o direito à imagem e a liberdade religiosa evidencia a importância de um tratamento cuidadoso e respeitoso, que leve em conta a autonomia e a dignidade dos indivíduos, ao mesmo tempo em que respeite as normas legais e os princípios constitucionais. A abordagem deve assegurar que todos os direitos sejam respeitados de maneira equilibrada, promovendo uma sociedade que valorize tanto a liberdade religiosa quanto a proteção da imagem pessoal.

Além disso, é importante reconhecer que as condições de proteção do direito à imagem, que se refere à reprodução dos traços físicos de um indivíduo, são distintas daquelas voltadas para a defesa da vida privada. Portanto, a especificidade do direito à imagem não deve ser questionada¹². Por exemplo, a autorização para a publicação da imagem de uma pessoa por uma empresa em um contexto específico não implica permissão para a reutilização dessa mesma fotografia em outras ocasiões.

É relevante notar que, embora exista uma grande proximidade entre o direito à imagem e os direitos à vida privada e à intimidade, essa proximidade não significa que o direito à imagem seja uma mera extensão desses outros direitos.

¹² LEGLER, Thomas. **La vie privée, image volée**: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues. Berna: Staempfli, 1997.

Na verdade, a proteção da imagem frequentemente vai além da tutela concedida à privacidade, dado que seu campo de aplicação é mais amplo e diversificado. Portanto, o direito à imagem deve ser reconhecido e protegido como um direito autônomo, não sendo possível incluí-lo simplesmente como uma manifestação da vida privada e da intimidade.

Vale ressaltar, que recentemente o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a presença de símbolos religiosos, como crucifixos e imagens, em prédios e órgãos públicos não viola o princípio da neutralidade estatal (laicidade) nem a liberdade de crença. A decisão, tomada por unanimidade no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1249095¹³, foi concluída na sessão virtual de 26 de novembro. Como o caso possui repercussão geral (Tema 1.086¹⁴), a tese estabelecida deverá orientar as decisões de todas as instâncias do Judiciário.

No voto que conduziu o julgamento, o ministro Cristiano Zanin destacou o entendimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de que cultura e tradição também podem ser expressas por meio de símbolos religiosos. Ele lembrou que a Constituição Federal assegura a liberdade religiosa, incluindo sua manifestação e livre exercício, além de proibir discriminação por crença ou convicção filosófica.

Zanin ressaltou que a laicidade do Estado é uma questão amplamente debatida na jurisprudência do STF, em temas como a validação da Lei da Biossegurança, o tratamento diferenciado para pacientes testemunhas de Jeová na rede pública de saúde e a presença de exemplares da Bíblia em bibliotecas e escolas públicas. Ele enfatizou, no entanto, que, nos casos em que a presença de símbolos religiosos foi determinada por lei, o Tribunal declarou essas normas inconstitucionais, com base no princípio de que o Estado deve ser neutro e laico.

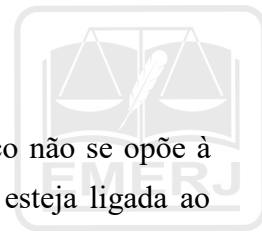
Desse modo, a tese de repercussão geral fixada foi a seguinte:

A presença de símbolos religiosos em prédios públicos, pertencentes a qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que tenha o objetivo de manifestar a tradição cultural da sociedade brasileira, não viola os princípios da não discriminação, da laicidade estatal e da impessoalidade.¹⁵

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema 1086** – Permanência de símbolos religiosos em órgãos públicos e laicidade do Estado. Relator: Ministro Cristiano Zanin, Leading Case: 1249095. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5827249&numeroProcesso=1249095&classeProcesso=ARE&numeroTema=1086>. Acesso em: 29 nov. 2024.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo em Recurso Extraordinário 1.249.095**, Relator: Ministro Cristiano Zanin, 26 de novembro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5827249>. Acesso em: 29 nov. 2024.



Nessa toada, a tese fixada pelo STF reforça a ideia de que o Estado laico não se opõe à presença de símbolos religiosos em espaços públicos, desde que esta presença esteja ligada ao respeito pela diversidade cultural e não seja imposta de maneira a privilegiar uma religião sobre outra ou violar os direitos de pessoas com crenças diferentes. A decisão, portanto, confirma a possibilidade de convivência entre a liberdade religiosa e o princípio da neutralidade do Estado, mas dentro de limites que preservem a igualdade e o respeito às diferentes convicções.

Esse entendimento também implica uma reflexão mais profunda sobre como as instituições públicas podem, de maneira simbólica, refletir as diversas dimensões culturais da sociedade sem que isso represente um endosse explícito a uma crença religiosa específica. Além disso, a decisão do STF tem repercussão geral, o que significa que ela deverá orientar os tribunais em todo o país, promovendo uma uniformização na análise de casos semelhantes relacionados à presença de símbolos religiosos em espaços públicos.

3. REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA 1086

A Constituição Federal garante a liberdade de crença e a expressão religiosa. A questão do uso de vestimentas religiosas em documentos oficiais toca diretamente nesse direito, levantando debates sobre até onde vai a proteção da identidade religiosa dos cidadãos.

O Brasil é um Estado laico, o que implica a separação entre religião e instituições governamentais. A decisão do STF sobre o uso de vestimentas religiosas em documentos reflete a necessidade de equilibrar essa laicidade com o respeito à diversidade religiosa.

O Tema 1086 representa uma interseção entre direitos individuais e o funcionamento do Estado, sendo fundamental para a construção de uma sociedade mais plural e respeitosa. O STF, ao abordar essa questão, reafirma o compromisso do Brasil com a proteção dos direitos humanos e a promoção da convivência pacífica entre diferentes crenças e culturas.

O tema da presença de símbolos religiosos em órgãos públicos suscita um debate profundo sobre laicidade, liberdade religiosa e cultura no Brasil. A ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal (MPF) visa a retirada de crucifixos e imagens de locais de ampla visibilidade e atendimento ao público, alegando que essa prática fere os princípios constitucionais que garantem a separação entre religião e Estado.

Com isso, adentrando-se no tema, o recurso extraordinário em questão aborda a presença de símbolos religiosos em órgãos públicos. O Ministério Público Federal (MPF) argumenta que a manutenção desses símbolos pode infringir a laicidade do Estado e os princípios constitucionais que asseguram a separação entre religião e Estado.

A União recorreu ao STF, defendendo o abrandamento do dispositivo constitucional em face da norma infralegal para impedir a utilização de vestuário religioso na foto para cadastro ou renovação da CNH.

Sustentou que a liberdade de consciência e de crença, assegurada pelo inciso VI do art. 5º da CF, foi limitada pelo inciso VIII, segundo o qual "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei"¹⁶. Para a União, isso significa que a liberdade religiosa não pode se sobrepor a uma obrigação comum a todos os cidadãos.

A primeira e a segunda instâncias, ao julgarem a ação como improcedente, entenderam que a presença desses símbolos não fere a laicidade, mas reflete a diversidade cultural e religiosa da sociedade brasileira. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao analisar o recurso, teve a responsabilidade de equilibrar esses direitos fundamentais.

Assim, diante da liberdade religiosa em tensão com a segurança pública, o ministro manifestou-se no sentido da proporcionalidade, entendendo o impedimento ao uso de trajes religiosos em fotos oficiais como um exagero, uma medida desnecessária, claramente excessiva.

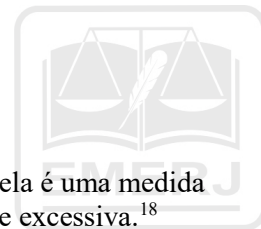
Com isso, tem-se o professor e ministro Luís Roberto Barroso, para quem a proibição de uso de traje religioso em fotos de documentos não é razoável nem proporcional. Ele argumenta que “há restrição ao uso de veste religiosa é uma medida exagerada e desnecessária por ser claramente excessiva. Ela compromete a liberdade religiosa, de uma pessoa, sem que esse comprometimento impacte de maneira muito relevante a segurança pública”¹⁷.

Bem como, completa para o Ministro relator do caso, Luís Roberto Barroso,

A liberdade religiosa é um direito fundamental. E a restrição a um direito fundamental precisa observar o princípio da proporcionalidade. E aqui, ainda que se considerasse que esta exigência de não poder utilizar o hábito se fosse adequada

¹⁶ BRASIL. [Constituição 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo em Recurso Extraordinário 1.249.095**, Relator: Ministro Cristiano Zanin, 26 de novembro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5827249>. Acesso em: 29 nov. 2024.



para o fim de segurança pública, é inequívoco, no entanto, que ela é uma medida exagerada e consequentemente desnecessária por ser claramente excessiva.¹⁸

Rememora-se que STF tem a responsabilidade de interpretar e aplicar a Constituição em casos que envolvem a proteção dos direitos fundamentais. No contexto do Tema 1086, a Corte deve considerar a proporcionalidade e a diversidade cultural.

O princípio da proporcionalidade é crucial na análise de restrições aos direitos fundamentais. O STF deve avaliar se a proibição do uso de vestimentas religiosas é uma medida razoável e necessária em relação ao objetivo de segurança pública. A análise deve incluir se existem alternativas menos restritivas que possam atender a essa necessidade.

Quanto à diversidade cultural, pontua-se que o Brasil é um país com uma rica diversidade religiosa, e a presença de símbolos religiosos em espaços públicos é uma expressão dessa pluralidade. A decisão do STF deve reconhecer essa diversidade e buscar um equilíbrio que respeite as diferentes crenças presentes na sociedade.

CONCLUSÃO

O debate sobre a presença de símbolos religiosos em órgãos públicos é complexo, envolvendo questões de direitos fundamentais, identidade cultural e a função do Estado na garantia de um espaço neutro para todos os cidadãos. O julgamento do STF será crucial para estabelecer um precedente e definir os contornos da laicidade no Brasil.

A decisão do STF poderá ter amplas repercussões sociais e culturais. Se a Corte decidir a favor da retirada dos símbolos, isso pode ser visto como uma afirmação da laicidade do Estado, promovendo um ambiente mais neutro em relação a crenças religiosas. Por outro lado, essa decisão pode gerar descontentamento entre grupos que veem a presença de tais símbolos como parte da identidade cultural e histórica do país.

A repercussão geral do Tema 1086 reflete um debate crucial sobre os limites da laicidade e a valorização da diversidade religiosa no Brasil. O julgamento do STF será fundamental para esclarecer essas questões e definir os contornos das interações entre religião e Estado.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo em Recurso Extraordinário 1.249.095**, Relator: Ministro Cristiano Zanin, 26 de novembro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5827249>. Acesso em: 29 nov. 2024.

A validação do uso de vestimentas religiosas em documentos oficiais representa um avanço significativo na proteção dos direitos individuais, assegurando que a expressão religiosa não seja um impeditivo para a participação plena na vida pública. Essa decisão promove um ambiente mais inclusivo, onde a pluralidade de crenças é respeitada, refletindo a riqueza cultural da sociedade brasileira. Assim, o reconhecimento do uso de vestimentas religiosas em documentos oficiais não apenas preserva a liberdade de crença, mas também fortalece a laicidade do Estado ao reafirmar a importância da convivência harmoniosa entre diferentes expressões religiosas.

Ao permitir que indivíduos apresentem sua identidade religiosa em contextos formais, o STF promove um ambiente mais inclusivo e respeitoso, essencial para a convivência pacífica entre diferentes grupos. Essa abordagem não apenas reforça os direitos individuais, mas também fortalece a democracia ao garantir que todos os cidadãos possam participar plenamente da vida pública sem medo de discriminação ou marginalização. Em suma, a decisão representa um avanço significativo na proteção dos direitos humanos, promovendo um diálogo mais aberto e respeitoso sobre a diversidade religiosa no país.

Com isso, O Supremo Tribunal Federal autorizou o uso de vestimentas e acessórios religiosos em fotos de documentos oficiais, desde que o rosto permaneça visível. A decisão foi tomada por unanimidade e tem repercussão geral.

Segundo a tese aprovada, o uso de vestimentas ou acessórios atrelados a crença ou religião em fotos de documentos oficiais é constitucional, sendo necessário que o rosto permaneça visível.

A liberdade de manifestar religião ou convicções, seja de forma individual ou coletiva, somente pode ser restringida nos casos em que as limitações estejam previstas em lei e sejam indispensáveis, em uma sociedade democrática, para garantir a segurança pública, a ordem, a saúde, a moralidade pública ou a proteção dos direitos e liberdades de terceiros.



REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição 1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), 22 de novembro de 1969**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 29 nov. 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/L10406compilada.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo em Recurso Extraordinário 1.249.095**, Relator: Ministro Cristiano Zanin, 26 de novembro de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5827249>. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1086 – Permanência de símbolos religiosos em órgãos públicos e laicidade do Estado**. Relator: Ministro Cristiano Zanin, Leading Case: 1249095. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5827249&numeroProcesso=1249095&classeProcesso=ARE&numeroTema=1086>. Acesso em: 29 nov. 2024.

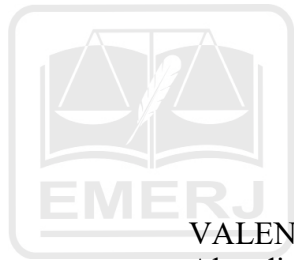
DIAS, Jacqueline Sarmiento. **O direito à imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 71.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 148.

FISCHMANN, Roseli. **Constituição brasileira, direitos humanos e educação**. *Revista Brasileira de Educação*, v. 14, n. 40, p. 156-167, jan.-abr. 2009.

LEGLER, Thomas. **La vie privée, image volée: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues**. Berna: Staempfli, 1997.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **O Regime Concordatário Entre a Libertas Ecclesiae e a Liberdade Religiosa, Liberdade de Religião ou Liberdade da Igreja?**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 45.



VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Teoria Geral do Direito Policial** – tomo I. 1ª ed., Coimbra: Almedina, 2005, p. 212.



ASSISTÊNCIA QUALIFICADA À VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E SEUS IMPACTOS

Mariana Arreguy Romão Sá Ferreira

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada.

Resumo – os artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006 tratam do instituto do assistente qualificado à vítima de violência doméstica e familiar, porém há divergência quanto aos seus poderes, requisitos e obstáculos de atuação na visão do Ministério Público e a Defensoria Pública. No presente trabalho é realizada diferenciação em relação ao instituto previsto nos artigos 268 e seguintes do Código de Processo Penal, defendendo poderes mais amplos ao assistente qualificado em relação ao assistente de acusação. Do mesmo modo, sustenta-se a incidência do deste instituto processual às crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica e familiar e às vítimas de racismo, sendo criado um microssistema de proteção dos vulneráveis. Por fim, defende-se a inconveniência da interpretação restritiva do assistente qualificado com a responsabilização do Estado Brasileiro na comunidade internacional.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Assistência qualificada à vítima. Microssistema de proteção dos vulneráveis. Inconveniência. Lei nº 11.340/2006.

Sumário – Introdução. 1. Legalidade do instituto da assistência qualificada à vítima no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Necessária amplitude dos poderes do assistente qualificado e o microssistema de proteção aos vulneráveis. 3. Inconveniência da interpretação restritiva dos artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/06 perante diplomas internacionais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da análise do instituto da assistência qualificada à vítima, mais detidamente na sua aplicabilidade e extensão, pois apesar de ser possível extrair a sua previsão legal a partir da interpretação dos artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/06, o Ministério Público sustenta afronta ao princípio da legalidade por ausência de previsão expressa desta figura processual no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, o *parquet* rechaça a habilitação de ofício da Defensoria Pública pelo juiz para atuar como assistente qualificada, bem como a incompatibilidade de a Defensoria Pública atuar, em um mesmo processo, como assistente qualificada da vítima e como defesa do acusado.

O instituto da assistência qualificada à vítima traz diversos questionamentos de ordem material e processual sobre sua admissibilidade no ordenamento jurídico, além de revelar impacto social sobre as vítimas diretas e indiretas no âmbito da violência doméstica, pois a depender da interpretação que se der aos artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da

Penha), a mulher-vítima poderá sofrer revitimização perante os órgãos que compõem o sistema de justiça.

Frise-se também que os objetivos da Lei Maria da Penha podem ser esvaziados e obstaculizada a aplicação da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará) caso se adote interpretação restritiva dos artigos 27 e 28 da Lei Maria da Penha.

Tendo em vista a relevância da discussão dos contornos da figura processual da assistência qualificada à vítima, o primeiro capítulo do presente trabalho analisa se esta figura processual encontra amparo no ordenamento jurídico brasileiro e em caso positivo, quais seriam os requisitos, poderes e obstáculos de sua atuação.

A análise segue no segundo capítulo para realizar diferenciação da assistência qualificada do instituto da assistência à acusação prevista no art. 268 do Código de Processo Penal, bem como busca ponderar se o reconhecimento do instituto pode ensejar a criação de um microsistema de assistência qualificada, nos casos de violência contra a mulher, violência contra crianças e adolescentes e violência racial.

Já o terceiro capítulo visa ponderar os impactos das possíveis interpretações dos artigos 27 e 28 da Lei Maria da Penha sobre diplomas internacionais internalizados, como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará) e sobre uma possível inconveniência dos dispositivos caso se adote uma interpretação restritiva.

Pretende-se, portanto, examinar os contornos materiais e processuais da assistência qualificada à vítima e os impactos no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de buscar a solução que privilegie tratamento humanizado que proteja a integridade física e psíquica da mulher vítima de violência doméstica em todos os atos processuais.

O presente trabalho científico será desenvolvido a partir do método bibliográfico, já que serão levantados conhecimentos específicos já publicados sobre o tema, a partir de abordagem qualitativa, já que, a partir da bibliografia atinente ao tema, a pesquisadora irá definir e sustentar sua tese.



1. LEGALIDADE DO INSTITUTO DA ASSISTÊNCIA QUALIFICADA À VÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei nº 11.340/2006¹ foi criada para atender ao comando constitucional previsto no artigo 226, §8 da Carta Magna² e dispõe que o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, bem como para cumprir diversos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, conforme exposto por Brasileiro³.

Em relação aos diplomas internacionais, o autor⁴ expõe que destaque especial deve ser dado à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979 e à Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, também conhecida como Convenção Belém do Pará.

A fim de conferir mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, os artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006⁵, inseridos no Capítulo IV, da Assistência Judiciária, preveem que a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado em todos os atos processuais, cíveis e criminais e que deve ser garantido a toda mulher que se encontre nesta situação de vulnerabilidade o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, em sede policial e judicial, mediante atendimento específico e humanizado.

A partir dos dispositivos mencionados, doutrina e jurisprudência extraíram a figura da "assistência qualificada à vítima", que tem papel relevante no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, defende-se a possibilidade de participação ativa da vítima no processo penal, caso

¹ BRASIL. **Lei nº 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União: p. 1, col. 1, 8 ago. 2006

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago.2024.

³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual da Legislação Criminal Especial**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 1472.

⁴ *Ibid.*

⁵ BRASIL, ref. 1.

seja do seu interesse, deixando de ser mero objeto de produção de provas, para sujeito de direitos⁶.

Esta participação ativa, conforme exposto em Nota Técnica 04/2022/NUDEM/DPE-PR⁷, pode ser expressada por meio do direito à representação jurídica, notificação dos atos processuais relativos a seu agressor, especialmente em relação à entrada e saída dele da prisão, obediência de diretrizes na inquirição da vítima de violência doméstica, dentre elas a não revitimização, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada da mulher.

Conforme acima mencionado, a assistência qualificada possui papel fundamental no combate à vitimização secundária, que pode ser conceituado como uma nova ofensa sofrida pela vítima de violência doméstica e familiar em que o Estado, por meio de seu aparato técnico-jurídico, passa a ocupar a posição de ofensor, como exposto por Ana Cristina Lemos Roque e Bruno Giovannini de Paulo⁸.

Dito de outro modo, o artigo 27 da Lei Maria da Penha (LMP)⁹ é expresso quando dispõe que a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado ou defensor público em todos os atos processuais cíveis ou criminais, com os mais amplos poderes de atuação, sendo, portanto, imprescindível esta atuação a fim de auxiliar jurídica e tecnicamente a mulher, garantir que não sofra vitimização secundária e que sua vontade seja ouvida, nos termos da Nota Técnica 04/2022/NUDEM/DPE-PR¹⁰.

Nessa toada, o momento processual da audiência judicial prevista no artigo 16 da Lei Maria da Penha¹¹, designada para a formalização da retratação da representação feita na fase policial, por exemplo, é um dos mais suscetíveis de causar prejuízos à mulher, por não possuir, muitas vezes, informações necessárias acerca da compreensão das consequências dos seus atos no processo, como sustenta Belloque¹².

Ressalte-se, neste ponto que muitos magistrados costumavam designar de ofício esta audiência, mesmo que não houvesse a manifestação da vítima, considerando-a obrigatória.

⁶ DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ. **Nota Técnica 4/2022/Nudem/Dpe-Pr**. Disponível em: https://www.defensoriapublica.pr.def.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2022-10/nota_tecnica_no_04_22_-_assistencia_qualificada_vitima_juri.docx.pdf. Acesso em: 16 ago.2024.

⁷ *Ibid*.

⁸ PAULO, Bruno Giovannini de; ROQUE, Ana Cristina Lemos. Vitimização secundária de mulheres em delegacias de polícia: localizando as possíveis causas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 5 (2019), nº 1, p. 362-400, 2019.

⁹ BRASIL, ref. 1

¹⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ, ref. 6.

¹¹ BRASIL, ref. 1.

¹² BELLOQUE, Juliana Garcia. Da assistência judiciária – artigos 27 e 28. In: BELLOQUE, Juliana Garcia **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 375.



Todavia, o STF, no julgamento da ADI 7.267/DF¹³ decidiu que a interpretação no sentido da obrigatoriedade desta audiência, sem que houvesse pedido de sua realização pela ofendida, viola o texto constitucional e as obrigações internacionais que o Brasil se obrigou a cumprir, na medida em que discrimina injustamente a própria vítima de violência¹⁴.

A fim de obstaculizar a atuação do assistente qualificado, alega-se a necessidade de prévia concordância do *parquet* e admissibilidade pelo juízo da causa para que seja iniciada a sua atuação. Todavia, a “assistência qualificada” decorre do próprio texto legal, portanto, obrigatório, fazendo cair por terra os argumentos levantados. Assim, é prescindível a prévia concordância do Ministério Público e o juízo de sua admissibilidade pelo magistrado condutor do processo.

Do mesmo modo, não há óbice à habilitação da Defensoria Pública, de ofício pelo juízo, para atuar como “assistente qualificada” da mulher vítima de violência doméstica, devendo ser rechaçado o entrave gerado pelo Ministério Público que busque vincular esta atuação à comprovação da hipossuficiência econômica pela mulher-vítima.

Ademais, a LC nº 80/94¹⁵, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, em seu artigo 4º¹⁶, trata das atribuições funcionais da Defensoria Pública e prevê que incumbe à instituição promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados (inc. X); exercer a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa portadora de necessidades especiais, da mulher vítima de violência doméstica e familiar e de outros grupos sociais vulneráveis que mereçam proteção especial do Estado (inc. XI); atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas (inc. XVIII); além de representar

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7267**. Relator: Min. Edson Fachin, 08 de setembro de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur486938/false>. Acesso em: 16 ago.2024.

¹⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Apenas a vítima pode requerer a designação da audiência prevista no art. 16 da LMP para a renúncia à representação; é vedado ao Poder Judiciário designá-la de ofício ou a requerimento de outra parte. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8b910e56415eb6bd1037b46e6e619c58>. Acesso em: 15 ago. 2024

¹⁵ BRASIL. **Lei Complementar nº 80/94, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jan.1994.

¹⁶ BRASIL, ref. 15.

aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos (inc. VI), como expõe Belloque¹⁷.

Corroborando o entendimento de que não há impedimento legal à Defensoria Pública ser habilitada de ofício pelo juízo, o artigo 6º da LMP¹⁸ estatui que a violência doméstica e familiar contra a mulher é uma forma de violação dos direitos humanos, e nos termos do inciso VI do artigo 4º da LC nº 80/94¹⁹, incumbe à instituição a promoção dos direitos humanos.

A partir do julgamento da ADI 4636/DF²⁰ pelo STF é possível concluir que a Defensoria Pública deve prestar assistência jurídica integral e gratuita não só aos que comprovarem insuficiência de recursos, pois suas funções não se restringem ao aspecto econômico.

A Defensoria Pública deve zelar pelos direitos e interesses de todos os necessitados, não apenas sob o viés financeiro, mas também sob o prisma da hipossuficiência e vulnerabilidade decorrentes de razões outras (idade, gênero, etnia, condição física ou mental etc.)²¹.

Dessa forma, sendo a Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, que tem por objetivo precípuo assistir àqueles que encontram barreiras para exercer seus direitos, não deve restringir a sua atuação aos carentes de recursos financeiros, mas também àqueles que sofrem com outras espécies de vulnerabilidades, como a de gênero, no caso da mulher que é vítima de violência doméstica e familiar, independente de comprovação de hipossuficiência econômica.

Reforçando a posição de que não há empecilho legal à Defensoria Pública em atuar como assistente qualificada da vítima e, ao mesmo tempo e no mesmo processo, na defesa do acusado, o STJ decidiu no Recurso em Mandado de Segurança no 45.793/SC²² que se assim não fosse, caberia à Defensoria Pública escolher entre vítimas e réus num mesmo processo, excluindo uns em detrimento de outros, violando o acesso à Justiça de algum interessado.

¹⁷ BELLOQUE, Juliana Garcia. Da assistência judiciária – artigos 27 e 28. In: BELLOQUE, Juliana Garcia **Lei Maria da Pena comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 375

¹⁸ BRASIL, ref. 1.

¹⁹ BRASIL. **Lei Complementar nº 80/94, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jan.1994.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4636**. Relator: Min. Rosa Weber, 09 de março de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759690724>. Acesso em: 16 ago.2024.

²¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A Defensoria Pública pode prestar assistência jurídica às pessoas jurídicas que preencham os requisitos constitucionais. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/818cdcf067c824a4e34f9293de3b15a9>. Acesso em: 15/08/2024

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 45.793/SC**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 7 de junho de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401366234&dt_publicacao=15/06/2018.



2. NECESSÁRIA AMPLITUDE DOS PODERES DO ASSISTENTE QUALIFICADO E O MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO AOS VULNERÁVEIS

Em relação aos limites de atuação do assistente qualificado à vítima, é possível dizer que ele absorve as atribuições da assistência da acusação, mas vai além, não se submetendo aos requisitos previstos no Capítulo IV do Código de Processo Penal²³, conforme exposto pela Nota Técnica 04/2022/NUDEM/DPE-PR²⁴. Assim, a vítima possui direito à ampla defesa, peticionamentos nos autos, requerimentos, juntada de documentos, arrolamento de testemunhas no prazo legal, participação em Plenária de Júri, demandando a condenação, recorrendo da absolvição, pleiteando a majoração da pena imposta, além de prestar prévia orientação e acompanhamento do depoimento, independente de prévia habilitação e oitiva prévia do Ministério Público.

Nesse sentido foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no julgamento do Recurso em Sentido Estrito 0006946-45.2018.8.19.0036²⁵, em que o Relator decidiu que, a partir de interpretação teleológica da lei, que visa à ampliar as medidas de proteção à mulher vítima de violência doméstica, e do critério da especialidade de aplicação das leis, a natureza jurídica do instituto consagrado pelo artigo 27²⁶ da Lei Maria da Penha seria de assistência judiciária especial e, diferentemente da assistência comum, independeria de prévia oitiva do Ministério Público e de autorização judicial.

Em outras palavras, a assistência qualificada à vítima pode coincidir com a assistência de acusação a depender do interesse expresso pela vítima, mas não se confunde nem se resume a ela, como exposto pela Nota Técnica 04/2022/NUDEM/DPE-PR²⁷, pois o objetivo principal da assistência qualificada à vítima não é auxiliar a acusação na condenação do réu, mas sim prestar total auxílio à vítima.

O Colégio Nacional dos Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE), por meio da Comissão de Defesa dos Direitos das Mulheres, elaborou enunciado neste sentido:

²³ BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 set.2024

²⁴ DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ, ref. 6.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3ª Câmara Criminal). **Recurso em Sentido Estrito 0006946-45.2018.8.19.0036**. Relator: Min. Antonio Carlos Nascimento Amado). Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.2.0.29>. Acesso em: 16 ago. 2024

²⁶ BRASIL, ref. 1.

²⁷ DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ, ref. 5.

Enunciado VI — Considerando o art. 4º, inciso XI e XVIII, da Lei Complementar 80/1994, a atuação da Defensoria Pública na defesa da mulher em situação de violência doméstica e familiar, conforme prelecionam os artigos 27 e 28 da Lei Maria da Penha, é plena e não se confunde com a assistência de acusação dos artigos 268 e seguintes do CPP²⁸.

Importante mencionar que o legislador ressalva na parte final do artigo 27 da LMP²⁹ a presença do advogado ou defensor público para a concessão da medida protetiva de urgência, que pode ser pleiteado pela própria vítima, que possui capacidade postulatória para o ato.

A partir deste dispositivo e do artigo 4º da LMP³⁰ é possível extrair que a intenção do legislador é conferir à mulher, vítima de violência doméstica e familiar a maior proteção possível, e para isso, o assistente à vítima deve ter os poderes mais amplos possíveis, abarcando as faculdades do assistente à acusação, mas não se limitando a ela e nem aos seus requisitos.

Para além disso, é possível afirmar que foi inaugurado um microssistema de proteção dos vulneráveis, que atualmente contempla as crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica e familiar, a partir da interpretação da Lei nº 14.344/2022³¹ e as vítimas de racismo, a partir do art. 20-D da Lei nº 7.716/89³².

Até 1988, crianças e adolescentes não eram vistos como sujeitos de direitos e vigorava a doutrina da situação irregular. O art. 227 da CRFB/88³³ prescreve que é dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade os direitos sociais consagrados no art. 6º da CRFB/88³⁴. Dessa forma, observa-se a consagração do paradigma da proteção absoluta e máxima prioridade à criança e ao adolescente.

²⁸ DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ, ref. 5.

²⁹ BRASIL, ref. 1.

³⁰ BRASIL, ref. 1.

³¹ BRASIL. **Lei nº 14.344/2022, de 24 de maio de 2022.** Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/14344.htm. Acesso em: 16 ago.2024.

³² BRASIL. **Lei nº 7.716/1989, de 5 de janeiro de 1989.** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União. 6 jan.1989.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago.2024.

³⁴ BRASIL, ref. 33.



Nesse sentido, foi editado o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90³⁵, orientado por diplomas normativos internacionais atentos à matéria afeta à criança e ao adolescente, como a Convenção de Genebra de 1924, Declaração dos Direitos da Criança e 1959, Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça e da Juventude (Regras Mínimas de Beijing - 1985), Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989), Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad – 1990) e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990).

A Lei Henry Borel³⁶, editada em 2022, é oriunda da morte trágica da criança Henry, vítima de violência doméstica e familiar, e busca criar mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente. Esta lei possui diversos dispositivos com redação idêntica aos da Lei nº 11.340/2006, e em seu artigo 33³⁷ é disposto que a ela, aplica-se a Lei Maria da Penha subsidiariamente.

Ainda, o artigo 5º do Decreto-Lei nº 4.657/42 (LINDB)³⁸ dispõe que na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se destina. Dessa forma, como os dispositivos da Lei nº 14.344/2022³⁹ devem ser interpretados em favor das crianças e adolescentes vítimas, conclui-se que a assistência qualificada à vítima deve ser, igualmente, aplicável às crianças e adolescentes vítimas de violência doméstica e familiar, indivíduos altamente vulneráveis, que merecem o máximo de proteção do ordenamento jurídico.

Crianças e adolescentes devem, em todos os atos processuais, cíveis e criminais, estar amparados por advogado ou defensor público, que possuirá os mais amplos poderes necessários para salvaguardar os interesses desses vulneráveis, e o mesmo ocorre com as vítimas de crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, previstos na Lei nº 7.716/1989⁴⁰.

Por fim, o art. 20-D da Lei nº 7.716/1989⁴¹ dispôs, expressamente, que em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a vítima dos crimes de racismo deverá estar acompanhada de

³⁵ BRASIL. **Lei nº 8069, 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/_ato2019-2022/2022/lei/114344.htm. Acesso em: 16 ago.2024.

³⁶ BRASIL, ref. 31.

³⁷ BRASIL, ref. 31.

³⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 16 ago.2024.

³⁹ BRASIL, ref. 31.

⁴⁰ BRASIL, ref. 32.

⁴¹ BRASIL, ref. 32.

advogado ou defensor público. Dessa forma, a partir da mesma redação do dispositivo da lei protetiva da mulher foi inserida também a figura do assistente qualificado naquela legislação.

É possível concluir, assim, que com a lei protetiva da vítima da violência doméstica e familiar foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do assistente qualificado à vítima, que busca equilibrar as forças sociais e conferir aos sujeitos mais vulneráveis da sociedade brasileira maior proteção, dispondo dos mais amplos poderes.

3. INCONVENCIONALIDADE DA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS ARTIGOS 27 E 28 DA LEI Nº 11.340/06 PERANTE DIPLOMAS INTERNACIONAIS

Mazzuoli⁴² conceitua o controle da convencionalidade das leis como a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado, sendo, portanto, uma obrigação oriunda do sistema interamericano de direitos humanos e de seus instrumentos de proteção, em especial a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto San José da Costa Rica.

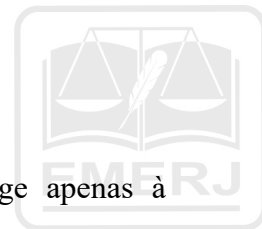
Em outras palavras, o controle de convencionalidade é o mecanismo no qual se verifica a compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais em vigor no país, especialmente os de direitos humanos, e caso haja um descompasso entre a norma doméstica e a da ordem jurídica internacional poderá haver a responsabilização internacional do Estado, conforme exposto pela Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro Ana Beatriz Dias⁴³.

Nesse sentido, Dias⁴⁴ expõe que o Estado deve diligenciar medidas no âmbito interno que possibilitem a correspondência das suas normas com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos, porém, essas medidas a serem adotadas pelo Estado não se esgotam com a adoção ou o afastamento de leis, mas se referem também à interpretação das normas internas.

⁴² MAZZUOLI, Valério de O. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. *E-book*. ISBN 9788530982195. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982195/>. Acesso em: 22 set. 2024.

⁴³ DIAS, Ana Beatriz, Controle De Convencionalidade Da Compatibilidade Do Direito Doméstico Com Os Tratados Internacionais De Direitos Humanos. **Cadernos Estratégicos Análise Estratégica Dos Julgados Da Corte Interamericana De Direitos Humanos**. Centro de Estudos Jurídicos - CEJUR. – Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018, p. 40-50. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39104.pdf#:~:text=Por%20controle%20de%20convencionalidade%20entende%20Dse%20o%20mecanismo,dom%C3%A9stica%20deve%20ser%20compat%C3%ADvel%20com%20a%20ordem](https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39104.pdf#:~:text=Por%20controle%20de%20convencionalidade%20entende%20Dse%20o%20mecanismo,dom%C3%A9stica%20deve%20ser%20compat%C3%ADvel%20com%20a%20ordem.). Acesso em: 22 set. 2024.

⁴⁴ *Ibid.*



Dessa forma, a compatibilidade do direito doméstico não se restringe apenas à aplicabilidade ou não das normas, mas especial atenção deve ser reservada à interpretação das espécies normativas pelo Poder Judiciário. Assim, ao aplicar a norma de direito interno, juízes e tribunais brasileiros devem realizar interpretação que seja compatível com os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil.

Quando não houver interpretação de determinada norma realizada pela Corte regional, o juiz nacional deve exercer papel de juiz internacional, para que, imbuído dos princípios do direito internacional dos direitos humanos, proferira suas decisões. Assim, conforme explicita Mazzuoli⁴⁵, o juiz interno deve ser dotado de proatividade na interpretação e aplicação dos tratados de direitos humanos, afastando qualquer interpretação contrária aos objetivos e finalidades dos tratados, extraíndo, do espírito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos os princípios, diretrizes e objetivos.

Conforme determinação legal do artigo 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942⁴⁶ na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige. Assim, ao realizar a atividade de aplicação da lei ao caso concreto, os membros do Poder Judiciário devem se apoiar aos propósitos pelos quais os diplomas foram criados. Percebe-se, portanto, que o referido diploma legal vai ao encontro da posição defendida pelo jurista acima mencionado, determinando que a aplicação da lei seja orientada pelos seus objetivos.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 123 de 07/01/2022⁴⁷, que recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além da necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

Dessa forma, considerando a necessária observância do controle de convencionalidade pelos membros do Poder Judiciário brasileiro, inclusive em relação a interpretação conferida às leis internas, os dispositivos da Lei nº 11.340/2006⁴⁸ devem ser compreendidos com lentes que

⁴⁵ MAZZUOLI, ref. 42.

⁴⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 22 set.2024.

⁴⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 123, de 07 de janeiro de 2022.** Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. DJe/CNJ nº 7/2022, de 11 de janeiro de 2022, p. 5-6.

⁴⁸ BRASIL, ref. 1.

privilegiem o tratamento digno às vítimas de violência e confirmam a maior proteção possível a estas mulheres, em consonância com o direito internacional.

Conforme já exposto, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres ou simplesmente Convenção da Mulher, adotada pela Assembleia Geral da ONU e, em sede regional, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica, também conhecida como Convenção de Belém do Pará são os diplomas internacionais mais relevantes para o Estado brasileiro no âmbito de proteção internacionais das mulheres.

A CEDAW, firmada em 1979, tem como objetivo precípuo conferir maior peso político e jurídico à proteção da dignidade da mulher, com a adoção pelos Estados de medidas especiais destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher. Esta convenção apenas foi promulgada pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 4.377 em 13 de setembro de 2002⁴⁹.

No seu artigo 2º⁵⁰ é disposto que os Estados Partes condenam a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, concordam em seguir, por todos os meios apropriados e sem dilações, uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher. Assim, o instituto da assistência qualificada à vítima de violência doméstica deve ser interpretado à luz deste dispositivo, a fim de conferir a maior proteção à mulher e assegurar a sua dignidade.

Piovesan⁵¹, sustenta que a Convenção de “Belém do Pará” enumera diversos direitos que devem ser assegurados às mulheres, para que tenham uma vida livre de violência, tanto na esfera pública, como na esfera privada. Além disso, afirma que são instituídos deveres aos Estados-partes, para que adotem políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

A Lei nº 11.340/2006⁵², atenta aos diplomas internacionais assumidos pelo Brasil, expande o conceito de violência contra a mulher, compreendendo tal violência como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”, que ocorra no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto.

⁴⁹ BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 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. Acesso em: 22 set.2024.

⁵⁰ BRASIL, ref. 49.

⁵¹ PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: PIOVESAN, Flávia **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 116

⁵² BRASIL, ref. 1.



Assim, no cenário internacional, o Brasil firmou compromisso de combater a impunidade em casos de violência contra a mulher, sendo imperativo adotar medidas e instrumentos eficazes para assegurar o acesso à justiça para as mulheres vítimas de violência, o que perpassa por mecanismos materiais e processuais.

Caso não haja a observância pelo Estado Brasileiro dos diplomas internacionais em que foi reconhecida a jurisdição contenciosa dos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos, poderá haver responsabilização internacional, como ocorreu no caso *Maria da Penha Maia Fernandes vs Brasil*, que foi analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, devido a omissão do Estado Brasileiro no combate à violência praticada por Marco Antônio Heredia Viveiros contra sua esposa (Maria da Penha), como exposto por Piovesan⁵³.

Dessa forma, é possível depreender que na interpretação e aplicação dos artigos 27 e 28 da Lei nº 11.340/2006⁵⁴, que consagram a assistência qualificada à vítima, deve ser extraída exegese que dê a maior amplitude possível aos direitos da mulher vítima de violência doméstica, pois esta interpretação é que está em consonância com os diplomas internacionais assumidos pelo Brasil, sob pena de responsabilização internacional.

O controle de convencionalidade apenas será observado integralmente pelos membros do Poder Judiciário, consoante disposto pela Recomendação nº 123 de 07/01/2022⁵⁵ emanada pelo Conselho Nacional de Justiça quando além de afastar leis e atos normativos contrários às Convenções Internacionais ratificadas, também for conferida interpretação que confira os mais amplos poderes processuais e materiais às vítimas de violência doméstica.

Nesse sentido, a figura da assistência qualificada deve ser interpretada como instituto diferente do assistente à acusação previsto no artigo 268 e seguintes do Código de Processo Penal⁵⁶, com maiores e diferentes poderes de atuação, respeitando a individualidade da mulher,

⁵³ PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: PIOVESAN, Flávia **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 116

⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União: p. 1, col. 1, 8 ago. 2006

⁵⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 123, de 07 de janeiro de 2022**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. DJe/CNJ nº 7/2022, de 11 de janeiro de 2022, p. 5-6.

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 set.2024

evitando que seja revitimizada perante os órgãos de justiça, caso contrário, poderá ensejar a condenação do Brasil perante os sistemas internacionais de proteção de direitos humanos.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto no presente trabalho, deduziu-se que a figura da assistência qualificada à vítima encontra respaldo legal e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, não havendo se falar em violação ao princípio da legalidade quando de sua incidência nos casos concretos.

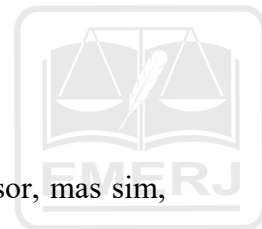
Ademais, diante do confronto entre os direitos fundamentais do devido processo legal, a paridade de armas do réu e a integridade física, psíquica e o acesso à justiça da vítima de violência doméstica ou familiar, foi possível concluir que devem prevalecer os últimos, pois a mulher já se encontra em uma posição de vulnerabilidade, e portanto, a ela devem ser dobrados os esforços, a fim de contrabalancear a distorção de gênero e diminuir as desigualdades reproduzidas na esfera jurídica, e isto deve perpassar pelos amplos poderes do assistente à vítima.

Foi sepultada a divergência entre Ministério Público e Defensoria Pública acerca dos poderes, requisitos e obstáculos da assistência qualificada à vítima, inferindo-se que não há óbice à habilitação *ex officio* da Defensoria Pública pelo magistrado, bem como ausência de inconformidade com a ordem jurídica de o Defensor Público atuar, em um mesmo processo, como assistente qualificado da vítima e como defesa do acusado, caso contrário, alguma das partes teria o direito ao acesso à justiça negado, violando preceitos constitucionais.

Do mesmo modo, foi possível inferir que é plenamente compatível com a atuação institucional da Defensoria Pública exercer função de assistente qualificado de vítimas que não comprovem hipossuficiência econômica, visto que no caso, incide outro tipo de vulnerabilidade, qual seja, de gênero.

Foi salientado, que não devem ser restringidos os poderes do assistente qualificado aos poderes do assistente à acusação, não devendo observância ao rito previsto nos artigos 268 a 273 do Código de Processo Penal. Assim, inexistente para o assistente qualificado à vítima o juízo de admissibilidade pelo juízo da causa e nem a concordância do Ministério Público.

A assistência qualificada, assim, deve privilegiar o tratamento humano e individualizado à vítima, sempre observando as suas vontades e interesses. Os operadores do direito devem ter vista que ela deve ser tratada como sujeito processual e não mero objeto do



processo, portanto, não atua buscando, necessariamente, a condenação do agressor, mas sim, ser ouvida, compreendida e respeitada.

Com a exposição do presente trabalho, foi possível deduzir que com a instituição da Lei nº 11.340/2006 no ordenamento jurídico brasileiro foi criado um microssistema de proteção dos vulneráveis, em que deve ser assegurado em todos os atos processuais, cíveis e criminais às crianças e adolescentes e vítimas de racismo, amparo por advogado ou defensor público, que, por sua vez, será dotado dos mais amplos poderes necessários para garantir que esses vulneráveis sejam protegidos, conforme já amplamente defendido.

Por fim, a partir das premissas apresentadas, foi viável depreender que diante da ratificação pelo Brasil da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres deve ser realizado controle de convencionalidade das normas domésticas, a partir da incidência ou afastamento de normas internas compatíveis ou não com os mencionados tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro, bem como a partir da interpretação consoante com os princípios, fins e diretrizes impostas pelos internacionais assumidos.

Dessa forma, sustentou-se que para haver efetivo controle de convencionalidade à luz da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica (Convenção de Belém do Pará), Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996, pelos membros do Poder Judiciário brasileiro deve haver interpretação dos artigos 27 e 28 da Lei Maria da Penha conferindo os mais amplos poderes aos assistentes qualificados, a fim de garantir a proteção as mulheres vítimas de violência e tutelar as mulheres de qualquer forma de discriminação.

Pretendeu-se, portanto, perquirir as nuances da assistência qualificada à vítima a fim de buscar a solução que privilegie tratamento humanizado que proteja a integridade física e psíquica da mulher vítima de violência doméstica em todos os atos processuais, respeitando tratados internacionais internalizados pelo Estado Brasileiro, a fim de evitar a sua responsabilização perante a comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

BELLOQUE, Juliana Garcia. Da assistência judiciária – artigos 27 e 28. In: BELLOQUE, Juliana Garcia **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 375.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 123, de 07 de janeiro de 2022**. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. DJe/CNJ nº 7/2022, de 11 de janeiro de 2022, p. 5-6.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 123, de 07 de janeiro de 2022.** Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. DJe/CNJ nº 7/2022, de 11 de janeiro de 2022, p. 5-6.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago.2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 ago.2024.

BRASIL. **Decreto nº 4.377, de 13 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. Acesso em: 22 set.2024.

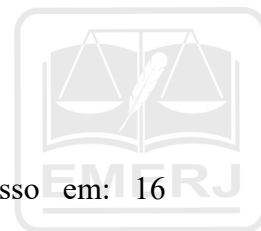
BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 16 ago.2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 22 set.2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80/94, de 12 de janeiro de 1994.** Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 jan.1994.

BRASIL. **Lei nº 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União: p. 1, col. 1, 8 ago. 2006

BRASIL. **Lei nº 14.344/2022, de 24 de maio de 2022.** Cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em:



https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/114344.htm. Acesso em: 16 ago.2024.

BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 22 set.2024

BRASIL. **Lei nº 7.716/1989, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União. 6 jan.1989.

BRASIL. **Lei nº 8069, 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/_ato2019-2022/2022/lei/114344.htm. Acesso em: 16 ago.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 45.793/SC**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 7 de junho de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401366234&dt_publicacao=15/06/2018. Acesso em: 16 ago.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 7267**. Relator: Min. Edson Fachin, 08 de setembro de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur486938/false>. Acesso em: 16 ago.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4636**. Relator: Min. Rosa Weber, 09 de março de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759690724>. Acesso em: 16 ago.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (3ª Câmara Criminal). **Recurso em Sentido Estrito 0006946-45.2018.8.19.0036**. Relator: Min. Antonio Carlos Nascimento Amado). Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.2.0.29>. Acesso em: 16 ago. 2024

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A Defensoria Pública pode prestar assistência jurídica às pessoas jurídicas que preencham os requisitos constitucionais. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/818cdcf067c824a4e34f9293de3b15a9>. Acesso em: 15/08/2024

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Apenas a vítima pode requerer a designação da audiência prevista no art. 16 da LMP para a renúncia à representação; é vedado ao Poder Judiciário designá-la de ofício ou a requerimento de outra parte. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8b910e56415eb6bd1037b46e6e619c58>. Acesso em: 15 ago. 2024

DEFENSORIA PÚBLICA DO PARANÁ. **Nota Técnica 4/2022/Nudem/Dpe-Pr**. Disponível em: https://www.defensoriapublica.pr.def.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2022



-10/nota_tecnica_no_04_22_-_assistencia_qualificada_vitima_juri.docx.pdf. Acesso em: 16 ago.2024.

DIAS, Ana Beatriz, Controle De Convencionalidade Da Compatibilidade Do Direito Doméstico Com Os Tratados Internacionais De Direitos Humanos. **Cadernos Estratégicos Análise Estratégica Dos Julgados Da Corte Interamericana De Direitos Humanos**. Centro de Estudos Jurídicos - CEJUR. – Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018, p. 40-50. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r39104.pdf#:~:text=Por%20controle%20de%20convencionalidade%20entende%2Dse%20o%20mecanismo,dom%C3%A9stica%20deve%20ser%20comp at%C3%ADvel%20com%20a%20ordem>. Acesso em: 22 set.2024.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual da Legislação Criminal Especial**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 1472.

MAZZUOLI, Valério de O. **Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2018. *E-book*. ISBN 9788530982195. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982195/>. Acesso em: 22 set. 2024. PAULO, Bruno Giovannini de; ROQUE, Ana Cristina Lemos. Vitimização secundária de mulheres em delegacias de polícia: localizando as possíveis causas. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Ano 5 (2019), nº 1, p. 362-400, 2019.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil. In: PIOVESAN, Flávia **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 116



A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL POR INADIMPLÊNCIA DE ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS

Mariana Correia Clavelario Nunes Toledo

Graduada pela Universidade Estácio de Sá (UNESA).

Resumo – em ordenamentos jurídicos de alguns países, os alimentos compensatórios é um instituto já consagrado e positivado. Entretanto, no ordenamento jurídico brasileiro sua forma positivada ainda não é contemplada. Nesse sentido, com o surgimento de demandas envolvendo pretensões de recebimento de alimentos compensatórios, o Poder Judiciário e a doutrina caminham na busca por tutelar esses interesses e garantir o cumprimento das obrigações e satisfação do crédito. No presente trabalho, busca-se analisar a existência e natureza jurídica dos alimentos compensatórios, a efetividade da prisão civil como medida apta a combater o inadimplemento de obrigações de prestar alimentos e a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de eleger a via da prisão civil como apta a coagir o devedor de alimentos compensatórios a adimplir o débito.

Palavras-chave – Direito de Família. Alimentos Compensatórios. Parâmetros de fixação. Prisão Civil. Constitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. A controvérsia acerca da existência e natureza jurídica dos alimentos compensatórios: uma construção doutrinária e jurisprudencial. 2. A análise da relevância jurídica da prisão civil como medida coercitiva ao cumprimento da obrigação de prestar alimentos 3. Parâmetros de fixação dos alimentos compensatórios à ótica do princípio da legalidade e a (in)constitucionalidade da aplicabilidade da prisão civil como medida apta a combater o inadimplemento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico busca analisar a existência, a natureza jurídica e os parâmetros de fixação dos alimentos compensatórios, a efetividade da medida coercitiva da prisão civil em casos de inadimplência, e a constitucionalidade da aplicação desse meio de coação para obrigar o devedor de alimentos compensatórios a cumprir com a decisão judicial proferida que o condenou a pagar os alimentos devidos.

Estabelecer a vida em comum, seja por meio do casamento ou da união estável, gera direitos e obrigações éticos e morais, mas também gera direitos e obrigações que tenham repercussão para a esfera jurídica, como o dever de prestar alimentos, cuja presente pesquisa busca discutir.

Diferente dos alimentos prestados entre parentes, cônjuges, companheiros, ascendentes e descendentes, que visam a subsistência da pessoa humana, e estão expressamente previstos na Lei, os alimentos compensatórios carecem de previsão legal, sendo compreendidos como uma construção doutrinária e jurisprudencial.

Nesse sentido, a extinção da relação jurídica advinda do casamento ou da união estável pode trazer consequências econômicas prejudiciais, em situações que um dos cônjuges abdica de investir em si e passa a se dedicar à vida em comum e ao seu cônjuge, razão pela qual é impulsionado o crescimento econômico deste, em detrimento da abdicação daquele, durante a constância conjugal.

Desse modo, a presente pesquisa pretende permear possíveis parâmetros de fixação para que o Poder Judiciário condene o ex-cônjuge a prestar os alimentos compensatórios, e a constitucionalidade da prisão civil como medida coercitiva aplicada pela tutela jurisdicional, a fim de garantir o cumprimento da obrigação e equilibrar a discrepância econômica e o padrão de vida entre os ex-cônjuges, após o encerramento da vida conjugal.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho buscando analisar a controvérsia acerca da existência e natureza jurídica dos alimentos compensatórios, como uma construção doutrinária e jurisprudencial, fruto da extinção da relação conjugal.

No segundo capítulo, a presente pesquisa discute, mediante fundamentos jurídicos sólidos, a efetividade da prisão civil como medida coercitiva ao cumprimento da obrigação de prestar alimentos.

O terceiro capítulo pondera parâmetros que facilitem a fixação de alimentos compensatórios pelo Poder Judiciário à ótica do princípio da legalidade, bem como analisa a constitucionalidade da aplicabilidade da prisão civil, a fim de coagir, mediante a tutela jurisdicional, o devedor a cumprir com a obrigação de prestar alimentos compensatórios.

Para tanto, busca-se apresentar abordagens jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema, eis que a pesquisa é desenvolvida pelo método explicativo, tendo em vista que o pesquisador tem por objetivo analisar, mediante fundamentos jurídicos viáveis e adequados, os institutos que correspondem ao debate central do trabalho.

A abordagem desta pesquisa é qualitativa, tendo em vista que para defender sua tese, o pesquisador almeja analisar o tema em foco, mediante a conceituação e explicação, e se valer da bibliografia cabível ao tema, que são doutrina, jurisprudência e legislação.



1. A CONTROVÉRSIA ACERCA DA EXISTÊNCIA E NATUREZA JURÍDICA DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS: UMA CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Diferente dos ordenamentos jurídicos de alguns países, como a França no artigo 270 do Código Civil Francês¹, e a Espanha, no artigo 97 do Código Civil Espanhol², o instituto dos alimentos compensatórios não é positivado no Brasil. Dessa forma, buscando tutelar interesses resultantes do fim da relação conjugal, doutrina e jurisprudência vêm construindo e definindo a existência e a natureza jurídica dos alimentos compensatórios.

No artigo 1.566, inciso III, do Código Civil³, verifica-se a disposição expressa de um dos deveres conjugais, denominado como mútua assistência, que consiste na reciprocidade de obrigação alimentar no decorrer da constância da relação conjugal ou da união estável. Nesse sentido, quando ocorre o rompimento do casamento ou da união estável, os alimentos a serem prestados possuem previsão, aquela contida no artigo 1.694 do Código Civil⁴, que tem como objetivo atender às necessidades de subsistência do alimentando, e pode ser prestado em favor de parentes, cônjuges, companheiros, até mesmo entre pais e filhos, avós e netos.

Distintos da prestação de alimentos que visa a subsistência da pessoa humana e se encontra de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, os alimentos compensatórios podem encontrar guarida no dever de solidariedade previsto no artigo 265 do Código Civil⁵, e são frutos da extinção da relação jurídica estabelecida no casamento ou união estável, especificamente nos casos em que o rompimento do vínculo jurídico trouxer consequências financeiras como a assimetria econômica entre as partes, prejudiciais ao padrão de vida de um dos ex-cônjuges, em comparação ao outro, razão pela qual o cônjuge que possua melhor condição econômica pode vir a prestar os alimentos compensatórios ao cônjuge prejudicado, de maneira a reequilibrar a simetria econômica entre as partes⁶.

¹FRANÇA. **Código Civil**. Promulgado em 21 de março de 1804. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2024-08-08/. Acesso em: 8 ago.2024.

²ESPANHA. **Código Civil**. Promulgado em 24 de julho de 1889. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con#codigocivil](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con#codigocivil). Acesso em: 8 ago.2024.

³BRASIL. **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/L10406.htm. Acesso em: 8 ago.2024.

⁴*Ibid.*

⁵*Ibid.*

⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (5. Turma). Apelação Cível 20110710144307. Relator: Des. João Egmont, 21 de jun.2012. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Alimentos compensatórios e divisão dos frutos e rendimentos dos bens comuns**: não dá para confundir. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/alimentos-compensatorios-e-divisao-dos-frutos-e-rendimentos-dos-bens-comuns-nao-da-para-confundir/>. Acesso em: 8 ago.2024.

No âmbito jurisprudencial, a Ministra Nancy Andrichi⁷, compondo a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao proferir voto nos autos do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 28.853-RS, pontuou que o instituto dos alimentos compensatórios tem sido uma temática central em relevantes discussões jurídicas, se mostrando apto a solucionar e restaurar o equilíbrio econômico que pode ser extinguido com a descontinuidade da vida conjugal.

É necessário cautela na abordagem do instituto, eis que parte da jurisprudência e doutrina com certa frequência distorcem ao abordarem a finalidade dos alimentos compensatórios e a compensação econômica proveniente da minoração do padrão socioeconômico do ex-cônjuge. Isso porque ocorre uma unificação de conceitos para chamar de alimentos compensatórios os denominados alimentos ressarcitórios ou alimentos compensatórios patrimoniais, que são distintos dos alimentos compensatórios humanitários⁸.

Dessa forma, se faz necessária a distinção entre alimentos compensatórios humanitários e alimentos ressarcitórios ou compensatórios patrimoniais. Segundo Rolf Madaleno⁹, os alimentos compensatórios patrimoniais surgem para tutelar o interesse de um dos ex-cônjuges que se veem sem acesso e fruição aos rendimentos provenientes dos bens em comum, cuja liquidação judicial do regime de comunicação de bens ainda não foi realizada, e por isso a administração dos bens conjugais comuns é exercida de forma unilateral pelo outro cônjuge. Já os alimentos compensatórios humanitários são aqueles devidos com o intuito de indenizar e reequilibrar a desigualdade material e socioeconômica entre os ex-cônjuges, após o rompimento do vínculo matrimonial.

Rolf Madaleno¹⁰ destaca a existência de um entendimento no sentido de conceder alimentos compensatórios com base na perda de uma chance que merece ser indenizada. Nesse sentido, o cônjuge que abdicou da busca individual por crescimento econômico e profissional para se dedicar ao seu cônjuge, aos filhos e ao lar, teria perdido a chance de ter êxito em seu crescimento, agregar vulto econômico e se qualificar profissionalmente em busca de boa colocação no mercado de trabalho.

Em uma abordagem sobre o intuito dos alimentos compensatórios, Rolf Madaleno¹¹ é categórico ao afirmar que independe da motivação do divórcio, o que se considera é a presença

⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 28.853-RS**. Recurso Ordinário em face de decisão denegatória de habeas corpus. Preliminar. [...]. Relatora: Min. Nancy Andrichi, 1º jun. 2011, p. 397. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_226_capTerceiraTurma.pdf. Acesso em: 8 ago.2024.

⁸MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 1107, *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530995201/>. Acesso em: 8 ago.2024.

⁹*Ibid.*, p. 1113.

¹⁰*Ibid.*, p. 1105.

¹¹*Ibid.*, p. 1102.



de um desequilíbrio econômico entre os cônjuges, que por meio do pagamento dos alimentos compensatórios tende a readequar a simetria econômica entre as partes, seja através de prestações pecuniárias de caráter vitalício, de uma única prestação pecuniária ou de transmissão de bens.

No decorrer da constância conjugal pode ocorrer a situação em que um dos cônjuges abdica de investir em si e passa a se dedicar à vida em comum e ao seu cônjuge, ocorrendo o impulsionamento do crescimento econômico deste, em detrimento da abdicação daquele. Este, sem dispensar a análise casuística, aduz um contexto ideal para o cabimento do dever de prestar alimentos compensatórios, uma vez que se presume o esforço mútuo do casal para o crescimento financeiro e familiar.

No que diz respeito à natureza jurídica dos alimentos compensatórios humanitários, o Ministro Sidnei Beneti, com atribuição no Superior Tribunal de Justiça, destaca que “não têm, os ditos ‘alimentos compensatórios’, caráter alimentar natural ou civil, mas, sim, natureza indenizatória.”¹²

Para Maria Berenice Dias:

talvez mais adequado fosse nominá-los de verba ressarcitória ou alimentos indenizatórios. De qualquer modo, os alimentos chamados de compensatórios e o repasse dos frutos e rendimentos comuns – nominados de alimentos provisórios – não se confundem. Nenhum dispõe de caráter alimentar (CC, art. 1694) que têm origem no poder familiar (CC, art. 1634), nos deveres do casamento (CC, art. 1.566, III) ou da união estável (CC).¹³

Ao analisar a natureza jurídica dos alimentos compensatórios humanitários, portanto, verifica-se que ao mesmo tempo que se denomina alimentos, por não terem o intuito de imediata subsistência do alimentando, podem ser considerados como pecúnia de caráter indenizatório, o que aduz uma distinção das parcelas tradicionalmente consideradas de natureza alimentar.

De outro modo, o fato de a necessidade imediata de subsistência do alimentando não ser aplicado para a decretação da obrigação de pagar alimentos compensatórios ao credor, fato é que ao ingressar no patrimônio do credor, a pecúnia se alia ao vulto econômico que já pertence ao alimentando e corrobora para o mantimento deste dentro do padrão de vida que possuía à época do vínculo conjugal.

Por ter função compensatória e não de suprimento para subsistência do credor, os alimentos compensatórios humanitários não são considerados vinculados ao trinômio da

¹²BRASIL, ref. 7.

¹³DIAS, Maria Berenice. **Alimentos compensatórios e divisão dos frutos e rendimentos dos bens comuns:** não dá para confundir. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/alimentos-compensatorios-e-divisao-dos-frutos-e-rendimentos-dos-bens-comuns-nao-da-para-confundir/>. Acesso em: 8 ago.2024.

necessidade, possibilidade e proporcionalidade, de maneira que a situação do ex-cônjuge – alimentando – pode dar ensejo a prestação de alimentos compensatórios ainda que tenha renda própria para se sustentar, desde que presente o desequilíbrio de padrão socioeconômico entre os ex-cônjuges após a ruptura da relação conjugal.¹⁴

Na visão de Rolf Madaleno, os alimentos compensatórios humanitários visam “reparar o passado, cuidando para que ele não falte no futuro. Tem, a toda evidência, um propósito indenizatório, que não exclui sua função compensatória”.¹⁵

Observa-se então a existência dos alimentos compensatórios no ordenamento jurídico brasileiro, que apesar de controvérsias acerca de sua natureza jurídica, caminha para um caráter indenizatório, tendo em vista que visa compensar o dano ao ex-cônjuge que teve seu padrão socioeconômico minorado.

Por fim, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana expressamente previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988¹⁶, e considerando que há um dinamismo social que constantemente oportuniza o surgimento de novas demandas, surgem os alimentos compensatórios como forma do Direito acompanhar a dinamicidade das relações sociais e tutelar direitos de modo que os princípios constitucionais sejam respeitados.

2. A ANÁLISE DA RELEVÂNCIA JURÍDICA DA PRISÃO CIVIL COMO MEDIDA COERCITIVA AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS

O instituto da prisão civil encontra embasamento legal no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição da República de 1988¹⁷. Já no âmbito Processual Civil, o artigo 528, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil¹⁸ prevê expressamente a decretação da prisão civil, que deve ser expedida pelo magistrado, ao fixar o prazo de um a três meses de cumprimento, no contexto em que o alimentante, após ser citado nos autos da execução de alimentos, não pague ou apresente justificativa que não for aceita.

No âmbito jurisprudencial, foi consolidado o entendimento no sentido de ser possível a segregação cível do alimentante referente ao inadimplemento das três últimas prestações

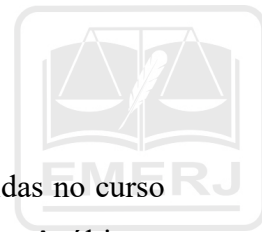
¹⁴DIAS, ref. 13.

¹⁵MADALENO, ref. 8, p. 1.113.

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: 9 ago.2024.

¹⁷*Ibid.*

¹⁸BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. 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: 9 ago.2024.



alimentícias, além do protesto da decisão judicial, que inclui as prestações vencidas no curso da ação de alimentos. De outro modo, as prestações alimentícias vencidas antes dos três últimos meses – a serem contados a partir do ajuizamento da execução de alimentos –, por não mais terem como característica a função de suprimento imediato à subsistência alimentar do interessado, devem ser exigidas em demanda executiva distinta, cujo rito a ser seguido é a penhora.¹⁹

Se faz necessário pontuar que dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição da República de 1988, uma colisão pode ocorrer entre os interesses correspondentes a tais direitos, razão pela qual a maneira de solucionar o conflito é aplicar a técnica de ponderação, desenvolvida por Robert Alexy²⁰. Nesse sentido, ao decretar a prisão civil do devedor de obrigação alimentícia, automaticamente há uma limitação da dignidade da pessoa humana e a liberdade de locomoção do executado. Entretanto, ao ponderar com o direito à vida do alimentando, verifica-se que há alguém com uma necessidade essencial à vida, eis que referente a subsistência do credor, o que justifica a decretação da prisão civil neste caso.

A prisão civil, quando cabível no caso concreto, deve ser decretada por decisão judicial fundamentada, mediante análise das peculiaridades do caso e na medida certa para produzir a coercitividade incentivadora ao cumprimento da obrigação alimentícia, levando sempre em consideração que a natureza da referida prisão é, em essência, cível.

Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça:

a autorização constitucional e legal para que se utilize a prisão civil como técnica de coerção do devedor de alimentos não significa dizer que se trata de medida de deferimento obrigatório e irrefletido, devendo ser examinado, sempre, as circunstâncias que permeiam a hipótese em juízo de ponderação entre a máxima efetividade da tutela satisfativa e a menor onerosidade da execução.²¹

Nesse sentido, verifica-se que a boa-fé objetiva e a razoabilidade devem ser consideradas ao lidar com a possibilidade de um decreto de prisão. Para Flávio Tartuce²², até mesmo a aplicação do instituto do adimplemento substancial – que consiste na alegação de

¹⁹MADALENO, ref. 8, p. 946.

²⁰JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras/. Acesso em: 9 ago.2024.

²¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Habeas Corpus 422.699-SP**. Civil. Processo Civil. Habeas Corpus. Prisão Civil por alimentos devidos a ex-cônjuge [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 26 jun. 2011. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702813307&dt_publicacao=29/06/2018. Acesso em: 9 ago.2024.

²²TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, p. 32, *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649686/>. Acesso em: 9 ago.2024.

inadimplemento ínfimo e parcial do devedor como mecanismo para afastar a resolução de um contrato – é passível de ser aplicada em obrigações alimentícias, de modo que a prisão civil deve ser encarada como a *ultima ratio*.

Importante destacar que embora possua natureza cível, a prisão é um meio que todos desejam evitar, e, por isso, acaba sendo grande desprazer ao alimentante se ver em um contexto prisional. Desse modo, verifica-se que aplicar o instituto do adimplemento substancial para limitar a atuação do credor de alimentos na busca pelo recebimento do crédito devido, pode tornar passível o descumprimento consciente e intencional por parte do devedor, cuja hipótese constituiria mais uma demanda para se analisar a boa-fé no caso concreto.

No entendimento do Ministro Antonio Carlos Ferreira²³, atuando no Colendo Superior Tribunal de Justiça, proferiu voto-vista destacando que a obrigação de caráter alimentício tem por objeto um direito indisponível, que corresponde a garantir o mínimo necessário à subsistência do alimentando, e seu inadimplemento pode ensejar severas consequências. Por isso, ao concluir a análise, o Ministro define que a justificativa e demais parâmetros relacionados ao inadimplemento de prestação de alimentos devem ser analisados pelo Poder Judiciário no caso concreto, ocasião cuja quantificação da inadimplência do devedor deve ser verificada levando em conta demais aspectos e peculiaridades.

O que se espera em uma execução de alimentos, qualquer que seja o mecanismo coercitivo aplicado, é que o alimentante adimpla sua obrigação o mais rápido possível, atendendo às necessidades de subsistência do interessado no recebimento do crédito. Por isso, cada caso deve ser analisado com cautela, tendo em vista que o objetivo não deve ser puramente punitivo, e sim coercitivo o suficiente para que o interesse seja satisfeito.

Em decisão recente da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça²⁴, foi entendido pela possibilidade de cassar a prisão civil, quando esta não for medida mais eficaz para compelir o devedor a pagar o débito alimentício. Em sua manifestação nos autos da decisão, o Ministro Moura Ribeiro ponderou que a custódia do alimentante se justifica se alcançar o adimplemento da prestação alimentícia atrasada, ao suprir a subsistência do alimentando e demonstrar ser meio

²³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Habeas Corpus 439.973-MG**. Habeas Corpus. Direito de Família. Teoria do adimplemento substancial. Não incidência [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 16 ago. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800536687&dt_publicacao=04/09/2018. Acesso em: 9 ago.2024.

²⁴SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Prisão civil pode ser cassada quando não for medida mais eficaz para obrigar devedor de pensão alimentícia a pagar**. Brasília, 18 mar.2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/18032024-Prisao-civil-pode-ser-cassada-quando-nao-for-medida-mais-eficaz-para-obrigar-devedor-de-pensao-alimenticia-a-pagar.aspx>. Acesso em: 14 ago.2024.



que adeque a máxima efetividade com o mínimo possível de limitações aos direitos do devedor de alimentos. No caso concreto que tramita em segredo de justiça, o devedor de alimentos demonstrou carecer de viabilidade financeira para adimplir o débito, em razão de condições precárias de saúde.

Portanto, com relação àquele devedor de alimentos que, mediante análise de dados concretos, indubitavelmente careça de viabilidade para adimplir a obrigação alimentícia, se faz necessário cautela ao eleger a prisão civil como meio coercitivo apto a forçar o cumprimento da obrigação, eis que neste caso o seu nível de eficácia é questionável.

No que concerne à esfera de efetividade da prisão civil do devedor de alimentos, a possibilidade de segregação cível do devedor, em sua simples existência no ordenamento jurídico brasileiro, deve deixar em alerta o alimentante inadimplente que detenha meios de prestar a obrigação alimentícia regularmente, pois certo é que ninguém quer se ver em uma situação de cárcere.

Pelo exposto, verifica-se que por trás da possibilidade da decretação da prisão, até que se chegue na consumação do cárcere, há uma série de parâmetros a serem observados com cautela pelo Poder Judiciário, para que as decisões judiciais se mantenham no intuito de garantir o direito, sem que isso minore excessivamente e desnecessariamente a esfera de direitos da parte compelida a cumprir com a obrigação alimentícia. De todo modo, não se pode esperar que o Poder Judiciário se mantenha inerte ante a imediata necessidade da parte alimentanda, e sim que busque meios efetivos e necessários à satisfação da demanda, sendo possível que a prisão civil seja o artifício mais adequado.

3. FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS À ÓTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA APLICABILIDADE DA PRISÃO CIVIL COMO MEDIDA APTA A COMBATER O INADIMPLENTO

Embora não se encontre disposição expressa na Lei sobre os alimentos compensatórios, ao Direito não se demonstra plausível deixar de tutelar os interesses pertinentes ao cônjuge que sofre com o desequilíbrio material oriundo da extinção do vínculo conjugal.

Surge a atuação do Poder Judiciário, que com atendimento aos princípios constitucionais, deve fundamentar e parametrizar os provimentos judiciais que envolvam a prestação de alimentos compensatórios humanitários.

Ralf Madaleno²⁵, em sua obra sobre Direito de Família, destaca que, primordialmente, é possível que as partes convençionem e celebrem acordo definindo como será feita a prestação alimentícia da forma como melhor atenda aos seus interesses. Nesse caso, o Poder Judiciário, ao receber os termos do acordo, analisa para garantir que não há prejuízo para uma das partes.

Quando não há composição entre as partes, resta ao Poder Judiciário prover ou não aquela demanda judicial, delimitando a forma como será cumprida a obrigação, caso seja reconhecida sua existência e, portanto, provido o pedido. Nesse sentido, a fim de possibilitar que o Juízo fixe os termos da obrigação de prestar alimentos compensatórios à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – que orientam a quantificação da obrigação ao caminho do equilíbrio e do bom senso – é necessário elencar parâmetros.

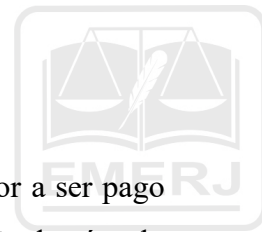
Em caso de fixação por decisão judicial, inicialmente, deve ser considerada a situação econômica e de saúde da parte que irá cumprir a obrigação, bem como a saúde e o vulto econômico cujo credor de alimentos já possui após o encerramento do vínculo conjugal. Pode haver casos em que embora existente a diferença nos padrões de vida do devedor de alimentos e do credor de alimentos, o desequilíbrio seja de menor magnitude, o que influenciará diretamente no valor a ser prestado na obrigação.

O histórico profissional é uma esfera de importante análise para a quantificação da pensão compensatória, isso porque quanto maior foi o nível de abdicção da vida profissional em virtude da dedicação ao seio conjugal e familiar, maior deve ser o valor. É de igual importância para especular o grau de chance do cônjuge que sofreu o abalo em seu padrão de vida ser reinserido no mercado de trabalho, ou seja, a possibilidade de surgimento de novas oportunidades para que a pessoa seja reposicionada no âmbito profissional, o que levará em conta também a idade.

O lapso temporal decorrido entre o início do relacionamento conjugal ou da união estável e a extinção do vínculo matrimonial ou da união deve ser considerado, uma vez que dele se extrai o período em que o credor de alimentos se dedicou à vida conjugal.

Embora esses sejam aspectos a serem considerados nas ações que envolvam pedidos de condenação à obrigação de prestar alimentos compensatórios humanitários, não se pode deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto, que uma vez demonstradas nos autos por meio do lastro probatório produzido pelas partes, podem servir de parâmetro para que o Juízo decida com prudência, bom senso, razoabilidade e proporcionalidade.

²⁵MADALENO, ref. 8, p. 1.114.



Ao fixar os alimentos compensatórios, o Juízo pode quantificar um valor a ser pago uma única vez ao credor dos alimentos, ou deixar em aberto o prazo para extinção do vínculo obrigacional em casos de fixação de pensão compensatória periódica, hipótese que enseja a possibilidade de as partes requererem a manutenção da pensão por meio de ação própria.

À luz do princípio da legalidade, verifica-se a disposição do artigo 5º, inciso II, da Constituição da República de 1988²⁶, que define que deve ser oriundo da lei o dever de fazer ou deixar de fazer algo. Entretanto, no artigo 226, parágrafo 5º, da Constituição da República de 1988²⁷, também consta a proteção especial à família, fornecida pelo Estado, e destaca a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher relacionados a relação jurídica matrimonial, o que pode embasar com cunho principiológico a fixação dos alimentos compensatórios humanitários, eis que frente à omissão legislativa, é necessário tutelar esses interesses de alguma maneira que atenda aos princípios constitucionais.

No âmbito da inadimplência de alimentos compensatórios humanitários, cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de utilizar a via da prisão civil como medida coercitiva apta a coagir o devedor ao pagamento. Ocorre que o artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição da República de 1988²⁸ dispõe sobre a vedação da prisão civil por dívida, ressalvada a hipótese em que há inadimplemento voluntário e inescusável de obrigações alimentares por parte do responsável por pagar esses alimentos.

Sendo o inadimplemento voluntário aquele em que há culpa do responsável por satisfazer a obrigação, e inescusável aquele que não há como se justificar de modo a perdoar o débito, se faz necessário analisar a vontade do legislador constituinte ao, de forma categórica, afirmar que a prisão civil é admitida em casos de inadimplemento de obrigações alimentícias.

Na seara jurisprudencial, o Ministro Raul Araújo, integrando a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao proferir voto nos autos do Habeas Corpus 744.673/SP, afirmou que:

a prisão por dívida de alimentos é medida drástica e excepcional, que somente é admitida excepcionalmente, quando imprescindível à subsistência do alimentando, não estando atrelada a uma possível punição por inadimplemento, ou mesmo à forma de remição da dívida alimentar, tendo como escopo coagir o devedor a pagar os alimentos devidos a fim de preservar a sobrevivência do alimentando.²⁹

²⁶BRASIL, ref. 16.

²⁷*Ibid.*

²⁸*Ibid.*

²⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Habeas Corpus 744.673/SP**. Constitucional, Processual Civil e Civil. Habeas Corpus. Execução de alimentos. Prestação alimentícia em favor de ex-cônjuge. Natureza indenizatória. Débito pretérito. Rito da prisão civil. Descabimento. Ordem concedida. Relator: Min. Raul Araújo, 13 set. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201585050&dt_publicacao=20/09/2022. Acesso em: 18 set.2024.

Portanto, o rito da prisão civil não tem como intuito penalizar o responsável pela obrigação alimentícia, e sim coagi-lo a cumprir a obrigação de forma regular. Nesse sentido, a coação exercida é válida, pois é utilizada para incentivar o suprimento de uma necessidade referente à sobrevivência daquele que aguarda o cumprimento da obrigação de natureza jurídica existencial.

Ralf Madaleno, ilustre doutrinador que explora a temática dos alimentos compensatórios no Brasil, pontua que:

só os alimentos pertencentes ao Direito de Família permitem a prisão civil pelo não pagamento injustificado, nos termos do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, e previstos nos artigos 1.566, inciso III, e 1.694 e seguintes do Código Civil, todos eles vinculados às relações de família, incluídos os alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei n. 11.804/2008, em conformidade com as conclusões da V Jornada do STJ de Direito Civil, de agosto de 2011 e vertidas no Enunciado n. 522.³⁰

No caso dos alimentos compensatórios humanitários, além da natureza jurídica entendida como indenizatória, o interesse é equilibrar o padrão econômico entre os ex-cônjuges, de modo que não há necessidade de cunho existencial, eis que o destinatário destes alimentos tem condições de manter o próprio sustento, mas não no mesmo padrão de vida vivenciado durante a sociedade conjugal.

Dessa forma, no polo de direitos entre as partes verifica-se o direito à liberdade do devedor e, no que tange à parte contrária, o direito de receber o seu crédito. Por isso, o exame a se fazer é a análise da proporcionalidade e razoabilidade na ponderação de direitos, sobretudo aqueles que envolvam a restrição da liberdade do réu para coibi-lo a satisfazer essa obrigação.

Em demandas executórias é de suma importância otimizar o rito processual para que o interesse seja satisfeito com menor grau de onerosidade para a parte contrária. No âmbito das demandas que envolvem pleito de execução de alimentos compensatórios, o Poder Judiciário busca satisfazer a razão de ser do processo se utilizando de outros mecanismos coercitivos incentivadores do adimplemento do crédito, como aqueles previstos no rito de cumprimento de sentença de obrigação de prestar alimentos do artigo 528 do Código de Processo Civil³¹, com exceção da prisão civil.³²

Por isso, em ações executórias é levada em conta a situação da parte que está sendo executada, pois da mesma forma que os direitos do exequente envolvem inclusive a satisfação do seu crédito, os direitos do executado envolvem uma série de garantias, dentre elas a garantia

³⁰MADALENO, ref. 8, p. 935.

³¹BRASIL, ref. 18.

³²MADALENO, ref. 8, p. 936.



de que será eleita a via executória de menor onerosidade, mas que satisfará o propósito da execução de agregar o valor correspondente ao débito do executado.

Na proposta de Reforma do Código Civil, atualmente em tramitação no âmbito do Poder Legislativo, há previsão expressa que, se aprovada, elucidará a questão da legalidade do instituto dos alimentos compensatórios no Direito brasileiro. Isso porque o Anteprojeto de Reforma do Código Civil elenca regras explicitadas por meio de três artigos que tratam sobre os alimentos compensatórios. O artigo 1.709-A³³ dispõe sobre os alimentos compensatórios humanitários, o subsequente artigo 1.709-B³⁴ prevê a possibilidade de prestação de alimentos compensatórios patrimoniais e, por fim, o artigo 1.709-C³⁵, define a vedação à aplicabilidade da prisão civil por inadimplemento dos alimentos compensatórios.³⁶

Nesse sentido, no tempo presente, a aplicação do instituto dos alimentos compensatórios e da prisão civil por inadimplemento destes demandam cuidadosa análise sobre sua legalidade, uma vez que se questiona a previsão e regulamentação direta e expressa sobre esse vínculo obrigacional. O desafio, portanto, envolve a busca por uma resposta constitucional, proporcional e razoável àqueles que provocam a jurisdição para tutelar os seus interesses.

CONCLUSÃO

Por meio deste artigo científico, foi possível notar a relevância dos debates que envolvem o instituto dos alimentos compensatórios no Brasil, sobretudo por tratar-se de um mecanismo de ampliação de proteção de direitos, eis que sua fixação tutela o interesse daquele que abdicou de buscar por seu próprio desenvolvimento e optou por dedicar-se a impulsionar a trajetória do parceiro durante a constância conjugal.

Assim, notou-se a distinção entre a natureza dos alimentos de cunho existencial e a natureza dos alimentos de cunho indenizatório, especificamente no que cada um busca satisfazer no âmbito das mais diversas relações jurídicas.

³³BRASIL. **Relatório Final dos Trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 17 abr.2024. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 25 nov.2024.

³⁴*Ibid.*

³⁵*Ibid.*

³⁶SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil Comentado**: Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 1.684, *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995430/>. Acesso em: 25 nov.2024.

Outrossim, esclareceu-se a importância do reconhecimento da obrigação de prestar alimentos compensatórios como medida apta a reestabelecer o equilíbrio entre os ex-cônjuges após o rompimento do vínculo conjugal, inclusive por consagrar e reconhecer o esforço, a abdicação, a eventual dedicação às tarefas do lar e toda a contribuição do ex-cônjuge para a vida a dois durante o relacionamento.

Verificou-se que embora a obrigação de prestar alimentos compensatórios não possua previsão legal expressa, encontra embasamento em princípios constitucionais, sendo objeto de amplos debates nas vias doutrinárias e jurisprudenciais, e, portanto, admitida pelo ordenamento jurídico do Brasil.

Percebeu-se a validade da prisão civil como medida coercitiva autorizada constitucionalmente e apta a fomentar o adimplemento de obrigações alimentícias, bem como a ponderação entre direitos para estudar a viabilidade da aplicação do instituto da prisão civil nos casos de inadimplência de obrigações.

A pesquisa possibilitou entender que o Poder Judiciário visa atender às demandas de seus jurisdicionados com a máxima efetividade, e frente à omissão do Poder Legislativo o Estado não deve ficar inerte ao se deparar com uma situação em que ocorre explícito descumprimento dos princípios da solidariedade, da mútua assistência e da boa-fé objetiva. Por isso, com embasamento e norteadas por princípios constitucionais, as demandas que envolvam pleitos de alimentos compensatórios humanitários são analisadas e decididas de forma fundamentada pelo Juízo.

Conclui-se, assim, pela inconstitucionalidade e impossibilidade de eleger a prisão civil como medida coercitiva apta a combater a inadimplência no âmbito das ações que envolvam pedidos de alimentos compensatórios humanitários, uma vez que estes não são obrigações de natureza alimentícia existencial e sim de natureza indenizatória, razão pela qual não se justifica cercear a liberdade do devedor e inseri-lo em situação de cárcere, a fim de buscar a satisfação do crédito.

A pesquisa propôs desafios quanto à análise da controvertida existência e natureza jurídica dos alimentos compensatórios humanitários, o que influenciou também na análise do cabimento da prisão civil como medida que atendesse ao princípio da máxima efetividade com a menor onerosidade para as partes. Com a evolução do tema nos âmbitos doutrinários e jurisprudenciais, é crível que o debate sobre o instituto dos alimentos compensatórios continue tendo contribuições dado seu caráter controvertido.

Mais acertada, contudo, é a possível utilização de outros mecanismos legais de combate ao inadimplemento de créditos e fomentadores do regular cumprimento de obrigações



reconhecidas e providas nos autos de ações judiciais, como as decisões que reconheçam a obrigação de reequilibrar o padrão socioeconômico dos ex-cônjuges e pagar os alimentos compensatórios humanitários devidos.

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: 9 ago.2024.

BRASIL. **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/L10406.htm. Acesso em: 8 ago.2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 ago.2024.

BRASIL. **Relatório Final dos Trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 17 abr.2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/arquivos/anteprojeto-codigo-civil-comissao-de-juristas-2023_2024.pdf. Acesso em: 25 nov.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Habeas Corpus 422.699-SP**. Civil. Processo Civil. Habeas Corpus. Prisão Civil por alimentos devidos a ex-cônjuge [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 26 jun. 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702813307&dt_publicacao=29/06/2018. Acesso em: 9 ago.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 28.853-RS**. Recurso Ordinário em face de decisão denegatória de habeas corpus. Preliminar. [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 1º jun. 2011, p. 397. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2012_226_capTerceiraTurma.pdf. Acesso em: 8 ago.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Habeas Corpus 439.973-MG**. Habeas Corpus. Direito de Família. Teoria do adimplemento substancial. Não incidência [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 16 ago. 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800536687&dt_publicacao=04/09/2018. Acesso em: 9 ago.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Habeas Corpus 744.673/SP**. Constitucional, Processual Civil e Civil. Habeas Corpus. Execução de alimentos. Prestação alimentícia em favor de ex-cônjuge. Natureza indenizatória. Débito pretérito. Rito da prisão civil. Descabimento. Ordem concedida. Relator: Min. Raul Araújo, 13 set.2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201585050&dt_publicacao=20/09/2022. Acesso em: 18 set.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (5. Turma). Apelação Cível 20110710144307. Relator: Des. João Egmont, 21 de jun.2012. *apud* DIAS, Maria Berenice. **Alimentos compensatórios e divisão dos frutos e rendimentos dos bens comuns:** não dá para confundir. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/alimentos-compensatorios-e-divisao-dos-frutos-e-rendimentos-dos-bens-comuns-nao-da-para-confundir/>. Acesso em: 8 ago.2024.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos compensatórios e divisão dos frutos e rendimentos dos bens comuns:** não dá para confundir. Disponível em: <https://berenicedias.com.br/alimentos-compensatorios-e-divisao-dos-frutos-e-rendimentos-dos-bens-comuns-nao-da-para-confundir/>. Acesso em: 8 ago.2024.

ESPANHA. **Código Civil.** Promulgado em 24 de julho de 1889. Disponível em: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con#codigocivil](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con#codigocivil). Acesso em: 8 ago.2024.

FRANÇA. **Código Civil.** Promulgado em 21 de março de 1804. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2024-08-08/. Acesso em: 8 ago.2024.

JÚDICE, Mônica Pimenta. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras/. Acesso em: 9 ago.2024.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530995201/>. Acesso em: 8 ago.2024.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil Comentado:** Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 1.684, *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530995430/>. Acesso em: 25 nov.2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Prisão civil pode ser cassada quando não for medida mais eficaz para obrigar devedor de pensão alimentícia a pagar.** Brasília, 18 mar.2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/18032024-Prisao-civil-pode-ser-cassada-quando-nao-for-medida-mais-eficaz-para-obrigar-devedor-de-pensao-alimenticia-a-pagar.aspx>. Acesso em: 14 ago.2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família.** v.5. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024, *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649686/>. Acesso em: 9 ago.2024.



A CONTROVÉRSIA ACERCA DA EFICÁCIA INTERTEMPORAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Mariana Tonini de Oliveira

Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

Resumo - o presente trabalho objetiva analisar o instituto do acordo de não persecução penal a partir da sua compreensão enquanto um mecanismo de solução consensual no âmbito criminal brasileiro, notadamente no que diz respeito à sua eficácia intertemporal. Em um primeiro pretende-se examinar a possibilidade de celebração de acordo para fatos ocorridos e processos instaurados antes da vigência da Lei nº 13.694/2019. Em seguida intenciona-se descortinar o tema para analisar a possível ocorrência de fatos supervenientes que possam ensejar a proposta de acordo no curso da ação penal. O terceiro aspecto de análise pretende abordar a divergência no âmbito da jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente no que concerne ao momento limite para a celebração do acordo, bem como para se operar a retroação do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Palavras-chave – Acordo de não persecução penal. Eficácia intertemporal. Retroatividade. Lei nº 13.964/2019. Justiça negociada.

Sumário - Introdução. 1. A possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal para fatos ocorridos e processos instaurados antes da vigência da Lei nº 13.964/2019. 2. A eficácia intertemporal do acordo de não persecução penal à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores e a tutela da segurança jurídica. 3. O momento de celebração do acordo segundo a jurisprudência dos tribunais superiores. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva analisar a eficácia intertemporal do acordo de não persecução penal, instituto de justiça negocial que ingressou pela via legislativa no sistema processual penal brasileiro em 2019, com o advento da Lei nº 13.964/19, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”. Partindo da premissa que a norma trazida pelo art. 28-A do CPP possui um conteúdo híbrido (ou processual material), analisar-se-á a viabilidade da retroatividade da norma para os casos penais anteriores à vigência da Lei 13.964/19, sobretudo a averiguação do momento limite para se operar a retroação.

Pretende-se descortinar, portanto, as diferentes posições acerca do momento oportuno para a celebração do acordo, e, conseqüentemente, demonstrar o impacto de tais compreensões na pretensão punitiva estatal, uma vez que o cumprimento integral da avença importa na extinção da punibilidade do agente.

Para tanto, abordam-se as posições da literatura jurídica, expondo grande controvérsia entre os processualistas penais, e, prioritariamente as decisões dos Tribunais Superiores, uma vez que é possível identificar, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, divergências acerca do momento limite para a celebração do acordo de não persecução penal. Grande parte das decisões entendem que a avença só poderá ser firmada até o recebimento da denúncia. Contudo, há precedentes autorizando a celebração do instituto em qualquer fase processual, desde que não haja o trânsito em julgado da ação penal.

O tema é atual e relevante, uma vez que o ANPP representa um mecanismo que, ao reduzir o espectro da persecução penal, possibilita economia de recursos e de tempo do sistema de justiça criminal e permite o exercício de uma tutela penal mais efetiva nos crimes graves que merecem esse tratamento.

Ao trazer uma resolução de conflito menos traumática aos que cometeram os delitos, revela também um comprometimento em implementar alternativas racionais que não geram o agravamento da situação do sistema penitenciário nacional.

Ademais, é perceptível a alteração significativa que o novel instituto promoveu no paradigma da tutela penal brasileira, uma vez que a celebração de acordos atinge grande espectro de delitos de nosso sistema penal, e consequentemente, promove uma redução razoável no campo da persecução penal em juízo no que diz respeito a crimes de baixa e média gravidade não cometidos com violência ou grave ameaça.

O primeiro capítulo do trabalho aborda a possibilidade de celebração do instituto despenalizador para fatos ocorridos e processos instaurados antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, segundo uma visão da literatura jurídica acerca da retroatividade da norma insculpida no art. 28-A do Código de Processo Penal e a sua extensão. Leva-se em consideração, sobretudo, o fato de revelar uma norma de conteúdo híbrido, que impacta diretamente na pretensão punitiva estatal e no estado de liberdade do agente.

Segue-se, no segundo capítulo, à análise da ocorrência de fatos supervenientes que possam ensejar a proposta de acordo pelo Ministério Público, tais como o aditamento à denúncia, a desclassificação da imputação ou a procedência parcial da acusação, de modo que, em razão da nova configuração, o acusado passe a preencher os requisitos do ANPP.

O terceiro capítulo apresenta a controvérsia presente nos Tribunais Superiores acerca do momento adequado para a formalização da avença, levando-se em conta que boa parte da jurisprudência compreende que a realização deve se dar até o recebimento da denúncia. Não obstante, há precedentes relevantes no Supremo Tribunal Federal autorizando a oportunização do acordo pelo Ministério Público até mesmo em sede recursal. A abordagem de tal divergência



pretende problematizar e expor as relevantes ofensas aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

A pesquisa é conduzida por meio do método hipotético-dedutivo, no qual a pesquisadora formula uma série de proposições hipotéticas, que considera adequadas e viáveis para a análise do objeto de estudo. O objetivo é testá-las, buscando comprová-las ou refutá-las, com base em parâmetros argumentativos.

Nesse contexto, a abordagem adotada para o objeto desta pesquisa jurídica é essencialmente qualitativa, uma vez que a pesquisadora utiliza a bibliografia relevante sobre o tema, após a análise e sistematização das fontes, na fase exploratória do estudo (como legislação, literatura jurídica e jurisprudência), para fundamentar sua tese.

1. A POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PARA FATOS OCORRIDOS E PROCESSOS INSTAURADOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019

Via de regra, o acordo de não persecução penal deverá ser oferecido e eventualmente celebrado em fase anterior ao oferecimento da denúncia, e consequentemente, antes da instauração do processo penal. Essa noção se extrai tanto pelo texto da lei (que prevê o oferecimento do acordo desde que não seja caso de arquivamento), quanto pela consequência do descumprimento ou não homologação do acordo, que resultará no oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.¹

Sem embargo, é necessário avaliar se a regra comporta eventuais exceções, sobretudo no que diz respeito aos processos penais instaurados antes da vigência do art. 28-A do CPP², ou seja, analisar a sua eficácia intertemporal.

O acordo de não persecução penal, embora informe aspectos de natureza processual, produzirá reflexos na pretensão punitiva do Estado. Isso porque é uma norma que prevê uma causa de extinção da punibilidade do agente (em caso de cumprimento integral do acordo), configurando norma mais benéfica ao réu (ou autor do fato). Por esse motivo, não pode ser considerada norma de cunho estritamente processual (em que vige o princípio do *tempus regit*

¹ PACHELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 260.

² BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 out. 2024.

actum), e terá, portanto, natureza híbrida (ou processual material), podendo retroagir em benefício do réu³, em consonância com o que preconiza o art. 5º, XL da Constituição Federal⁴.

Seria possível, portanto, até para assegurar um tratamento isonômico entre os investigados⁵, a celebração de acordo de não persecução penal para os processos penais em curso que foram instaurados antes da vigência da Lei nº 13.964/2019⁶. Ocorre que há grande divergência na doutrina e na jurisprudência acerca do momento limite para a celebração da avença.

Cabral⁷ defende a posição de ser viável a aplicação do acordo de não persecução penal aos processos penais em curso quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, desde que não tenha sido proferida sentença. Esse entendimento também é adotado por Aury Lopes Junior⁸. O marco final para a celebração do acordo seria, para os referidos autores, a sentença condenatória. Não caberia ANPP nas hipóteses em que ação penal se encontrasse na fase recursal.

O autor⁹ sustenta que, uma vez proferida eventual sentença condenatória, não seria mais possível que o acusado colaborasse com o Ministério Público com a sua confissão. Isso porque a confissão configuraria verdadeiro trunfo político-criminal para a celebração do acordo.

Além disso, argumenta que, proferida a sentença, a jurisdição ordinária estaria esgotada, de maneira que os autos não poderiam retornar ao 1º grau. Mesmo porque a sentença não poderia ser anulada, uma vez que hígida.

A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF editou enunciado entendendo pela viabilidade de celebrar-se o acordo de não persecução penal em todo o curso da ação penal, desde que se trate de processos que estavam em curso quando da entrada em vigor do art. 28-A

³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo**. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 225.

⁴ Art. 5º, XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; 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 out.2024.

⁵ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 2. ed. Rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 235.

⁶ BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/13964.htm. Acesso em: 20 out. 2024.

⁷ CABRAL, *op. cit.*, p. 238.

⁸ “Ao criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal. Deve, pois, aplicar-se a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei.” LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de março de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 25 jul. 2024.

⁹ *Ibidem*.



do CPP. Ou seja, a norma retroagiria até o marco do trânsito em julgado das ações iniciadas em momento anterior à vigência da Lei nº 13.964/2019.

De modo diverso entendeu o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais (CNPJG), que editou o Enunciado 20, consignando que: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.”¹⁰

Pacelli¹¹ entende de maneira semelhante ao disposto no Enunciado 20 do CNPJG. Ao mencionar o art. 3º-B, XVII do CPP, que dispõe sobre a competência do juiz das garantias em “decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação”, aponta uma incongruência no dispositivo.

O autor entende que, ao passo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/13¹²), isso não se aplicaria ao acordo de não persecução penal, que deve ser proposto em momento anterior, qual seja, antes do oferecimento da denúncia. A única possibilidade em que se vislumbraria eventual celebração do acordo durante o processo seria na hipótese de, após o recebimento da exordial, o acusado se insurgir contra a ausência de propositura do acordo por parte do Ministério Público. O réu requereria então, na forma do §14 do art. 28-A do CPP, a remessa dos autos ao órgão superior interno do parquet para que analisasse a viabilidade de celebração o acordo. Concordando o juiz com o pleito de remessa, o ideal seria suspender o processo até que houvesse pronunciamento do respectivo órgão sobre a matéria.

Argumenta ainda que, se a questão se limitasse a sustentar que a norma seria penalmente mais benéfica, implicaria na necessidade de se abrir a possibilidade de celebração de acordo aos casos com sentença condenatória já transitada em julgado, uma vez que “traria em seu bojo a possibilidade de ajuste de uma pena mais favorável à prevista em abstrato ou então aplicada pelo juízo criminal.”¹³ Nessa linha argumentativa, ou a norma retroagiria para

¹⁰ Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal. **Enunciados Interpretativos da Lei 13.694/2019 – Lei anticrime**. Disponível em:

https://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_antictime_GNCCRIM_CNPJG.pdf. Acesso em: 20 out. 2024.

¹¹ PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 260.

¹² § 5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm. Acesso em: 28 jul. 2024.

¹³ PACELLI, *op. cit.*, p. 261.

absolutamente todos os casos, ou ela seria limitada por algum fator objetivo, que, no caso, teria natureza processual penal: o recebimento da denúncia.

Segundo o autor, a defesa de outros marcos de incidência do ANPP para fins aplicação intertemporal como até o início da instrução, até a sentença, até a condenação em segundo grau, até o trânsito em julgado ou qualquer outro momento, contrariaria frontalmente a opção do legislador, e decorreria de mero “ativismo” sem qualquer racionalidade à luz do ordenamento jurídico vigente.

Aponta que é necessário diferenciar a apreciação dos fatos cometidos após a vigência da Lei nº 13.964/2019; fatos cometidos anteriormente, mas ainda não denunciados; e fatos cometidos anteriormente e com denúncias já recebidas. Assevera que retroatividade é sobre o fato penal. Seria clara, portanto, a possibilidade de retroatividade do ANPP sobre fatos ocorridos anteriormente à vigência da Lei nº 13.964/2019. Mas não se poderia esquecer de que a legislação processual penal prevê o princípio da aplicação imediata (*tempus regit actum*), devendo-se proceder à compatibilização com as regras eventualmente penais previstas em mesmo dispositivo, uma vez que o art. 28-A do CPP é, de forma indiscutível, de caráter híbrido.

Defende que, por se tratar de norma híbrida, não se pode pretender a aplicação retroativa exclusivamente da parte penal quando ela se revela absolutamente incompatível com a outra exigência existente na regra, que seria a não existência de processo, a não deflagração da ação penal.¹⁴ Não poderia se cogitar, portanto, da celebração do ANPP aos casos com denúncia já recebida, uma vez que não se estaria respeitando a natureza do instituto, e consequentemente, a sua finalidade de não se instaurar o “processo”¹⁵.

Pacelli ainda observa que se for atribuído isoladamente o raciocínio que a regra do Art. 28-A é mais benéfica sob o aspecto penal, desvinculando-a da sua faceta processual, e por conseguinte, da sua limitação temporal prevista pelo legislador, essa retroatividade penal

¹⁴ PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 273-274.

¹⁵ Esse também foi o entendimento adotado pelo Min. Luis Roberto Barroso, quando do julgamento do Ag.Reg. no *Habeas Corpus* 191.464/SC, julgado em 11/11/2020, publicado em 26/11/2020. Confira-se: “Dito de outro modo, enquanto o ANPP se situa na fase pré-processual, que ocorre entre a investigação e o recebimento da denúncia, a suspensão condicional do processo se situa na fase processual, notadamente entre o recebimento da denúncia e a sentença penal. Assim, aplica-se a argumentação extraída do HC nº 74.305 (ação do *tempus regit actum* conforme a finalidade da inovação processual), mas não necessariamente o resultado em termos práticos (de viabilizar a oferta do benefício até que seja proferida a sentença).”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo regimental no habeas corpus 191.464/SC**. Processual penal. Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Alegação de nulidade. Acordo de não persecução penal. Jurisprudência do supremo tribunal federal. [...] Relator: Ministro Luis Roberto Barroso, 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 20 jul.2024.



implicaria numa incidência sobre todos os processos penais, inclusive com trânsito em julgado.

“Não há ‘meia retroatividade penal’ mais benéfica”.¹⁶

O entendimento de que o acordo de não persecução penal deve retroagir, inclusive para os casos com trânsito em julgado é defendido por Sauvei Lai¹⁷. Aponta a natureza híbrida do ANPP, e argumenta que, considerando o seu eventual cumprimento como causa extintiva da punibilidade (§13 do art. 28-A do CPP), a sua característica penal prevaleceria em razão do próprio fato, com a obrigatória retroatividade.

Embora o enunciado nº 20 do CNPG consigne entendimento de que o acordo deverá retroagir apenas até o recebimento da denúncia, o autor discorda dessa posição. Entende que o benefício deverá alcançar os processos nos quais haja desclassificação ao seu cabo (a exemplo de uma imputação inicial de roubo, mas que foi desclassificado para furto simples), fazendo alusão à Súmula 337 do STJ¹⁸, e, que deverá abarcar, inclusive, aqueles com condenação transitada em julgado. Competiria ao juízo da execução abrir vista ao órgão do Ministério Público com atribuição para a propositura do acordo.

Com relação à hipótese de o condenado ter cumprido integralmente a pena, o autor entende que ainda assim poderia haver interesse no ANPP, uma vez que poderia se afastar a condenação de sua Folha de Antecedentes Criminais (evitando possível reincidência no futuro), a semelhança da ação de reabilitação. A pena acordada, porém, seria absorvida e detraída da pena executada se (e provavelmente será) mais gravosa. Deste modo, as condições seriam consideradas adimplidas de imediato, e assim, seria viabilizada a decretação da extinção da punibilidade e o afastamento de eventual reincidência.

Diante de inúmeras controvérsias na doutrina, identifica-se que o tema ainda é objeto de grande insegurança jurídica. O panorama não é diferente na jurisprudência dos Tribunais Superiores, embora haja inclinação para adoção do parâmetro temporal do recebimento da denúncia, o que será oportunamente abordado no presente trabalho.

¹⁶ PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 274-275.

¹⁷ LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o Acordo de Não Persecução Penal. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, p. 179-186, jan./mar., 2020, p. 180.

¹⁸ Súmula nº 337 do STJ: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.”

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 337**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula337.pdf. Acesso em: 28 jul. 2024.

2. A OCORRÊNCIA DE FATOS SUPERVENIENTES QUE POSSAM ENSEJAR A PROPOSTA DE ACORDO NO CURSO DA AÇÃO PENAL

Haverá situações em que, no momento do oferecimento da denúncia, não se afigurava possível o acordo de não persecução penal, por não estarem presentes todos os pressupostos legalmente estabelecidos para a celebração da avença. Entretanto, a superveniência de um fato não atribuível ao acusado pode alterar substancialmente a configuração jurídica do caso, passando a ser plausível o ANPP.

Tal situação poderá ocorrer quando houver o aditamento à denúncia, a desclassificação da imputação ou a procedência parcial da acusação, de modo que, em razão da nova configuração, o acusado passe a preencher os requisitos do ANPP. Cabral¹⁹ entende que, nessas hipóteses, seria cabível que o juiz remetesse os autos ao Ministério Público para que avaliasse a viabilidade de propositura de acordo de não persecução penal, ainda que haja processo penal em curso.

Isso porque, a rigor, o fato superveniente apenas demonstra que o acusado faria jus ao acordo desde o princípio, que não foi oferecido por ter ocorrido um excesso de acusação reconhecido pelo Poder Judiciário ou pelo próprio Ministério Público. Além disso, estaria preservado o interesse político-criminal na celebração do acordo, já que se evitaria a espera da tramitação integral do processo penal ao suprimir, por exemplo, a eventual realização de novas diligências ou oitiva de testemunhas (se não realizadas em sua totalidade), a fundamentação da sentença, eventual tramitação recursal e seus respectivos julgamentos. Soma-se ainda o fator da confissão, que em caso de descumprimento das avenças e posterior rescisão do acordo, será juntada à ação penal, reforçando a acusação.

Esse entendimento encontra reforço na jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça quanto à suspensão condicional do processo, materializada na Súmula 337, com o seguinte teor: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.”

Em precedente da Quinta Turma do STJ, estabeleceu-se que, em casos de alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito (seja por meio de *emendatio libelli* ou de *mutatio libelli*), é possível a aplicação do acordo de não persecução penal, desde que presentes os requisitos legais para a formalização da avença. Esse precedente reconheceu a aplicação adaptada do enunciado nº 337 da Súmula do STJ, que prevê ser cabível a suspensão

¹⁹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 2 ed. Rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 246.



condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva. Desta feita, em caso de desclassificação da imputação para outra infração que admite benefícios despenalizadores do art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/1995, os autos do processo devem retornar à instância de origem para aplicação desses institutos. Essa compreensão foi estendida ao ANPP, conforme depreende-se de julgado da 5ª Turma (AgRg no REsp 2.016.905-SP), de relatoria do Min. Messod Azulay Neto:

I - É cabível o acordo de não persecução penal na procedência parcial da pretensão punitiva.

II - No caso em tela, o e. Tribunal a quo, ao julgar o recurso de apelação interposto pela Defesa, deu-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de falsidade ideológica (CP, art. 299), tornando, assim, objetivamente viável a realização do acordo de não persecução penal, em razão do novo patamar de apenamento - pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos. Houve, portanto, uma relevante alteração do quadro fático jurídico, tornando-se potencialmente cabível o ANPP.

III - Assim, nos casos em que houver a modificação do quadro fático jurídico, como no caso em questão, e ainda em situações em que houver a desclassificação do delito - seja por emendatio ou mutatio libelli -, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos para o ANPP, torna-se cabível o instituto negocial. Agravo regimental provido.²⁰

Esse entendimento foi corroborado pela 5ª Turma em outra oportunidade, no bojo do HC 822.947-GO²¹, de relatoria do Min. Ribeiro Dantas. Em regra, não é cabível ANPP em caso de tráfico de drogas, na hipótese do art. 33 da Lei nº 11.343/2006²². Isso porque a pena mínima cominada ao tipo penal é de 5 anos. Conduto, foi constatado um equívoco na descrição dos fatos narrados para a imputação do art. 33, *caput*, da lei de drogas ao acusado, sendo reconhecida a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado) em sede de Habeas Corpus de ofício concedido pela Corte. Verificou ser necessário, portanto, o retorno dos autos à origem para avaliar a possibilidade de propositura do ANPP, independentemente das consequências jurídicas da aplicação in concreto da minorante na dosimetria da pena.

²⁰ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. É cabível o ANPP na hipótese de procedência parcial da pretensão punitiva (MP denunciou por concurso material, de forma que a pena imputada superava 4 anos; houve condenação por continuidade delitiva, sendo possível, então, o oferecimento do acordo). **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/5957b59b3b33dbf65c5f66aecb0394f7>. Acesso em: 19 jul. 2024.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 822947 / GO**. Penal. Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Texto legal. Carga hermenêutica polissêmica. [...]. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 30 de junho de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 out. 2024.

²² 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. Acesso em: 20 out. 2024.

Isso porque, uma vez reconhecida a aplicação da minorante, o que importa são os patamares abstratos de pena estabelecidos na lei. Verificando que eles se situam no limite de 4 anos para a pena mínima, previsto no art. 28-A do CPP, está preenchido tal requisito. Além disso, com a aplicação da minorante pela Corte, o acusado tem direito ao ANPP, mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (*overcharging*) não deve prejudicar o acusado.

O STJ explicitou que no caso dos autos estavam presentes os requisitos para proposta do ANPP, quais sejam: 1) confissão formal e circunstanciada; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. O réu terá, em tese, direito ao ANPP porque o excesso de acusação (*overcharging*) não deve prejudicar o acusado²³.

É importante consignar que o Ministério Público deverá ser intimado para analisar o eventual preenchimento dos demais requisitos necessários à celebração do ANPP, oferecendo ou deixando de oferecer o acordo à luz de sua discricionariedade regradada. Isso porque a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime é requisito de natureza subjetiva, cuja análise cabe ao órgão acusatório, não podendo o Poder Judiciário substituir a vontade ministerial nesse aspecto.

Essa conclusão decorre do entendimento pacífico dos Tribunais Superiores acerca da natureza jurídica do acordo: cuida-se de faculdade do Parquet, de modo que não configura um direito público subjetivo do acusado. Por isso, o STJ entende que não há ilegalidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto²⁴.

²³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. MP denunciou o acusado por crime cuja pena mínima é igual ou superior a 4 anos; há alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação; o novo crime tem pena mínima inferior a 4 anos; diante dessa alteração, será possível oferecer o ANPP. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7866457eb90d2c8f68d6c9cf461be3b2>. Acesso em: 19 jul. 2024.

²⁴ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não cabendo ao Poder Judiciário determinar ao Parquet que o ofereça. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/570320a43e5d968459b6342c01498b81>. Acesso em: 19 jul. 2024.



Perceba-se também que o § 1º, do art. 383, do CPP²⁵ autoriza expressamente a possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo quando houver alteração, no momento da sentença, da definição jurídica dada aos fatos narrados na peça acusatória.

Reforça-se, portanto, o argumento de ser viável, ainda que excepcionalmente, a celebração do acordo de não persecução no curso da ação penal, quando, por fato superveniente não atribuível ao acusado, mostrarem-se presentes os pressupostos do ANPP, outrora ausentes.

Outra hipótese em que se afigura possível a celebração do ANPP, por fato superveniente, no curso da ação penal, diz respeito à hipótese de acolhimento do pedido formulado pelo acusado ao órgão Superior do Ministério Público, diante da inicial recusa de oferecimento do acordo pelo membro do MP (CPP, art. 28-A, § 14). Nesse caso, a celebração do acordo ocorrerá no curso da ação porque já existe recebimento da denúncia.

3. A DIVERGÊNCIA ACERCA DO MOMENTO DE CELEBRAÇÃO DO ACORDO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: PREJUÍZOS À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA

O tema não está pacificado na jurisprudência dos tribunais superiores, havendo divergência a respeito da possibilidade de aplicação do acordo de não persecução em diferentes momentos processuais.

Inicialmente, o STJ oscilou em sua jurisprudência. Havia divergência entre as 5ª e 6ª Turmas. Atualmente, a corte superior possui diversos precedentes no sentido de que o ANPP se aplica a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia²⁶.

O fundamento central é que o ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. O recebimento da denúncia encerra a

²⁵ Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 out. 2024.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo regimental no recurso especial 2.006.523-CE**. Agravo regimental em recurso especial. Condenação por crime contra a ordem tributária. Oferecimento de acordo de não persecução penal. Inviabilidade. Denúncia recebida. [...]. Relator: Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), 23 de agosto de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 out. 2024.

etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores, desde que não recebida a denúncia. Assim, mostrar-se-ia impossível realizar o ANPP quando já recebida a denúncia em data anterior à entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019.

No AgRg no HC 762049-PR²⁷, a 6ª Turma consignou que não há previsão legal de que a oferta do ANPP seja formalizada após a instauração da fase processual. A Corte entendeu que para a correta aplicação da regra, há de se considerar o momento processual adequado para sua incidência, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador.

No caso concreto, o Ministério Público alegou que deixou de ofertar o acordo por não constar confissão formal e circunstanciada nos autos, não tendo, contudo, apresentado qualquer motivação que declinasse ou justificasse a ausência de proposta quando do oferecimento da denúncia. A Turma entendeu que houve prejuízo em se oferecer o ANPP após o recebimento da denúncia, uma vez que a referida decisão tem o condão de interromper o prazo prescricional, e faltavam apenas 35 dias para ocorrer a prescrição da pretensão punitiva. Afirmou-se, ainda, que por constituir um poder-dever do Ministério Público, o não oferecimento tempestivo do ANPP desacompanhado de motivação idônea constituiria nulidade absoluta²⁸.

Assim, presentes as condições para a oferta do ANPP, ele deveria sido ofertado antes do oferecimento da denúncia, ainda que sem a confissão formal do investigado nos autos. O Ministério Público reconheceu que o acordo era devido, levando em conta que o ofereceu depois de a denúncia já ter sido recebida. Isso demonstra que o acordo já deveria ter sido proposto antes do oferecimento da denúncia. O recebimento da denúncia sem a proposta do ANPP representou, portanto, nulidade que prejudicou todo o processo a partir deste momento.

A consequência jurídica do descumprimento ou da não homologação do acordo é a complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, nos termos dos §§ 8º e 10 do art. 28-A do CPP²⁹, e não o prosseguimento da instrução. Esses dois dispositivos

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo regimental no habeas corpus 762.049/PR**.

Agravo regimental no habeas corpus. Processual penal. Crime previsto no art. 337-e do código penal. Acordo de não persecução penal (anpp). Art. 28-A, caput, do código de processo penal. Propositura do pacto após o oferecimento e recebimento da denúncia. [...]. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 7 de março de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 jul.2024.

²⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Por constituir um poder-dever do Ministério Público, o não oferecimento tempestivo do acordo de não persecução penal desacompanhado de motivação idônea constitui nulidade absoluta. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/efb53b87d5f5286f29b7791ec36a34f8>. Acesso em: 19 jul. 2024.

²⁹ Art. 28-A do Código de Processo Penal: [...] “§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da



demonstram, portanto, que o adequado é que o ANPP seja proposto antes do oferecimento da denúncia.

Em verdade, não há sequer previsão legal de que a oferta do ANPP seja formalizada após a instauração da fase processual. Nesse contexto, para a correta aplicação da regra, há de se respeitar o momento processual adequado para sua incidência (fase pré-processual), sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador.

Como o ANPP foi oferecido, ainda que tardiamente, a rigor, poderia se dizer que não houve prejuízo ao réu. Contudo, essa é a peculiaridade do julgado. No particular, houve prejuízo pelo fato de a proposta ter vindo após o recebimento da denúncia. Isso porque o fato supostamente criminoso ocorreu em 31/08/2009. A denúncia foi recebida em 26/07/2021, isto é, 35 dias antes do fim do prazo prescricional pela pena em abstrato. Assim, se o acordo tivesse sido proposto antes do recebimento da denúncia, provavelmente teria ocorrido a prescrição durante a tramitação das tratativas do ajuste. É nesse ponto que reside o prejuízo e a razão pela qual o STJ entendeu haver nulidade na proposta intempestiva³⁰.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Primeira Turma segue o mesmo entendimento acima esposado³¹, ou seja, que o oferecimento do ANPP se esgotaria no momento anterior ao recebimento da denúncia.

O Min. Luis Roberto Barroso, em seu voto, argumentou que a própria leitura do art. 28-A do CPP evidencia que a celebração do ANPP se esgota em fase anterior ao recebimento da denúncia. Aduz que o dispositivo legal se refere a investigado, e não réu, bem como aciona o juiz das garantias, que não atua na instrução processual³².

denúncia.” e “§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.” BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 out. 2024.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo regimental no habeas corpus 762.049/PR**. Agravo regimental no habeas corpus. Processual penal. Crime previsto no art. 337-e do código penal. Acordo de não persecução penal (anpp). Art. 28-A, caput, do código de processo penal. Propositura do pacto após o oferecimento e recebimento da denúncia. [...]. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 7 de março de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 jul.2024.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo regimental no habeas corpus 191.464/SC**. Processual penal. Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Alegação de nulidade. Acordo de não persecução penal. Jurisprudência do supremo tribunal federal. [...]. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso, 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 20 jul.2024.

³² Art. 3º-B: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...] XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

Outro argumento trazido pelo Min. Barroso no bojo do julgamento é de ordem “consequencialista”, segundo suas próprias palavras. Expôs que uma primazia desacautelada da retroatividade penal benéfica (que não se justificaria por se tratar de norma de natureza híbrida) ensejaria um colapso no sistema criminal. Asseverou que admitir a possibilidade de celebração da avença para situações com sentenças transitadas em julgado faria com que todos os processos em curso fossem encaminhados para o titular da ação penal com o intuito de analisar a viabilidade de propositura do acordo. Tal situação não se justificaria considerando o propósito do ANPP de impedir a deflagração da ação penal, e igualmente em razão da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal que ocorreram em plena conformidade com a lei processual vigente à época.³³

Contudo, há entendimento dissonante na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, adotado no HC 220.249/SP³⁴. No julgado admitiu-se a possibilidade de celebração do acordo desde que não ocorrido o trânsito em julgado. A fundamentação baseou-se na premissa de que se está diante de um instituto de natureza híbrida, com relevantes contornos penais.

Asseverou-se que expressão ‘lei penal’ contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal deve ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no estado de liberdade do indivíduo.

O art. 28-A do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei nº 13.964/2019, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, consistente em medida despenalizadora, que atinge a própria pretensão punitiva estatal. Isso porque o cumprimento integral do acordo importa extinção da punibilidade, sem caracterizar maus antecedentes ou reincidência.

Por configurar norma penal de caráter mais benéfico ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal referência, deve se aplicar retroativamente em benefício de investigados e réus, atingindo tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Reconheceu-se que a norma insculpida no art. 5º, inciso XL, da

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 out. 2024.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo regimental no habeas corpus 191.464/SC**. Processual penal. Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Alegação de nulidade. Acordo de não persecução penal. Jurisprudência do supremo tribunal federal. [...]. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso, 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 20 jul.2024.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas corpus 220249**. Processo penal. Acordo de não persecução penal. Crime de furto qualificado. Sentença prolatada antes da vigência da Lei 13.964/2019. Aplicação do art. 28-A do CPP. Norma de conteúdo misto. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, CF. Ordem concedida. [...]. Relator: Ministro Edson Fachin, 06 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 20 jul.2024.



Constituição Federal, tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, que não se condiciona à atuação do legislador ordinário.

No caso concreto, concedeu-se a ordem para reconhecer a possibilidade de aplicação retroativa do art. 28-A do CPP e determinar a conversão da ação criminal em diligência, a fim de oportunizar ao Ministério Público a análise para eventual propositura de acordo³⁵.

Diante da grande controvérsia que circunda o aspecto da eficácia intertemporal do acordo de não persecução penal, é forçoso que os Tribunais Superiores uniformizem a sua jurisprudência, de modo a prestigiar a segurança jurídica. Nesse sentido, é recomendável que se afete e pacifique a questão, preferencialmente em sede de repercussão geral pelo STF, para que produza efeitos vinculantes perante todos os órgãos do Poder Judiciário nacional.

CONCLUSÃO

A inserção pela via legislativa do acordo de não persecução penal denota uma verdadeira busca por alternativas ao modelo vigente de persecução aos crimes de gravidade reduzida e não cometidos com violência. Essa vontade do legislador em ampliar o espaço da justiça criminal consensual no Brasil possibilita que seja estabelecido um sistema de eleição de prioridades, de modo a se levar a julgamento somente os casos que efetivamente demandem uma maior atenção do Estado.

Ao evitar a deflagração da ação penal em casos de baixa e média lesividade, acarreta-se uma diminuição sensível no tempo de tramitação processual, proporcionando celeridade na resolução dos casos menos graves.

A celebração do acordo de não persecução penal, via de regra, ocorrerá em fase anterior ao recebimento da denúncia, uma vez que o instituto tem como objetivo evitar a deflagração da ação penal. Contudo, verificou-se que essa regra poderá comportar eventuais exceções, sobretudo no que diz respeito: i) aos processos penais instaurados antes da vigência do art. 28-A, do CPP; ii) aos casos que, por fato superveniente (aditamento da denúncia, desclassificação da imputação ou a procedência parcial da acusação), passam a autorizar o oferecimento do acordo pelo Ministério Público.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas corpus 220249**. Processo penal. Acordo de não persecução penal. Crime de furto qualificado. Sentença prolatada antes da vigência da Lei 13.964/2019. Aplicação do art. 28-A do CPP. Norma de conteúdo misto. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, CF. Ordem concedida. [...]. Relator: Ministro Edson Fachin, 06 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 20 jul.2024.

Além disso, assentou-se a viabilidade da propositura de acordo na mesma oportunidade da audiência de custódia, mas em ato separado. Para tanto, deverão ser observadas as regras de atribuição do promotor/procurador responsável pela celebração do acordo, bem como as regras de competência do juízo para a homologação da avença.

Quanto a possibilidade de acordo para fatos ocorridos e processos instaurados antes da vigência da Lei nº 13.964/19 é pacífico que a regra poderá retroagir. No entanto, o tema se torna absolutamente controvertido quando se passou a investigar o momento limite para a retroatividade da norma.

Há posicionamento que defende ser viável a retroação inclusive após o trânsito em julgado. A 2ª Turma do STF tem julgados autorizando o oferecimento do acordo até o trânsito em julgado. A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF editou enunciado entendendo de modo semelhante. Parte da doutrina sustenta que a avença poderá ser celebrada desde que não haja prolação de sentença. O STJ, por sua vez, vem assentando posicionamento pela viabilidade de acordo até o recebimento da denúncia. De igual modo entende a 1ª Turma do STF, que inclusive fixou inclusive tese nesse sentido no bojo do Ag. Reg. no HC 191.464/SC. Esse posicionamento também foi adotado pelo CNPG quando da edição do Enunciado nº 20.

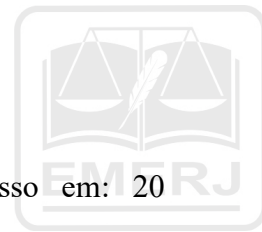
O tema merece ser uniformizado e pacificado pelos Tribunais Superiores, preferencialmente por meio do sistema de precedentes vinculantes. Isso para evitar, sobretudo, a insegurança jurídica e a violação à isonomia, na medida em que a extensão da eficácia intertemporal e retroatividade da norma não podem se submeter à eventual acaso na distribuição dos feitos.

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: 20 out.2024.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 out. 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/111343.htm. Acesso em: 20 out. 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 28 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 20 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo regimental no habeas corpus 191.464/SC**. Processual penal. Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Alegação de nulidade. Acordo de não persecução penal. Jurisprudência do supremo tribunal federal. [...]. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso, 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 20 jul.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas corpus 220249**. Processo penal. Acordo de não persecução penal. Crime de furto qualificado. Sentença prolatada antes da vigência da Lei 13.964/2019. Aplicação do art. 28-A do CPP. Norma de conteúdo misto. Retroatividade da lei penal mais benéfica. Art. 5º, XL, CF. Ordem concedida. [...]. Relator: Ministro Edson Fachin, 06 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/>. Acesso em: 20 jul.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo regimental no habeas corpus 762.049/PR**. Agravo regimental no habeas corpus. Processual penal. Crime previsto no art. 337-e do código penal. Acordo de não persecução penal (anpp). Art. 28-A, caput, do código de processo penal. Propositura do pacto após o oferecimento e recebimento da denúncia. [...]. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 7 de março de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 jul.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo regimental no recurso especial 2.006.523/CE**. Agravo regimental em recurso especial. Condenação por crime contra a ordem tributária. Oferecimento de acordo de não persecução penal. Inviabilidade. Denúncia recebida. [...]. Relator: Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), 23 de agosto de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 out.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas Corpus 822947/GO**. Penal. Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Texto legal. Carga hermenêutica polissêmica. [...]. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 30 de junho de 2023. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 23 out.2024.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 2. ed. Rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. O ANPP aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei 13.964/2019, mas desde que ainda não tenha sido recebida a denúncia. **Buscador Dizer o**

Direito, Manaus. Disponível em:
<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a5481cd6d7517aa3fc6476dc7d9019ab>. Acesso em: 23/08/2024

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Por constituir um poder-dever do Ministério Público, o não oferecimento tempestivo do acordo de não persecução penal desacompanhado de motivação idônea constitui nulidade absoluta. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em:
<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/efb53b87d5f5286f29b7791ec36a34f8>. Acesso em: 19/07/2024

CUNHA, Rogerio Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019**: Comentários às Alterações no CPP, CPP e LEP. Salvador: Juspodvm, 2022.

GUARAGNI, Fábio André. Acordo de Não Persecução Penal: os contornos da confissão exigida pelo art. 28-A do CPP. *In*: **Acordo de não persecução penal**. 2 ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o Acordo de Não Persecução Penal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 75, p. 179-186, jan./mar., 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei Nº 13.964/19 – Artigo por Artigo**. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. **Revista Consultor Jurídico**, 7 de fevereiro de 2020. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opinioao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 13 jul. 2024.

MOTA, Ludmilla de Carvalho. Acordo de Não Persecução Penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 77, p. 161-194, jul./set., 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.



VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

CONTAS PESSOAIS BLOQUEADAS: REFLEXÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE REDES SOCIAIS

Mateus Ximenes Lima

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado.

Resumo – há uma grande preocupação em torno do uso abusivo de redes sociais para a prática de atos ilícitos, motivo pelo qual as próprias plataformas digitais passaram a moderar o conteúdo publicado e restringir o acesso dos infratores digitais aos seus serviços. No afã de coibir tais práticas, os provedores de redes sociais passaram a suprimir conteúdo e bloquear contas de maneira infundada, sem informar ao usuário o motivo de tal medida, nem lhe fornecer oportunidade de se defender. Nesse contexto, o presente artigo discute as questões mais relevantes atinentes à responsabilidade civil dos provedores de redes sociais pela conduta de bloquear indevidamente as contas de seus usuários, em especial o direito das plataformas de autorregular seus serviços, as restrições a esses direitos à luz das garantias fundamentais dos usuários e os possíveis danos decorrentes dessa conduta indevida.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade civil. Redes sociais. Bloqueio de conta.

Sumário – Introdução. 1. A legitimidade dos provedores de redes sociais de definirem seus termos de uso: o exemplo do Instagram. 2. Equilibrando direitos e controle: limitações à autoridade digital e o direito ao devido processo constitucional. 3. Dano: como o bloqueio indevido de contas em redes sociais afeta os usuários. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa os aspectos mais importante relativos à responsabilidade civil dos provedores de redes sociais pela conduta de bloquear indevidamente as contas pessoais de seus usuários. Nesse sentido, a pesquisa gira em torno dos limites jurídicos da conduta do provedor de obstruir o acesso à conta pessoal e de potenciais danos decorrentes do exercício ilícito desse direito.

Seja como instrumentos de difusão de ideias, mecanismos de exposição de produtos e serviços ou meios de socialização, as redes sociais e aplicações digitais são grandes protagonistas da sociedade da informação. Essas plataformas inauguraram uma nova forma de comunicação e são uma realidade do cotidiano informacional. Nesse contexto, quem não acessa as redes não vê e não é visto.

Por outro lado, surgiu uma grande preocupação com o uso abusivo dessas plataformas, que muitas vezes são usadas para a prática de delitos e para a divulgação de discurso de ódio. Com isso, os provedores de redes sociais criaram termos de uso e políticas de privacidade que buscavam combater essas práticas e submeteram os infratores a restrições ao uso de suas contas.



Ocorre que, na busca de evitar sua responsabilização por conteúdo de terceiros e em razão da quantidade imensurável de conteúdo *online* gerado, muitas vezes as plataformas impõem restrições indevidas a pessoas que não praticaram infrações digitais. Nesse sentido, muitos usuários têm o acesso à *ágora* digital cerceado, o que gerou um relevante movimento de judicialização de controvérsias dessa natureza.

Nesse contexto, o presente artigo busca trazer reflexões acerca da questão posta, especialmente ao discutir o direito dos provedores de redes sociais de regulamentarem o uso de suas plataformas mediante normas de comportamento digital, os limites impostos a tal direito, tendo em vista as garantias constitucionais de seus usuários, além dos possíveis danos sofridos pelos que tiveram seu acesso cerceado.

Para tanto, no primeiro capítulo discute-se a legitimidade das plataformas digitais de definirem as regras de condutas de seus usuários, em especial ao definir os chamados termos de uso e diretrizes da comunidade. Com esse propósito, a pesquisa examina a natureza jurídica da relação estabelecida entre provedor e usuário e especificamente as regras definidas na plataforma digital Instagram.

Para definir a licitude, ou não, da conduta dos provedores, são sopesados no segundo capítulo os direitos fundamentais dos usuários correlatos à situação em análise, tendo como premissa o reconhecimento de uma eficácia horizontal de tais direitos. Também busca-se delinear os contornos básicos de um procedimento que observe os direitos identificados, levando em conta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Refletida a licitude da conduta das plataformas, o terceiro capítulo aborda os possíveis danos provenientes do bloqueio de acesso às plataformas digitais. O capítulo examina os diversos tipos de danos que os usuários podem sofrer, incluindo repercussões nos direitos da personalidade e impactos econômicos e profissionais. São exploradas questões relacionadas à liberdade de expressão, à reputação digital e à liberdade econômica, considerando casos reais e estudos de caso que ilustrem a discussão acirrada.

Para a realização da pesquisa, é utilizado o método hipotético-dedutivo, em que são formuladas determinadas proposições hipotéticas, que, a partir de uma análise qualitativa da bibliografia e jurisprudência pertinentes ao tema, são testadas. Após o processo, os resultados são apresentados de maneira argumentada.

1. A LEGITIMIDADE DOS PROVEDORES DE REDES SOCIAIS DE DEFINIREM SEUS TERMOS DE USO: O EXEMPLO DO INSTAGRAM

Para se discutir à frente a responsabilidade civil pela suspensão de contas pessoais, é essencial entender a relação jurídica formada entre os provedores e os usuários de aplicativos. Para tanto, considerando que pode ser identificado um padrão nas regulamentações criadas pelos provedores de redes sociais¹, e a fim de ilustrar tal análise, foi escolhida uma rede social para ser objeto do exame: Instagram, segunda rede social mais popular do Brasil – 91,2% dos usuários de internet de 16 a 64 anos de idade a acessam² – utilizada para compartilhamento de fotos e vídeos e desenvolvida pela Meta Platforms, Inc.

Com o lançamento do documentário “Dilema das Redes”, uma frase proferida pelo jornalista Andy Lewis, ao tratar do funcionamento das redes sociais, chamou a atenção dos espectadores: “se você não está pagando pelo produto, então você é o produto”³. Com efeito, a relação jurídica entre provedores e usuários de redes sociais é contratual, ou seja, um “acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”⁴. Nesse caso, a bilateralidade é marcada pela disponibilização de acesso e uso da plataforma pelo provedor ao usuário, em troca da utilização gratuita dos dados pessoais deste, que colaborará com um outro serviço prestado pelos gestores da plataforma: a exibição de publicidade personalizada. Assim, tais contratos não envolvem prestação pecuniária por nenhuma das partes, o que não significa que são gratuitos, já que ambos os contratantes assumem deveres obrigacionais: o fornecimento de serviço de um lado e a cessão de dados pessoais por outro.

Ao explicar o financiamento do serviço prestado pelo Instagram, os Termos de Uso⁵ da plataforma explicam que, em troca do fornecimento do serviço, que inclui produtos, recursos, aplicativos, serviços, tecnologia e software do Instagram, o usuário concorda que sejam exibidos anúncios pagos por empresas e organizações. Além disso, a plataforma utiliza

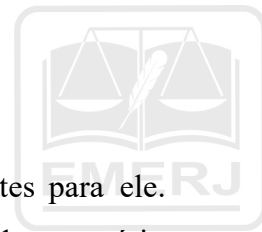
¹ LOOS, Marco; LUZAK, Joasia. Wanted: a Bigger Stick: On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers. **Journal of Consumer Policy**, [s. l.], v. 39, p. 63-90, 20 out. 2015 Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-015-9303-7>. Acesso em: 11 ago. 2024.

² MELTWATER; WE ARE SOCIAL. **Digital 2024 Brazil**. [S.l.], 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil>. Acesso em: 11 ago. 2024.

³ O DILEMA das Redes. Direção: Jeff Orlowski. Produção: Larissa Rhodes. Boulder: Exposure Labs, 2020. Documentário exibido pela Netflix. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. v.III. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*.

⁵ INSTAGRAM. **Termos de Uso**. [S.l.], Meta, 2022. Disponível em: https://help.instagram.com/581066165581870?helpref=page_content. Acesso em: 10 ago. 2024.



os dados pessoais do internauta para veicular anúncios que são mais relevantes para ele. Portanto, a frase de Lewis não está equivocada: a relação contratual entre provedor e usuário não envolve prestação pecuniária, mas ela possibilita a celebração de contratos de publicidade com empresas e organizações que pretendem exibir suas marcas, contratos esses que financiam as plataformas.

Considerando que há a celebração de um contrato atípico, ele pode ser classificado em contrato por adesão, já que as disposições contratuais são definidas unilateralmente pelo gestor das plataformas. O conteúdo desses contratos comumente se encontra nos denominados “termos de uso” (“*terms of use*”), “condições de uso” (“*conditions of use*”) ou “acordo do usuário” (“*user agreement*”), os quais devem ser lidos e aceitos como condição para fruição dos serviços digitais. No caso do Instagram, a plataforma informa que, ao se cadastrar, o usuário concorda com os Termos, Política de Privacidade e Política de Cookies⁶. Além do mais, para utilizar o serviço, todas as pessoas têm obrigação de aceitar esses compromissos⁷, de maneira que resta ao usuário-aderente duas opções: aceitar ou não o conteúdo do contrato, sem qualquer margem de negociação.

Vale ressaltar que o fato de o contrato ser de adesão não repercute de qualquer maneira sobre a validade e licitude dele. Todavia, a legislação reserva uma tutela ao aderente contratual, visto como parte vulnerável daquela relação negocial. Como efeitos dessa tutela legislativa, destacam-se a interpretação mais favorável ao aderente e a nulidade das cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, conforme artigos 113, §1º, IV, 423 e 424 do Código Civil⁸.

Além dos Termos de Uso, que disciplinam sobretudo as relações existentes entre a plataforma e o usuário, os provedores também elaboram as Diretrizes da Comunidade. Tendo em vista que, além de um serviço, as redes sociais são verdadeiros espaços de convivência, seus gestores definem os padrões de comportamento a serem obedecidos por todos nesses espaços,

⁶ INSTAGRAM. **Cadastre-se.** [S.l.]. Instagram from Meta, 2024. Disponível em: <https://www.instagram.com/accounts/emailsignup/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁷ INSTAGRAM. **Perguntas frequentes sobre os Termos de Uso da Comunidade do Instagram.** [S.l.]. Instagram from Meta, 2018. Disponível em: <https://about.instagram.com/pt-br/blog/announcements/instagram-community-terms-of-use-faqs#:~:text=Os%20Termos%20dizem%20que%20voc%C3%AA,permita%20o%20uso%20do%20app>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁸ 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: 10 ago. 2024.

inclusive na relação entre usuários. A fim de diferenciar as duas regulamentações, o Instagram esclarece que:

as Diretrizes da Comunidade definem as nossas políticas sobre o que permitimos ou não no Instagram para atingir esse objetivo [de ser um lugar seguro]. Os Termos de Uso, por outro lado, são um acordo que descreve as nossas obrigações para com você e as suas obrigações para conosco (uma das quais é seguir as Diretrizes da Comunidade)⁹.

Uma vez definidas os Termos de Uso e Diretrizes da Comunidade, verdadeiras cláusulas contratuais a serem observadas pelas partes, é esperado que sejam também definidas as sanções a serem aplicadas na hipótese de descumprimento dessas cláusulas. As sanções usuais envolvem a remoção de conteúdo e a desativação ou encerramento de contas. Exemplificando, os Termos de Uso do Instagram estipulam o seguinte:

Poderemos remover qualquer conteúdo ou informação que você compartilhar no Serviço se acreditarmos que esse conteúdo viola estes Termos de Uso ou nossas políticas (incluindo nossas Diretrizes da Comunidade do Instagram) ou estivermos autorizados ou obrigados por lei a fazê-lo. Poderemos recusar fornecer ou parar de fornecer imediatamente todo o Serviço ou parte dele para você (incluindo encerramento ou desativação do seu acesso aos Produtos da Meta e aos Produtos das Empresas da Meta) a fim de proteger nossos serviços ou nossa comunidade, ou se você criar risco ou exposição legal para nós, violar estes Termos de Uso ou nossas políticas (incluindo nossas Diretrizes da Comunidade do Instagram), violar repetidamente os direitos de propriedade intelectual de outras pessoas ou quando tivermos permissão ou obrigação legal para fazê-lo. Também poderemos encerrar ou alterar o Serviço, remover ou bloquear o conteúdo ou as informações compartilhadas no Serviço ou parar de fornecer todo o Serviço ou parte dele se determinarmos que isso é razoavelmente necessário para evitar ou reduzir impactos legais ou regulatórios adversos para nós¹⁰.

Consigne-se que a autonomia privada e a liberdade contratual representam o ponto de partida de contrato, que decorre de um encontro de vontades. Ainda que hoje não se conteste a influência de valores ético-morais na compreensão das relações privadas, o fato é que a força motriz do direito contratual é a iniciativa de negociar e a vontade de firmar pactos, situação em que os contratantes aceitam a obrigação que lhes é imposta, tendo em mente a vantagem que lhes será proporcionada com a obrigação do outro. Nesse sentido, a fim de garantir as vantagens recíprocas, é legítimo que as partes estipulem regras comuns para que aquela relação contratual seja mais proveitosa possível, o que inclui sanções em caso de descumprimento ou mesmo causas de extinção do vínculo contratual. Os contratantes podem lícitamente definir aquilo que

⁹ INSTAGRAM. **Perguntas frequentes sobre as Diretrizes da Comunidade do Instagram**. [S.l.]. Instagram from Meta, 2018. Disponível em: <https://about.instagram.com/pt-br/blog/announcements/instagram-community-guidelines-faqs>. Acesso em: 10 ago. 2024.

¹⁰ INSTAGRAM. **Termos de Uso**. [S.l.]. Meta, 2022. Disponível em: https://help.instagram.com/581066165581870?helpref=page_content. Acesso em: 10 ago. 2024.



é intolerável para a continuidade daquela relação jurídica. Lembre-se que o fato de o contrato ser classificado como “de adesão”, não afasta essa dinâmica apresentada, visto que, embora a liberdade contratual seja suprimida, a liberdade de contratar permanece hígida.

No contexto das plataformas digitais, a autonomia da vontade permite que os provedores adaptem suas políticas para atender a necessidades específicas, como garantir a segurança dos usuários, manter a integridade do serviço e promover um ambiente que atenda aos seus objetivos empresariais e éticos. No mais, a oferta de um ambiente virtual seguro e sadio é benéfico para os usuários, e a definição das diretrizes de comportamento *online* é um dos principais instrumentos para o alcance desse propósito. Exemplificando, o Instagram não admite divulgação de conteúdo que envolve conteúdo sexual de menores de idade, ameaças reais, discurso de ódio, automutilação, incentivo ao terrorismo, crime organizado ou grupos organizados de propagação de ódio¹¹. Vale lembrar que, ainda que excepcionalmente, o provedor de aplicações de internet pode ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, na forma do artigo 19 do Marco Civil da Internet¹², o que corrobora o interesse das plataformas digitais de regulamentar as atividades de seus usuários.

Se os provedores de serviços *online* têm legitimidade para condicionar o uso de suas plataformas e definir normas de comportamento, é evidente que também têm legitimidade para estabelecer as consequências para eventuais descumprimentos, ou aquelas normas não teriam qualquer eficácia. Partindo da premissa de que se trata de relação contratual, o contratante não é obrigado a permanecer vinculado a uma parte que não observa as obrigações definidas no negócio jurídico. Dessa forma, os termos e condições de uso podem prever desde a exclusão de conteúdo até o bloqueio definitivo da conta. Além do mais, a medida representa um esforço para oferecer um melhor serviço e propiciar um ambiente virtual saudável para aqueles que seguem as regulamentações e contribuem para a hígidez do sistema.

Por todo o exposto, conclui-se que, com assento na autonomia da vontade e na liberdade contratual, os fornecedores de serviços digitais podem regulamentar suas plataformas, definir regras de uso, restringir a utilização ou suprimir o acesso de certos usuários. Todavia, é cediço que os valores mencionados não são absolutos e a autonomia da vontade e a liberdade contratual devem ser exercidos em consonância com os demais valores consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim, o próximo capítulo analisará o direito das

¹¹ INSTAGRAM. **Diretrizes da Comunidade**. [S.l.]. Meta, 2024. Disponível em: https://help.instagram.com/477434105621119/?helpref=hc_fnav. Acesso em: 11 ago. 2024.

¹² 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 ago. 2024.

plataformas de limitar o acesso dos usuários sob o enfoque dos direitos fundamentais destes e do Direito Civil Constitucional e discutirá a existência de um direito ao devido processo constitucional de exclusão de contas pessoais.

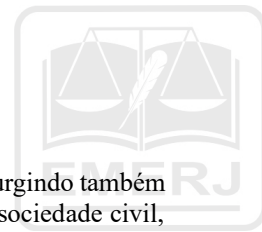
2. EQUILIBRANDO DIREITOS E CONTROLE: LIMITAÇÕES À AUTORIDADE DIGITAL E O DIREITO AO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Em qualquer trabalho que pretenda analisar institutos de direito privado, é de suma importância destacar o atual estágio de compreensão dessas matérias, segundo o Direito Civil Constitucional, “corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição”¹³. Na busca da máxima efetivação dos direitos fundamentais, missão conferida pelo constituinte a qualquer intérprete ou aplicador do direito, os institutos privados passaram a ser vistos de maneira indissociável dos valores e princípios eleitos pela Norma Fundamental. Foi conferida força normativa de natureza principiológica à Constituição da República, de maneira que, além de parâmetro interpretativo, as normas constitucionais têm a pretensão de serem aplicadas diretamente nas relações jurídicas estabelecidas entre particulares, razão pela qual não existe atualmente um “direito civil que não seja constitucional”¹⁴.

Uma das principais repercussões do reconhecimento da normatividade constitucional é a admissão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo qual tais direitos possuem eficácia não apenas nas relações públicas, entre Estado e particulares, mas também nas relações privadas, travada entre os próprios particulares. Se os direitos fundamentais foram concebidos inicialmente como um instrumento de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal, segundo o que se convencionou chamar de eficácia vertical, uma simples análise do modo de funcionamento da sociedade atual permite a constatação de que a capacidade de oprimir não é exclusividade do Estado. Pelo contrário, seja sob uma perspectiva econômica, social, racial ou de gênero, são notadas relações de poder e submissão entre particulares capazes de fragilizar direitos fundamentais, o que levantou o seguinte questionamento: por que os direitos fundamentais não se aplicariam também nessas relações? Sobre o assunto, Daniel Sarmento assevera que:

¹³ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*.

¹⁴ *Ibid.*



se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam¹⁵.

Em decorrência dessa constatação de que o particular também pode incorporar a figura do tirano, a doutrina civil-constitucionalista admite a aplicação dos direitos fundamentais também nas relações privadas, de modo que os particulares, além de titulares – sujeitos ativos – também podem ser destinatários – sujeitos passivos – de tais direitos. Ora, os direitos fundamentais buscam a tutela da dignidade humana, independentemente da origem da violação.

Diferentemente de outros sistemas constitucionais, como o português e o alemão, não existe no sistema brasileiro um dispositivo constitucional que vincule expressamente os particulares à observância dos direitos fundamentais. Apesar disso, a horizontalização dos direitos fundamentais pode ser identificada no preceito constitucional de aplicação imediata de suas normas definidoras¹⁶, como preceitua o artigo 5º, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁷. O Supremo Tribunal Federal, que exerce a função de guardião da Carta Magna, já reconheceu em julgados a necessidade de se observar os direitos fundamentais nas relações privadas. Para o propósito deste trabalho, interessa destacar o Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ¹⁸, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

No mencionado julgado, a Corte Suprema apreciava situação em que a União Brasileira de Compositores (UBC) excluía um membro de seu quadro de associados, e foi constatado que essa remoção não observou os direitos procedimentais do excluído. No caso, o STF desproveu o recurso interposto pela associação ao invocar 3 principais fundamentos: 1) a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, reconhecendo que os direitos à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo constitucional são direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados; 2) a limitação da autonomia privada, na medida em que, embora seja garantida pela Constituição, ela não pode ser exercida em desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, principalmente aqueles positivados em sede

¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

¹⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*.

¹⁷ 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: 11 ago.2024.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ**. [...] União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>. Acesso em: 11 ago. 2024.

constitucional; 3) o fato de que a associação privada, ainda que não estatal, desempenhava atividade de caráter público, diretamente relacionada à fruição de direito individual (exercício profissional), o que torna mais patente a aplicação direta dos direitos fundamentais. Conforme se demonstrará, os 3 fundamentos aqui apresentados também se aplicam na hipótese de exclusão de conta pessoal em plataformas digitais.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que há uma assimetria na relação provedor-usuário. Se por um lado a unilateralidade na definição das cláusulas contratuais não afeta a validade da relação jurídica firmada entre os mencionados atores, certamente expressa a vulnerabilidade do usuário da plataforma. Além do mais, apesar de a dinâmica virtual influenciar a vida de tantas pessoas, ela é controlada por poucos atores, as chamadas “*big techs*”, maiores empresas de tecnologia, que concentram a maior parte do poder digital¹⁹, exercendo um verdadeiro monopólio virtual. Outrossim, a decisão fundamental quanto à conformidade do conteúdo publicado com as Diretrizes da plataforma e quanto ao destino das contas pessoais cabe tão somente aos provedores das redes, sem qualquer influência dos usuários. Por esses fatores expostos, fica evidenciado o desequilíbrio na relação jurídica analisada, visto que a autonomia privada dos detentores das contas fica subjugada ao ânimo do gestor da rede. Sobre o tema, Daniel Sarmiento ressalta que:

a assimetria de poder numa determinada relação tende a comprometer o exercício da autonomia privada da parte mais fraca, expondo a um risco maior seus direitos fundamentais. Por isso, quanto mais a relação for assimétrica, maior será a vinculação da parte mais forte ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada²⁰.

Também há que se destacar a relevância das redes sociais na dinâmica da sociedade informatizada. No Brasil, 66,3% da população total e 78% da população maior de 18 anos utiliza redes sociais. Os usuários de internet de 16 a 64 anos passam, em média, 3 horas e 37 minutos usando tais plataformas. Entre os usuários de redes sociais, 59,9% afirma que utiliza as plataformas para manter contato com amigos e família, 52,7% para ler notícias, 43,2% para encontrar produtos para comprar, 42,4% para preencher o tempo livre, 41,6% para encontrar conteúdos, como artigos ou vídeos, 41,3% para encontrar inspiração em coisas para fazer ou comprar, 34% para ver o que está sendo falado, 30,5% para assistir ou acompanhar esportes, 29,3% para fazer novos contatos, 28,7% para compartilhar e discutir opiniões, 28,4% para

¹⁹ VISUAL CAPITALIST. **TechnologyRanked: The 20 Biggest Tech Companies by Market Cap**. [S.l.], 2024. Disponível em: <https://www.visualcapitalist.com/ranked-the-20-biggest-tech-companies-by-market-cap/>. Acesso em: 11 ago. 2024.

²⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 326.



aumentar a rede de trabalho²¹. Ademais, o conteúdo digital, que inclui redes sociais, é a principal fonte de notícia da sociedade brasileira²².

Esses dados demonstram os diferentes aspectos da vida que foram transformados pelo uso das redes sociais, muitos desses aspectos diretamente relacionados ao exercício de direitos fundamentais. Tais plataformas se transformaram no principal *locus* público, onde ocorre o debate de ideias e a socialização. Também representam um espaço significativo para a circulação de bens e serviços, além de um ambiente que propiciou o surgimento de novas carreiras e ocupações. Portanto, aquele que não tem acesso a esses serviços sofre restrições em direitos fundamentais como o direito à liberdade de expressão, ao acesso à informação, ao exercício profissional, à livre iniciativa, ao lazer, entre outros. Isso tudo demonstra o interesse público afeto às atividades desempenhadas pelos provedores de redes sociais, o que atrai a atuação estatal. Tanto é assim que o Marco Civil da Internet define que um dos fundamentos do uso da internet no Brasil é a finalidade social da rede (art. 2º, VI, Lei nº 12.965/2014²³).

Por esses motivos expostos, deve-se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a vinculação desses atores privados ao sistema protetivo previsto constitucionalmente. Portanto, ainda que se reconheça às plataformas digitais os direitos à autonomia privada e à liberdade contratual, como discutido no Capítulo 1, tais direitos devem ser exercidos com respeito aos direitos e garantias dos usuários. No tocante à supressão de conteúdo e bloqueio de contas, destaca-se a necessidade de observância do devido processo constitucional (art. 5º, LIV, da Constituição da República²⁴), que garante que qualquer procedimento, judicial ou extrajudicial, em especial o que envolva mitigação de direitos, deve se desenvolver em conformidade com a disciplina constitucional e sua sistemática principiológica²⁵.

Sob o ponto de vista da exclusão de conteúdo digital ou de conta pessoal, o respeito ao devido processo constitucional pressupõe a observância do direito ao contraditório, não apenas sob seu aspecto formal, de direito de informação e de manifestação, mas sob um aspecto

²¹ MELTWATER; WE ARE SOCIAL. **Digital 2024 Brazil**. [S.l.], 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil>. Acesso em: 11 ago. 2024.

²² REUTERS INSTITUTE. **Digital News Report 2024**, Oxford: 2024. Disponível em <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/digital-news-report/2024/brazil>. Acesso em 12 ago. 2024.

²³ 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 ago. 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: 11 ago. 2024.

²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. rev. atual. Barueri-SP: Atlas, 2023. *E-book*.

material de poder influir sobre o conteúdo das decisões²⁶. Dessa forma, antes ou imediatamente após a aplicação da sanção digital, o usuário deve ter ciência sobre a diretriz virtual supostamente violada e de que forma sua conduta infringiu a regra. Também é preciso oportunizar o direito à manifestação, que deve ser efetivamente considerada e ter aptidão para influenciar a decisão definitiva.

Outro princípio que resulta da garantia do devido processo constitucional é o da proporcionalidade. Nota-se que há uma gradação de infrações às diretrizes de uma plataforma digital, assim como uma gradação de sanções que podem ser aplicadas: advertência, supressão de conteúdos, restrição de certos recursos da aplicação, suspensão temporária da conta ou sua exclusão definitiva. Dessa forma, a sanção deve ser aplicada de maneira razoável com o grau de ofensividade da conduta virtual do usuário. Por fim, lembre-se que o usuário pode sempre se valer do Judiciário para impugnar eventual restrição imposta pelo provedor da rede social, independentemente de prévia impugnação extrajudicial, vide direito constitucional ao acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, Constituição da República²⁷).

Dessa forma, após a constatação de que os provedores de redes sociais têm legitimidade para definir seus termos de uso e prescrever sanções àqueles que os violam, conclui-se que o exercício desse poder deve observar os direitos fundamentais dos usuários, em especial o devido processo constitucional e seus corolários, como os princípios do contraditório e da proporcionalidade.

3. DANO: COMO O BLOQUEIO INDEVIDO DE CONTAS EM REDES SOCIAIS AFETA OS USUÁRIOS

Uma vez praticado um ato ilícito, ou seja, um ato em desacordo com a ordem jurídica e violador de direitos, tal ato será considerado indenizante quando gerar dano a outrem. Segundo Flávio Tartuce, para fins de responsabilização civil, ato ilícito é a “conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém”²⁸. Portanto, a ilicitude é o resultado de um ato que gera lesão de direitos e

²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. rev. atual. Barueri-SP: Atlas, 2023. E-book.

²⁷ 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: 11 ago.2024.

²⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 19. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024. E-book.



causa danos, como se depreende da redação do artigo 186 do Código Civil²⁹. Nos dois capítulos anteriores, foram analisados os limites jurídicos da atuação das plataformas digitais no controle das atividades dos usuários de suas redes sociais, cotejando o direito do provedor de regulamentar suas aplicações e definir suas regras de uso com os direitos fundamentais dos usuários, em especial o direito ao devido processo constitucional. Dessa forma, sob o ponto de vista da licitude, interessa neste momento analisar os possíveis danos decorrentes da conduta dos provedores de redes sociais que, em contrariedade com o ordenamento jurídico, restringem o acesso dos usuários às suas plataformas.

No estudo dos danos, os materiais e morais são considerados as modalidades clássicas. Os danos materiais constituem os prejuízos sofridos pela vítima em seu complexo de bens de valor econômico, enquanto os danos morais são configurados com a “lesão a direitos de conteúdo não pecuniário ou não comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade”³⁰ ou qualquer outro aspecto associado à dignidade da pessoa humana. Outra modalidade de dano que importa aqui destacar é o dano pela perda de uma chance, quando uma oportunidade, em que há uma expectativa legítima e razoável de ocorrer, resta frustrada pela conduta lesiva do agente violador.

No campo dos danos materiais, deve-se destacar a “monetização” do uso das redes sociais, ou seja, a possibilidade de se gerar receitas a partir da presença e influência nas plataformas digitais. De maneira mais direta, há plataformas que remuneram seus usuários pela criação de conteúdo digital, a exemplo da rede social Tiktok, que paga ao criador de conteúdo que preenche os requisitos de seu programa de remuneração o valor estimado de US\$ 0,15 a cada mil visualizações³¹. Todavia, no âmbito das redes sociais, o *marketing* de influência ocupa possivelmente o principal espaço como fonte de renda dos criadores de conteúdo.

O *marketing* de influência é uma estratégia que utiliza a influência e a popularidade de determinada pessoa para promover produtos, serviços ou marcas, associando-os à imagem daquela. Conforme já ressaltado, as redes sociais assumiram grande destaque na dinâmica da sociedade informacional, inclusive no tocante às tendências de consumo. Basta ver que entre

²⁹ 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: 10 set. 2024.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*.

³¹ QUANTO o TikTok paga aos criadores de conteúdo por visualização? **TecMundo**, [S.l.], 29 abr. 2024. Disponível em <https://www.tecmundo.com.br/software/282430-tiktok-paga-criadores-conteudo-visualizacao.htm>. Acesso em: 10 set. 2024.

aqueles que acessam as plataformas sociais, 41,6% as utilizam para encontrar produtos para comprar, e 41,3% para encontrar inspiração em coisas para fazer ou comprar³². Além do mais, em 2021, embora os influenciadores digitais, em comparação com os perfis das próprias marcas, sejam responsáveis por publicarem 10% do conteúdo de publicidade de produtos e serviços, já respondem por quase 64% do total de engajamento, com 23.7 bilhões de ações³³. Por fim, quanto à eficácia dos influenciadores digitais, constou-se que, entre os usuários da rede social Instagram, 70% seguem influenciadores e 20% afirmam que são influenciados na hora de comprar e consumir produtos. Ademais, 61% disseram já ter comprado algo que um influenciador digital indicou ou usou³⁴. Na perspectiva corporativa, a divulgação por meio de redes sociais já representa a estratégia de *marketing* mais explorada pelas marcas³⁵.

Os dados acima apresentados revelam a dimensão econômica alcançada pela produção de conteúdo digital. Sob o ponto de vista comercial de uma empresa, as redes sociais representam uma ferramenta poderosa para alcançar audiências segmentadas de maneira mais eficaz que a publicidade tradicional, além de propiciar um engajamento inédito com seu público. Sob o ponto de vista dos criadores de conteúdo, tais plataformas são a base de sua “monetização”. Nessa perspectiva, pode-se dizer que uma postagem possui verdadeiro valor econômico, já que representa a moeda de troca daqueles são remunerados pela divulgação de uma marca, um conteúdo ou um serviço. Sendo assim, reconhecida a repercussão econômica da utilização de redes sociais, a conduta consistente em suspender o acesso do usuário a sua conta pessoal é apta a gerar dano material indenizável, já que afeta diretamente o patrimônio corpóreo de uma pessoa.

Considerando o acima exposto, se o usuário não conseguir demonstrar com certeza alguma perda patrimonial decorrente do impedimento de acesso, mas for capaz de comprovar que uma chance real e séria de vantagem econômica foi frustrada em razão da conduta do provedor de rede social, pode ser indenizado pela perda de uma chance.

³² MELTWATER; WE ARE SOCIAL. **Digital 2024 Brazil**. [S.l.], 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil>. Acesso em: 11 ago. 2024.

³³ COMSCORE. **Tendências & comportamentos digitais**. [S.l.], 2022. Disponível em: <https://www.comscore.com/por/Insights/Apresentacoes-e-documentos/2022/Mudancas-no-consumo-digital-2022>. Acesso em: 10 set. 2024.

³⁴ OPINION BOX. **Relatório Instagram no Brasil 2024**. [S.l.], 2024. Disponível em: <https://materiais.opinionbox.com/pesquisa-instagram>. Acesso em: 10 set. 2024.

³⁵ RD STATION. **Panorama de Marketing**. Florianópolis. 2023. Disponível em: https://www.rdstation.com/pesquisas/panorama-de-marketing/?utm_source=pr&utm_medium=referral&utm_campaign=br-inb-pesquisas-pr-novos_leads-panorama_de_marketing_2023_imprensa_pr. Acesso em: 10 set. 2024.



Por fim, a fim de se averiguar a dimensão extrapatrimonial propiciada pelo acesso às redes sociais, é necessário, novamente, acentuar o destaque dessas plataformas no cotidiano do ser social hodierno. Como se exemplificará, o exercício de diversos direitos existenciais ocorre hoje através dessas plataformas.

Veja-se, o propósito essencial de uma rede social é conectar pessoas, franquear a comunicação e a interação entre indivíduos. Ela promove o engajamento social facilitado, permitindo que os usuários criem e mantenham relações pessoais e interajam entre si. Esses programas foram desenvolvidos com o propósito de levar para o ambiente virtual os relacionamentos tradicionalmente estabelecidos no mundo material. Considerando que, no Brasil, 78% da população maior de 18 anos utiliza redes sociais, e o principal intuito desses usuários é manter contato com amigos e família³⁶, pode-se dizer que o propósito essencial dessas redes foi alcançado. Nesse contexto, aquele que tem acesso restrito a essas plataformas, tem também acesso restrito ao próprio processo de socialização, que é verdadeira necessidade existencial do ser humano.

Além do mais, as redes sociais oferecem um espaço acessível para que indivíduos compartilhem suas opiniões, ideias e perspectivas com um público global. Nunca foi tão fácil expressar ideias como na era das redes sociais. Nesse contexto, as plataformas digitais também propiciam um debate com ampla gama de opiniões e pontos de vista, promovendo um ambiente onde diferentes perspectivas podem ser discutidas e desafiadas, sem embargo do potencial para ativismo e mobilização social. Acrescente-se que o conteúdo digital, que inclui redes sociais, é atualmente a principal fonte de notícia e informações da sociedade brasileira³⁷. Cabe ressaltar que a liberdade de discurso configura verdadeira expressão da autonomia privada e uma condição primordial para salvaguarda da dignidade humana, de maneira que a privação de tal direito configuraria uma grave violação da autonomia individual. Dada a importância das redes sociais na divulgação de ideias, o bloqueio de contas pessoais certamente afetaria igualmente esse aspecto existencial da pessoa.

Além disso, a fim de ilustrar a potencialidade danosa do bloqueio indevido de contas em redes sociais, reporta-se a duas decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Primeiramente, a apelação cível 0806350-70.2022.8.19.0203³⁸, que condenou a

³⁶ MELTWATER; WE ARE SOCIAL. **Digital 2024 Brazil**. [S.l.], 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil>. Acesso em: 11 ago. 2024.

³⁷ REUTERS INSTITUTE. **Digital News Report 2024**, Oxford: 2024. Disponível em <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/digital-news-report/2024/brazil>. Acesso em 12 ago. 2024.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (12. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 0806350-70.2022.8.19.0203**. [...] PERFIS PROFISSIONAIS. SUSPENSÃO UNILATERAL PELA RÉ, AO

desenvolvedora do Instagram e Facebook a indenizar um usuário em R\$ 8.000,00. No caso, entendeu-se que a conduta da ré de bloquear o perfil profissional do autor sem demonstrar o conteúdo ofensivo supostamente divulgado ensejou danos morais, já que através dos perfis nas redes sociais o demandante divulgava seu trabalho como artista plástico e angariava clientela. Em seguida, a apelação cível nº 0018612-79.2020.8.19.0066³⁹, que também condenou a plataforma acima referida ao pagamento de indenização em razão do bloqueio injustificado de conta em rede social. No caso, identificou-se que o usuário sofreu dano moral pois o bloqueio indevido comprometeu o atendimento prestado aos seus clientes, gerando abalo à sua imagem e violando a sua honra objetiva.

Por todo o exposto, nota-se que a conduta ilícita consistente na desativação indevida de contas pessoais em redes sociais por seus provedores é capaz de gerar diversas formas de danos indenizáveis.

CONCLUSÃO

Como já referido, o presente artigo visou a apresentar os aspectos mais importantes relacionados à responsabilidade civil dos provedores de redes sociais pela conduta de bloquear indevidamente os usuários de acessarem suas contas pessoais nas plataformas. Para tanto, buscou-se analisar as normas autorregulatórias de uma rede social selecionada, a produção doutrinária relacionada ao tema e decisões judiciais que ilustrassem a análise, eis que uma pesquisa que verse sobre possível responsabilidade civil de uma conduta deve necessariamente se debruçar sobre aspectos práticos e situações que se repetem no dia a dia.

O primeiro passo da análise foi verificar a natureza da relação jurídica existente entre o provedor da rede social e seus usuários, tendo como parâmetro os termos de uso da plataforma Instagram. Constatou-se que o liame entre tais atores é contratual, sendo as cláusulas que regulam essa relação jurídica definidas unilateralmente pela plataforma digital. Nesse sentido, em aplicação aos princípios da autonomia da vontade e liberdade contratual, concluiu-se pela legitimidade do provedor de definir tanto as cláusulas que regerão aquela relação contratual quanto as normas de comportamento do usuário na rede social. Dentro dessa autonomia,

ARGUMENTO DE QUE O AUTOR TERIA PUBLICADO CONTEÚDO DE NUDEZ E EXPLORAÇÃO INFANTIL [...]. Relator: Des. Gilberto Matos, 16 de maio de 2024. Disponível em:

<https://www3.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2024.001.02372>. Acesso em: 10 set. 2024.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (8. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 0018612-79.2020.8.19.0066**. [...] BLOQUEIO INJUSTIFICADO DE CONTA EM REDE SOCIAL.

COMPROMETIMENTO DO ATENDIMENTO A CLIENTES DA PARTE AUTORA. VIOLAÇÃO DA HONRA OBJETIVA [...]. Relator: Des. Elton Leme, 18 de abril de 2023. Disponível em:

<https://www3.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2023.001.08710>. Acesso em: 10 set. 2024.



incluem-se disposições que autorizam as plataformas a restringirem conteúdos publicados, além de suspenderem ou bloquearem as contas pessoais daqueles usuários que violem as regras de comportamento digital.

Assentada tal premissa, passou-se a analisar quais as demarcações jurídicas que circundam a liberdade contratual na relação jurídica travada entre provedor e usuário no tocante à possibilidade de exclusão de contas. O primeiro pressuposto teórico cotejado foi o da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o reconhecimento desses direitos nas relações privadas. Verificou-se que, em razão da assimetria na relação provedor-usuário e do interesse público afeto às atividades desempenhadas pelos provedores de redes sociais, há uma vinculação desses atores privados ao sistema protetivo garantido pela Constituição da República. A partir disso, observou-se que o direito ao devido processo constitucional possui especial relevo no tema aqui debatido, de maneira que ao excluir a conta de um usuário, o provedor deve garantir-lhe o direito ao contraditório, à ampla defesa, além de aplicar uma sanção que observe o postulado da proporcionalidade, sob pena de agir em contrariedade ao ordenamento jurídico.

Por fim, outro aspecto relevante da responsabilidade civil que foi examinado é o do dano. Foi ressaltada a importância das redes sociais como meio de divulgação de produtos, serviços e marcas e seu potencial econômico para os usuários, o que permitiu concluir que o bloqueio indevido de uma conta pessoal é conduta apta a gerar dano material ou dano pela perda de uma chance. Outrossim, demonstrou-se que o acesso a essas redes está diretamente relacionado ao exercício de direitos existenciais correlatos à dignidade da pessoa humana, como os direitos à socialização e à liberdade de expressão, o que permitiu deduzir que a limitação de utilização das redes sociais é medida apta a gerar danos morais ao usuário. Como visto, há julgados que reconhecem o potencial lesivo da conduta examinada.

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: 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: 10 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, 2014.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 201.819-8/RJ**. [...] União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. Relator: Min. Gilmar Mendes, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7704/false>. Acesso em: 11 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (12. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 0806350-70.2022.8.19.0203**. [...] PERFIS PROFISSIONAIS. SUSPENSÃO UNILATERAL PELA RÉ, AO ARGUMENTO DE QUE O AUTOR TERIA PUBLICADO CONTEÚDO DE NUDEZ E EXPLORAÇÃO INFANTIL [...]. Relator: Des. Gilberto Matos, 16 de maio de 2024. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2024.001.02372>. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (8. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível 0018612-79.2020.8.19.0066**. [...] BLOQUEIO INJUSTIFICADO DE CONTA EM REDE SOCIAL. COMPROMETIMENTO DO ATENDIMENTO A CLIENTES DA PARTE AUTORA. VIOLAÇÃO DA HONRA OBJETIVA [...]. Relator: Des. Elton Leme, 18 de abril de 2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2023.001.08710>. Acesso em: 10 set. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. rev. atual. Barueri-SP: Atlas, 2023. *E-book*.

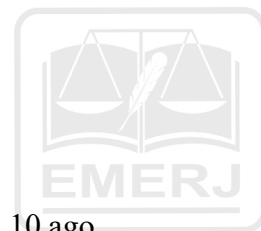
COMSCORE. **Tendências & comportamentos digitais**, [S.l.], 2022. Disponível em: <https://www.comscore.com/por/Insights/Apresentacoes-e-documentos/2022/Mudancas-no-consumo-digital-2022>. Acesso em: 10 set. 2024.

INSTAGRAM. **Cadastre-se**. [S.l.]. Instagram from Meta, 2024. Disponível em: <https://www.instagram.com/accounts/emailsignup/>. Acesso em: 10 ago. 2024.

INSTAGRAM. **Diretrizes da Comunidade**. [S.l.]. Meta, 2024. Disponível em: https://help.instagram.com/477434105621119/?helpref=hc_fnav. Acesso em: 11 ago. 2024.

INSTAGRAM. **Perguntas frequentes sobre as Diretrizes da Comunidade do Instagram**. [S.l.]. Instagram from Meta, 2018. Disponível em: <https://about.instagram.com/pt-br/blog/announcements/instagram-community-guidelines-faqs>. Acesso em: 10 ago. 2024.

INSTAGRAM. **Perguntas frequentes sobre os Termos de Uso da Comunidade do Instagram**. [S.l.]. Instagram from Meta, 2018. Disponível em: <https://about.instagram.com/pt-br/blog/announcements/instagram-community-terms-of-use-faqs#:~:text=Os%20Termos%20dizem%20que%20voc%C3%AA,permita%20o%20uso%20d%20app>. Acesso em: 10 ago. 2024.



INSTAGRAM. **Termos de Uso**. [S.l.]. Meta, 2022. Disponível em: https://help.instagram.com/581066165581870?helpref=page_content. Acesso em: 10 ago. 2024.

LOOS, Marco; LUZAK, Joasia. Wanted: a Bigger Stick: On Unfair Terms in Consumer Contracts with Online Service Providers. **Journal of Consumer Policy**, [s. l.], v. 39, p. 63-90, 20 out. 2015 Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-015-9303-7>. Acesso em: 11 ago. 2024.

MELTWATER; WE ARE SOCIAL. **Digital 2024 Brazil**. [S.l.], 2024. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2024-brazil>. Acesso em: 11 ago. 2024.

O DILEMA das Redes. Direção: Jeff Orlowski. Produção: Larissa Rhodes. Boulder: Exposure Labs, 2020. Documentário exibido pela Netflix. Acesso em: 10 ago. 2024.

OPINION BOX. **Relatório Instagram no Brasil 2024**. [S.l.]. 2024. Disponível em: <https://materiais.opinionbox.com/pesquisa-instagram>. Acesso em: 10 set. 2024.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. v.III. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*.

QUANTO o TikTok paga aos criadores de conteúdo por visualização? **TecMundo**, [S.l.], 29 abr. 2024. Disponível em <https://www.tecmundo.com.br/software/282430-tiktok-paga-criadores-conteudo-visualizacao.htm>. Acesso em: 10 set. 2024.

RD STATION. **Panorama de Marketing**. Florianópolis. 2023. Disponível em: https://www.rdstation.com/pesquisas/panorama-de-marketing/?utm_source=pr&utm_medium=referral&utm_campaign=br-inb-pesquisas-pr-novos_leads-panorama_de_marketing_2023_imprensa_pr. Acesso em: 10 set. 2024.

REUTERS INSTITUTE. **Digital News Report 2024**, Oxford: 2024. Disponível em <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/digital-news-report/2024/brazil>. Acesso em 12 ago. 2024.

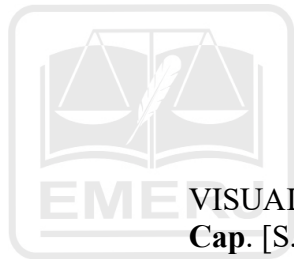
SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. *E-book*.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 19. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2024. *E-book*.



VISUAL CAPITALIST. **TechnologyRanked: The 20 Biggest Tech Companies by Market Cap.** [S.l.], 2024. Disponível em: <https://www.visualcapitalist.com/ranked-the-20-biggest-tech-companies-by-market-cap/>. Acesso em: 11 ago. 2024.



A INEFICIÊNCIA PRÁTICA DAS *ASTREINTES* COMO MEDIDA COERCITIVA NA EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS E NAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL FLUMINENSE

Matheus Adonai de Oliveira Martins

Graduado pela Universidade Veiga de Almeida – (UVA). Advogado. Administrador Judicial. Pós-Graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. – (FGV).

Resumo – o presente artigo tem por finalidade promover a discussão sobre a ineficiência prática das *astreintes* como medida coercitiva na execução das sentenças e nas decisões interlocutórias, quando aplicadas em face do Estado do Rio de Janeiro. Inicialmente, identifica-se brevemente a origem, o conceito e a natureza jurídica das *astreintes*, bem como se o método é considerado eficaz para garantir a efetividade no cumprimento das decisões judiciais. Em seguida, analisa-se como a redução das *astreintes* aplicadas não apenas reforça a prática recorrente de desrespeito às decisões judiciais pelo ente estatal, mas também contribui para a criação de um ambiente de instabilidade e insegurança jurídica. Finalmente, indaga-se sobre a possibilidade da aplicabilidade conjunta das *astreintes* com outras medidas assecuratórias para dar celeridade e efetividade ao cumprimento das decisões judiciais em desfavor da Fazenda Pública Estadual Fluminense.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. *Astreintes*. Ineficácia prática. Medidas Assecuratórias.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação das *astreintes*: método coercitivo para efetividade no cumprimento de decisões judiciais. 2. Da redução das *astreintes* pautada pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e o enriquecimento sem causa do exequente, frente à consolidação do desrespeito às decisões judiciais. 3. Da aplicabilidade conjunta das *astreintes* com outras medidas assecuratórias para garantir a celeridade e a efetividade no cumprimento das decisões judiciais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como proposta a discussão sobre a ineficiência prática das *astreintes* como medida coercitiva na execução das sentenças condenatórias e decisões interlocutórias, quando aplicadas em desfavor do Estado do Rio de Janeiro.

Para tanto, abordam-se as recentes posições doutrinárias, bem como a análise dos entendimentos consolidados pela jurisprudência a respeito do tema, de modo a discutir se é

possível sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, se a redução do montante das *astreintes* aplicadas, consolida a prática reiterada de desrespeito às decisões judiciais pelo ente estatal.

A aplicação das *astreintes* em sentenças condenatórias, em geral, é considerada pela doutrina mais recente e pelo legislador como uma medida coercitiva destinada a influenciar o comportamento do devedor, buscando quebrar sua recalcitrância em cumprir a prestação devida.

Na prática, apesar da imposição de multa diária por descumprimento, conforme previsto no art. 537 do Código de Processo Civil, o Estado do Rio de Janeiro persiste em criar obstáculos, por vezes injustificáveis, à efetivação do direito dos exequentes, resultando em longos períodos de espera pelo cumprimento da decisão judicial definitiva, o que possibilita ao credor receber uma grande quantia a título de multa.

Considerando esse cenário, o Estado do Rio de Janeiro recorre sistematicamente do valor integral a ser pago ao exequente, a título de *astreinte*, em instâncias recursais, alegando que os valores devem ser minorados pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e enriquecimento sem causa do credor. Tais argumentos são frequentemente acolhidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o que consolida ainda mais a prática reiterada do desrespeito às decisões judiciais pelo ente estatal.

Com o propósito de compreender plenamente o tema, busca-se apresentar o conceito das *astreintes* e discutir sua aplicabilidade prática por meio de ampla pesquisa jurisprudencial e doutrinária. Pretende-se também demonstrar a necessidade de adotar outras medidas assecuratórias, reconhecidas pelos Tribunais Superiores, como complemento às *astreintes*, quando houver reiterado descumprimento de decisões judiciais definitivas, visando alcançar a satisfação do exequente.

Inicia-se o primeiro capítulo a presente pesquisa analisando o conceito e o entendimento discutido pela doutrina sobre o modo de aplicação das *astreintes* como meio de compelir o executado a cumprir uma obrigação específica, prevista em decisão judicial definitiva.

Já no segundo capítulo, analisa-se a viabilidade de sustentar, com fundamentos jurídicos sólidos, que a redução do valor total das *astreintes* aplicadas, com base nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e enriquecimento sem causa do credor, consolida a prática reiterada de desrespeito às decisões judiciais pelo ente estatal.

No terceiro capítulo, demonstra-se a necessidade de adotar medidas assecuratórias, aplicadas pelos Tribunais Superiores, em conjunto à aplicação das *astreintes*, tendo como principal objetivo a responsabilização dos servidores ou representantes estatais por



descumprimento de decisões judiciais, cuja medida promove não só a efetividade e celeridade no cumprimento das decisões judiciais definitivas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, visto que o pesquisador seleciona um conjunto de proposições hipotéticas que julga serem pertinentes e apropriadas para analisar e solucionar a problemática do tema debatido, com a finalidade de comprová-las ou rejeitá-las parcialmente ou integralmente de modo argumentativo.

A abordagem do tema deste estudo científico é obrigatoriamente qualitativa, uma vez 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 e do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, bem como recorrendo a artigos científicos para sustentar sua tese.

1. A APLICAÇÃO DAS *ASTREINTES*: MÉTODO COERCITIVO PARA EFETIVIDADE NO CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS

Antes de adentrar no tema deste capítulo, é essencial abordar a origem das *astreintes*, bem como sua natureza jurídica e seu conceito. Esse entendimento preliminar é fundamental para demonstrar sua aplicabilidade teórica, permitindo um raciocínio lógico sobre sua utilização prática e seus impactos no âmbito jurídico.

Com denominação originária do Direito francês, especificamente no período pós-Revolução Francesa com a edição do Código Civil francês em 1804, quando a instrumentalização processual ganhou maior aplicabilidade pela doutrina e jurisprudência, as *astreintes* foram criadas com a finalidade de pressionar o devedor a cumprir com as suas obrigações.

Na perspectiva de Araken de Assis¹, os tribunais franceses começaram a aplicar esse instituto, impondo multas de valores expressivos e com grande rigor, com o objetivo de promover uma sanção indireta ao inadimplemento, exercendo considerável pressão sobre o devedor.

Para Guilherme Rizo Amaral², a multa aplicada possuía natureza indenizatória até o ano de 1959. Contudo, após forte crítica doutrinária naquele contexto histórico, a força de

¹ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 847.

² AMARAL, Guilherme Rizzo. **As *astreintes* e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 33.

impacto das *astreintes* foi atenuada, passando a integrar por meio século o montante da indenização por perdas e danos no caso de descumprimento de decisão judicial.

Foi apenas em 1971 que a Lei nº 72-626 foi promulgada, sendo a primeira legislação francesa a tratar das *astreintes*³ e, desde então, este instituto vem sendo continuamente aprimorado tanto pela legislação quanto pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, as *astreintes* já eram previstas no Código de Processo Civil de 1939⁴, embora com restrições à sua força coercitiva. Afirmar Guilherme Rizo Amaral que foi apenas com a vigência do Código de Processo Civil de 1973⁵ que elas se tornaram o mecanismo preferencial para a tutela específica das obrigações de fazer, de não fazer e de entrega de coisa, o que representou um considerável e positivo avanço. Por fim, nessa mesma linha de raciocínio, Alexandre Rodrigues Lassance afirma que, embora as *astreintes*:

[...] estejam presentes no ordenamento jurídico brasileiro desde o CPC/39, vê-se que esse instituto vem sendo aprimorado pela via legislativa durante as últimas décadas. A edição do CPC/15⁶, por sua vez, foi uma oportunidade para dar continuidade ao desenvolvimento das *astreintes*, razão pela qual novas e detalhadas regras sobre elas foram incluídas. [...]⁷

Compreendido o contexto histórico da criação das *astreintes* como instrumento coercitivo e sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se necessário conceituá-las e explorar sua aplicabilidade, fundamentando-se na doutrina e na jurisprudência mais recente.

As *astreintes* são consideradas um meio executivo utilizado para assegurar o cumprimento das decisões judiciais, podendo ser aplicadas na fase de conhecimento, em casos de deferimento de tutela provisória de urgência, na sentença, ou durante a fase de execução:

[...] Trata-se de multa periódica, fixada por decisão judicial (que pode ser proferida na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução como esclarece o art. 537, que incide após o decurso do prazo de que o executado

³ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As *astreintes* e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 34.

⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 27 ago.2024.

⁵ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 27 ago.2024.

⁶ 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: 25 jul.2024.

⁷ LASSANCE, Alexandre Rodrigues. *Astreintes*: a (im)possibilidade de redução da multa vencida à luz do código de processo civil de 2015. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.10/2018/2019, n.2, p. 62.



dispõe para cumprir a decisão, prazo este que tem início quando o executado é intimado, na forma do disposto no art. 513 § 2º [...]”⁸

Para o Desembargador Celso Luiz de Matos Peres da 10ª Câmara Cível do TJRJ “as *astreintes* apresentam-se como indiscutível sanção estatal e operam no campo do direito processual, não podendo ser equiparadas à cláusula penal e a outras penalidades atuantes no campo do direito privado (...)”⁹

Noutras palavras, quando uma decisão judicial determina o cumprimento de um dever jurídico de dar, fazer ou não fazer em um prazo determinado, sob pena de multa, o ideal seria que ela nunca fosse aplicada ao executado. No entanto, transcorrido o prazo sem o seu efetivo cumprimento, ela incidirá quantas vezes forem necessárias até que se torne financeiramente insuportável para o devedor vencido, levando-o a cumprir compulsoriamente a determinação judicial.

Por isso, afirma Câmara que a *astreinte* “[...] não existe para compensar o credor por algum prejuízo que tenha sofrido, mas para pressionar psicologicamente o devedor a sua prestação. Não é indenização, mas pena [...]”¹⁰. E ainda acrescenta “[...] a razão de ser da multa é o devido respeito à autoridade da decisão judicial. Disso decorre uma inevitável consequência: a *astreinte* para ser efetiva, deve ser eficiente [...]”¹¹. Por isso, o valor arbitrado é considerado um crédito autônomo, ou seja, não se confunde com o valor principal a ser pago ao exequente.

Quanto à sua aplicabilidade, a lei permite que o magistrado fixe as *astreintes* de ofício ou a pedido da parte exequente. Ademais, o juiz pode revisar o valor estabelecido, ajustar a sua periodicidade conforme a particularidade de cada caso ou até mesmo excluir as *astreintes* se estas se tornarem insuficientes ou excessivas, sendo vedada a alteração da multa vencida. Assim leciona o professor e doutrinador Alexandre Freitas Câmara:

[...] Permite a lei que o juiz, de ofício ou a requerimento, modifique o valor ou a periodicidade da multa vincenda, ou a exclua, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, ou se obrigado a demonstrar cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento (art. 537 §1º). Importante ter claro, porém, que só se pode reduzir ou aumentar multa vincenda, não sendo admissível a alteração de valor de multa já vencida, o que implicaria na redução do valor de um crédito já configurado do demandante, violando-se um seu direito adquirido. Apenas as multas vincendas, portanto, podem ter o seu valor ou periodicidade modificados por decisão judicial. [...]”¹²

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2022, p. 762.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2009.001.5559**. Décima Câmara Cível. Relator Desembargador Celso Luiz de Matos Peres. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2009.001.55591>. Acesso em: 28 jul. 2024.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2022, p. 763.

¹¹ *Ibid.*, p.763.

¹² *Ibid.*, p.763.

Quanto ao arbitramento das *astreintes* em desfavor da Fazenda Pública, a princípio elas são cabíveis pois entender de modo diverso resultaria na violação do Princípio da Isonomia. Entretanto, existem posicionamentos contrários a tal entendimento. Greco Filho afirma que o “[...] numerário caso devido, estaria penalizando indiretamente a própria sociedade, que é quem arca com os recursos que são usados pela Fazenda Pública, ou seja, pelos entes federados, por meio dos impostos [...]”¹³

Entretanto, na verdade, os entes públicos sequer sofreriam um impacto financeiro imediato, visto que o seu sistema de pagamento é realizado por meio de Precatório ou Recebimento de Pequeno Valor (RPV), sendo extremamente lento, mas que pode ser medida efetiva para se obter o adimplemento da obrigação de fazer.

Já na ausência de uma sentença condenatória transitada em julgado, o exequente pode requerer o cumprimento provisório da decisão que estabeleceu a multa. Nesse caso, o valor devido será depositado em juízo e só poderá ser levantado se o credor tiver êxito na sua demanda, confirmado pelo trânsito em julgado da decisão judicial.

Em todos os casos, para que seja possível a aplicação da multa cominatória, o devedor deve ser intimado previamente e pessoalmente, uma vez que segundo Hartmann “[...] A intimação do advogado, que normalmente apenas possui os poderes da cláusula *ad judicium*, não é suficiente, pois uma coisa é ser procurador para praticar atos em juízo e outra seria para a realização de atos de direito material como pagamento.[...]”¹⁴.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a intimação pessoal prévia do devedor é condição necessária para permitir a cobrança da multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, haja vista que o devedor precisa ter ciência previamente dos riscos ao seu patrimônio decorrentes do não cumprimento da decisão judicial no prazo determinado, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA DIÁRIA. NECESSIDADE DA INTIMAÇÃO PESSOAL DO EXECUTADO. SÚMULA 410 DO STJ. 1. É necessária a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do STJ, cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil. 2. Embargos de divergência não providos.¹⁵

¹³ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p. 73.

¹⁴ HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Curso Completo de Processo Civil**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2023, p.439.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Embargos de Divergência em Recurso Especial. EREsp 1360577/MG**. Necessidade de intimação pessoal do executado. Súmula 410 do STJ [...]. Relator: Min. Humberto Martins, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 25 jul.2024.



Outro ponto bastante controvertido que merece o devido apontamento, é se o montante das *astreintes* fixadas pode ultrapassar o valor do próprio conteúdo econômico da obrigação devida ao exequente. Fux e Marinoni afirmam que “[...] não há dúvidas quanto a isso, já sendo de longa data admitida esta situação. Com efeito, as *astreintes* apenas objetivam o cumprimento da obrigação, o que não justifica que deva ser estabelecida no mesmo patamar [...]”¹⁶. Entretanto, para Andrade a jurisprudência adota posicionamento divergente:

[...] Embora a lei silencie a respeito, a jurisprudência tem admitido que o Julgador, ao fixar o valor da multa, desde logo estabeleça um teto para o valor total da incidência daquela. Assim, estabelece-se por exemplo, uma multa de cem reais por dia, limitada ao valor total de dez mil reais [...] ¹⁷

Como demonstrado ao longo deste capítulo, as *astreintes*, quando corretamente aplicadas, são consideradas pela doutrina e jurisprudência como um método eficaz para assegurar o cumprimento das decisões judiciais relacionadas as obrigações de fazer ou não fazer.

Contudo, observa-se que, ao aplicar as *astreintes* contra a Fazenda Pública estadual fluminense, seu poder intimidatório tende a ser relativizado, comprometendo sua plena efetividade, resultando na banalização do caráter punitivo e pedagógico do instituto coercitivo, como será demonstrado adiante.

2. DA REDUÇÃO DAS *ASTREINTES* PAUTADA PELOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO EXEQUENTE

Quando uma sentença condenatória ou decisão interlocutória é proferida e todas as vias de recurso são esgotadas, espera-se que ela seja cumprida dentro do prazo estabelecido no *decisum*. No entanto, no Estado do Rio de Janeiro, o descumprimento de determinações judiciais é frequente, muitas vezes com a criação de obstáculos injustificáveis ao longo do processo judicial.

Esse tipo de comportamento muitas vezes leva o jurisdicionado a acreditar que o principal objetivo do ente estatal é justamente provocar tumulto processual e adiar a efetivação

¹⁶ FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 485.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 396.

¹⁷ ANDRADE, José. **Como executar (e receber) a multa diária (*astreintes*)**. Mato Grosso do Sul, 23 fev. 2021. 1 vídeo (58 min). Publicado pelo canal no youtube José Andrade. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=xmpe5Igw_8&ab_channel=JoséAndrade. Acesso em: 25 jul.2024.



dos direitos dos requerentes/exequentes, muitos dos quais são idosos e estão há anos litigando contra o Estado em busca da efetivação dos seus direitos.

Nesse cenário, diante do descumprimento reiterado pelo Estado, a única medida geralmente adotada pelo Judiciário é a fixação periódica de *astreintes* a cada nova comprovação do descumprimento da ordem judicial pelo requerente/exequente. Em tese, as multas cominatórias deveriam ser o instrumento processual adequado para garantir maior efetividade da tutela jurisdicional, funcionando como um mecanismo para induzir o devedor ao cumprimento da obrigação e da ordem judicial.

Na prática, a situação é diferente. Durante a marcha processual, as multas aplicadas se acumulam a cada descumprimento, resultando em uma quantia expressiva devida ao requerente. No entanto, essa quantia pode não ser suficiente para persuadir os representantes do Estado do Rio de Janeiro a cumprir as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Isso ocorre porque, futuramente, as multas serão, em regra, revistas pelas instâncias superiores com base nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e na prevenção do enriquecimento sem causa. Dessa forma, a medida coercitiva se torna ineficiente, proporcionando ao jurisdicionado uma sensação de indignação devido à aparente impunidade do ente estatal.

Para fundamentar a redução das *astreintes* aplicadas, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o entendimento de que a decisão que impõe a multa, no caso de descumprimento de obrigação de fazer, não faz coisa julgada material. Isso significa que a decisão pode ser revista a qualquer momento, mesmo durante a fase de cumprimento de sentença, se revelar excessiva ou insuficiente, com o objetivo de evitar o enriquecimento sem causa do credor. Confira-se:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DESERÇÃO DO RECURSO ESPECIAL DA PARTE ADVERSA. NÃO CABIMENTO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTES. REVISÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE. EXORBITÂNCIA CONFIGURADA. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 2. O eg. Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que o exame do valor atribuído às *astreintes* pode ser revisto em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou o caráter irrisório da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso acarrete ofensa à coisa julgada. [...] ¹⁸

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2016/0117602-2**. [...] Descumprimento de obrigação de fazer. *astreintes*. revisão do valor. possibilidade. exorbitância configurada. [...]. Relator: Min. Lázaro Guimarães, 21 de nov. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 25 jul.2024.



Já o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro adotou o entendimento afirmando que a multa pelo descumprimento da obrigação de fazer pode, mesmo após o trânsito em julgado, ser modificada, tanto para mais quanto para menos, ou até excluída, se for demonstrado que é insuficiente ou excessiva, conforme autoriza o artigo 537, §1º, inciso I, do Código de Processo Civil¹⁹, *in verbis*:

VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO [...] A MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER PODE, MESMO DEPOIS DO TRÂNSITO EM JULGADO, SER MODIFICADA, PARA MAIS OU PARA MENOS, OU ATÉ MESMO EXCLUÍDA, CONFORME SE MOSTRE INSUFICIENTE OU EXCESSIVA, COMO PERMITE O INCISO I, § 1.º, DO ARTIGO 537 DO CPC DE 2015, PORQUE O VALOR DAS ASTREINTES NÃO FAZ COISA JULGADA MATERIAL. DE FATO, A MULTA PELO ATRASO NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER OU DE NÃO FAZER TEM A FUNÇÃO DE PRESSIONAR O DEVEDOR A CUMPRIR A SUA OBRIGAÇÃO[...].²⁰

Com as devidas *vênias* ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sobre o tema, não se pode falar em enriquecimento sem causa do credor/exequente nesses casos. A acumulação das multas arbitradas resulta da constante resistência do ente estatal em descumprir, por diversas vezes e, por vezes, por muitos anos, as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Fato é que tais decisões possuem poder de executividade e devem ser respeitadas e cumpridas integralmente de maneira imediata não havendo motivos razoáveis para o reiterado descumprimento.

Pensar de maneira diversa desse entendimento seria premiar aqueles que desrespeitam constantemente o Poder Judiciário e suas decisões, o que não pode ser admitido. Se assim fosse, o credor acabaria sendo penalizado por buscar a efetividade de um direito reconhecido pelo Judiciário, em razão da ineficiência estatal em cumprir a decisão judicial por questões meramente burocráticas.

Na prática, o montante das *astreintes* é inevitavelmente reduzido pelas instâncias superiores, especialmente quando as multas são excessivamente altas e direcionadas a um único exequente, beneficiando apenas esse indivíduo em detrimento do interesse coletivo. Essa

¹⁹ 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: 25 jul.2024.

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. DÉCIMA QUARTA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 9ª CÂMARA CÍVEL). **Agravo de Instrumento nº 0088314-19.2020.8.19.0000**. Decisão que nos autos da ação indenizatória em fase de cumprimento entendeu descabida a execução da multa [...]. Des(a). Relator LUIZ EDUARDO C CANABARRO, 24 de março de 2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em: 25 jul.2024.

redução é fundamentada nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do enriquecimento sem causa do exequente, conforme se depreende do seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO EXECUÇÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL. DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO, VERIFICA-SE QUE O VALOR TOTAL EM EXECUÇÃO ATINGIU MONTANTE EXTREMAMENTE EXCESSIVO E DESPROPORCIONAL, DE MAIS DE 800 MIL REAIS, JUSTIFICANDO A REDUÇÃO DAS ASTREINTES PARA R\$ 15.000,00, À LUZ DO ARTIGO 537, § 1º, I, DO CPC, A FIM DE SE EVITAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. [...] NATUREZA JURÍDICA DAS ASTREINTES. CARÁTER COERCITIVO PECUNIÁRIO QUE VISA COMPELIR O DEVEDOR A CUMPRIR OBRIGAÇÃO DETERMINADA PELO PODER JUDICIÁRIO. [...] ²¹

Reduzir a multa fixada com base nos princípios mencionados compromete significativamente seu poder intimidatório, criando um ambiente de incerteza e instabilidade jurídica, afetando a confiança legítima que o jurisdicionado deposita no Poder Judiciário. Como resultado, o princípio da boa-fé objetiva, que rege todo o sistema processual brasileiro, é desconsiderado, afetando diretamente o direito fundamental à segurança jurídica. Nesse sentido, Luciana Lopes de Souza Rodrigues afirma:

[...] assim, ao admitir a redução do valor da multa, certamente o caráter coercitivo do instituto perde a eficácia e por via de consequência, afeta a credibilidade do Poder Judiciário. Na prática, sabedor de que pode reduzir o *quantum* das *astreintes*, o destinatário recalcitrante nenhuma preocupação esboçará em dar eficácia à decisão. Desta forma, afastar a rigidez da multa é dizer não ao seu fim-máximo: a coerção e proporcionar por consequência insegurança à ordem jurídica, bem como fomentar a injustiça ao tornar o credor “vilão” por desejar o efetivo cumprimento execução da multa devida. [...] ²²

Além disso, ao abordar a questão da redução do valor acumulado da multa após anos de descumprimento, o doutrinador Araken de Assis destaca que:

[...] Eventualmente, o valor da multa assumirá montante expressivo, como é da sua índole, e, embora aproveite ao exequente, rigorosamente inexistente enriquecimento sem causa: a causa reside na emissão do pronunciamento judicial e no descumprimento do preceito imputável ao executado. Aliás, vencido o exequente na causa principal, desaparece a causa de atribuição patrimonial, e, consequentemente, nada é devido pelo vencedor a título de pena (infra, 233). No entanto, quiçá constrangido pelo vulto da dívida, o STJ já reduziu a multa, no curso da execução, sob o pretexto de torná-la razoável. Pouco razoável, na verdade, é o estímulo implícito à atitude de desrespeitar a cominação da astreinte. [...] ²³

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. DÉCIMA QUARTA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 9ª CÂMARA CÍVEL). **Agravo de Instrumento nº 0045760-35.2021.8.19.0000**. Impugnação execução. acolhimento parcial [...], Des(a). Relator LUIZ EDUARDO C CANABARRO, 02 de março de 2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em: 25 jul.2024.

²² RODRIGUES, Luciana Lopes de Souza. *Astreintes: limites de eficácia e o princípio da efetividade*. **Revista do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da EMERJ**, Rio de Janeiro, n.1, 2013.

²³ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 847.



É importante destacar que, em um mundo ideal, se todas as decisões judiciais fossem cumpridas de imediato, com a seriedade, celeridade e diligência esperadas do gestor público responsável pelos recursos da sociedade, as *astreintes* nunca precisariam ser aplicadas ao ente estatal fluminense. Nesse cenário, tanto o credor quanto o Estado e a sociedade como um todo seriam beneficiados diretamente.

O credor teria seu direito efetivado de forma célere, evitando a imposição de multas reiteradas por descumprimento, e a sociedade não seria penalizada financeiramente pela ausência de diligência dos representantes do ente estatal. Como consequência, os recursos públicos poderiam ser redirecionados para áreas que necessitam urgentemente de verba, como saúde, educação, segurança e o pagamento de proventos dos aposentados e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro.

Entretanto, como os recursos para o pagamento das multas vêm da arrecadação de impostos, há pouca preocupação por parte dos representantes do Estado do Rio de Janeiro em gerir adequadamente esses recursos. Por esse motivo, afirma-se que os recursos públicos são desperdiçados devido à atuação displicente do Estado no cumprimento das decisões judiciais, demonstrando flagrante descaso pelo erário público.

Diante do exposto, é evidente que há uma grande possibilidade de redução das *astreintes* acumuladas no curso do processo, o que faz com que elas percam seu efeito intimidatório e permite que o ente estatal descumpra reiteradamente as decisões judiciais, por ter a plena convicção da suavização da pena aplicada.

Como resultado, torna-se necessário adotar, de forma cumulativa, outras medidas assecuratórias para garantir a celeridade e a efetividade no cumprimento das decisões judiciais, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

3. DA APLICABILIDADE CONJUNTA DAS *ASTREINTES* COM OUTRAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS PARA GARANTIR A CELERIDADE E A EFETIVIDADE NO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Como já demonstrado ao longo desta pesquisa, a aplicação das *astreintes* nem sempre se mostra eficiente para garantir o cumprimento efetivo das determinações judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Essa ineficácia tem, de forma sistemática, incentivado uma recalcitrância contínua por parte da Fazenda Pública do Estado, devido à suavização das penas impostas por meio jurisprudência dos tribunais superiores.

Em tais casos específicos, as medidas mais adequadas seriam a adoção de outras providências coercitivas que, quando aplicadas em conjunto com as *astreintes* já fixadas, cumpririam seu principal objetivo: tornar insuportável para o devedor vencido a sua persistência no descumprimento das determinações judiciais.

Para o Desembargador Ricardo Couto de Castro, da 4ª Câmara de Direito Público do TJRJ, as medidas assecuratórias nesses casos não se limitam apenas à busca e apreensão e ao arresto de valores, havendo ainda “a possibilidade de imposição de multa pessoal ao agente público responsável pelo cumprimento da obrigação, a incidir sobre seu patrimônio pessoal, bem como a comunicação de crime, em tese, de prevaricação[...]”²⁴.

Em caráter exemplificativo, nas ações que tratam do fornecimento de medicamentos ou internação hospital pelo ente estatal, o juiz pode, de ofício ou a requerimento, determinar medidas assecuratórias com o objetivo de garantir o cumprimento integral da decisão judicial, em caráter de urgência, conforme previsto nos artigos 297, 300 e 497 todos do Código de Processo Civil.²⁵

Dentre as medidas assecuratórias mais comuns aplicadas pelos magistrados de primeira instância, em sede de concessão de tutela de urgência ou em cumprimento de sentença nesses casos, estão: (i) a responsabilização pessoal do gestor público por aplicação da multa prevista no artigo 77, §2º, do Código de Processo Civil e, (ii) o sequestro de verba pública para o fornecimento de medicamento pelo ente público.

Quanto ao primeiro item, que trata da responsabilização pessoal do gestor público pelo descumprimento de ordem judicial, essa medida não é adequada nos casos de descumprimento reiterado pelo ente estatal. Isso porque, quando tal sanção é aplicada pelo juízo de primeira instância, ela é frequentemente afastada pelo juízo ad quem, visto que o Estado é uma pessoa jurídica de direito público, com personalidade própria, que não se confunde com a dos seus gestores.

Além disso, esses gestores públicos geralmente não integram o polo passivo dessas demandas judiciais, o que impede sua responsabilização pessoal, mesmo que o ente público se mostre recalcitrante em cumprir a determinação judicial, sob pena de violação aos princípios

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO (ANTIGA 7ª CÂMARA CÍVEL). **Agravo de Instrumento nº 0056853-24.2023.8.19.0000**. Fornecimento de medicamento. Tutela de urgência de natureza antecipada [...], Des(a). Relator Ricardo Couto de Castro, 15 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em: 15 ago.2024.

²⁵ 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 25 jul.2024.



do contraditório e da ampla defesa, conforme o entendimento corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APLICAÇÃO DE MULTA PREVISTA NO ART. 461, §§ 4º E 5º, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO AO GESTOR PÚBLICO POR NÃO SER PARTE NO FEITO. 1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, em se tratando de obrigação de fazer, é permitido ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor (*astreintes*), mesmo contra a Fazenda Pública. 2. Não é possível, contudo, a extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública em decorrência da sua não participação efetiva no processo. Entendimento contrário acabaria por violar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Agravo regimental improvido²⁶

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. APLICAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. CABIMENTO. EXTENSÃO DA MULTA DIÁRIA AOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a previsão de multa cominatória ao devedor na execução imediata destina-se, de igual modo, à Fazenda Pública. Precedentes. 2. A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade. 3. As autoridades coatoras que atuaram no mandado de segurança como substitutos processuais não são parte na execução, a qual dirige-se à pessoa jurídica de direito público interno [...]²⁷

Em casos de descumprimento reiterado de decisões judiciais sobre obrigações de fazer, dar ou entregar, juntamente com as *astreintes*, a medida mais eficaz para o jurisdicionado é requerer a aplicação de multa ao ente estatal por ato atentatório à dignidade da justiça “*contempt of court*”, conforme previsto no artigo 77, §2º, do Código de Processo Civil²⁸.

A aplicação dessa multa está condicionada à existência de dolo ou culpa grave por parte do devedor, de acordo com as hipóteses autorizadoras na legislação vigente, sendo desnecessária a advertência prévia ao devedor/executado sobre sua incidência. A sanção financeira, se aplicada, pode atingir até 20% do valor da causa, dependendo da gravidade da conduta, e será integralmente destinada ao Poder Judiciário.

Portanto, nos casos em que o ente público é condenado a cumprir determinada obrigação por decisão judicial, se as *astreintes* não forem suficientes para compelir o

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 196.946-SE**. [...] Aplicação de multa prevista no art. 461 §§ 4º e 5º do CPC. Impossibilidade de redirecionamento ao gestor público por não ser parte no feito. [...]. Relator: Min. Humberto Martins, 02 de maio. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 16 ago.2024.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **REsp nº 747.371-DF**. Execução de Fazer. Descumprimento. Astreintes. Aplicação contra a Fazenda Pública. Cabimento. Extensão da multa diária aos representantes da pessoa jurídica de Direito Público. Impossibilidade. Relator: Min. Jorge Mussi, 06 de abril de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 16 ago.2024.

²⁸ 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 25 jul.2024.

cumprimento, a aplicação da multa prevista no artigo 77, §2º, do Código de Processo Civil é uma medida fundamental e eficiente para vencer a recalcitrância do ente estatal.

Quanto ao segundo item, é importante destacar que, conforme os artigos 23, inciso II, 196 da Constituição Federal²⁹, os entes da Federação têm competência concorrente para zelar pela saúde da população. As normas constitucionais relacionadas à saúde não devem ser interpretadas como de conteúdo meramente programático, sob pena de comprometer o direito à vida. Esses dispositivos têm aplicação imediata, permitindo ao Estado cuidar da saúde de sua população e garantir a dignidade da pessoa humana.

Após o ajuizamento de uma demanda contra o Estado e concedida a tutela para o fornecimento de um medicamento, é comum que a decisão de concessão estabeleça uma *astreinte* diária em caso de descumprimento. Na maioria dos casos, devido a uma série de burocracias administrativas, por vezes injustificáveis, o ente estatal opta por pagar a multa em vez de cumprir imediatamente o comando judicial, o que resulta em uma demora prolongada para a efetivação da decisão e na deterioração da saúde do jurisdicionado.

Nesse contexto, se o magistrado constatar que as *astreintes* diárias não são eficazes para garantir o fornecimento do medicamento necessário, ele tem o poder e o dever de determinar medidas assecuratórias para assegurar o cumprimento integral da decisão judicial de forma urgente. Nesse caso, o sequestro de valores das contas públicas pode ser a solução necessária para garantir que o autor/requerente tenha acesso à medicação de forma célere.

Para o Desembargador Ricardo Couto de Castro da 4ª Câmara Cível do TJRJ, a medida de bloqueio/sequestro de valores se adequa aos casos que versam sobre medicamentos pois:

[...] Tendo os Entes públicos informado a indisponibilidade da medicação, descumprindo a determinação, o Juízo de primeiro grau determinou novo bloqueio de valores (decisão prolatada após a interposição do presente recurso). Desta forma, o sequestro de verba pública, além de se adequar ao disposto no art. 497 do CPC, revelou-se medida mais eficaz para alcançar o cumprimento da decisão judicial. [...]³⁰

Diante do exposto, fica evidente que, na ausência de eficácia das *astreintes* previamente aplicadas para compelir o ente estatal a cumprir as decisões do Poder Judiciário, é imperativa a adoção de medidas assecuratórias. Apenas tais medidas terão o potencial de

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 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO (ANTIGA 7ª CÂMARA CÍVEL). **Agravo de Instrumento nº 0056853-24.2023.8.19.0000**. Fornecimento de medicamento. Tutela de urgência de natureza antecipada [...], Des(a). Relator Ricardo Couto de Castro, 15 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em: 15 ago.2024.



superar os obstáculos injustificados impostos pelo ente estatal, que retardam a realização dos direitos dos jurisdicionados. Muitos desses jurisdicionados são idosos e aguardam há anos que os entes públicos cumpram diligentemente suas responsabilidades perante o Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou a ineficiência prática das *astreintes* como medida coercitiva na execução de sentenças condenatórias contra a fazenda pública estadual fluminense. As *astreintes*, originárias do Direito francês pós-Revolução de 1804 e integradas ao sistema jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 1939, ganharam significativa força coercitiva com o Código de Processo Civil de 1973, tornando-se essenciais para garantir o cumprimento de obrigações específicas.

Verificou-se que as *astreintes* são consideradas uma medida coercitiva eficaz para compelir o devedor ao cumprimento de suas obrigações. Contudo, na prática, sua eficácia quando aplicadas contra a fazenda pública tem sido questionada e relativizada. Isso ocorre porque o Estado do Rio de Janeiro frequentemente impõe obstáculos injustificados que atrasam a efetivação dos direitos dos exequentes, muitos dos quais são idosos, prolongando os prazos para o cumprimento das decisões judiciais.

Como resultado, multas significativas por descumprimento de decisões judiciais são frequentemente aplicadas e, subsequentemente, impugnadas pelo Estado do Rio de Janeiro em instâncias superiores, que buscam reduzir os valores com base nos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, e para evitar o enriquecimento sem causa do credor.

Constatou-se também que o ente estatal frequentemente argumenta que multas muito altas beneficiariam apenas um indivíduo em vez do interesse coletivo, pois os recursos públicos são provenientes da sociedade e destinam-se também a benefícios previdenciários, argumento esse amplamente pacificado pelos tribunais superiores.

Concluiu-se que a redução das *astreintes* anteriormente fixadas, além de consolidar a prática reiterada de desrespeito às ordens judiciais pelo ente estatal, compromete a efetividade das decisões judiciais, enfraquecendo o Poder Judiciário.

Por fim, comprovou-se a necessidade de aplicar *astreintes* em conjunto com outras medidas assecuratórias, como a multa por ato atentatório à dignidade da justiça (*'contempt of court'*), conforme previsto no artigo 77, §2º, do Código de Processo Civil, e no caso de fornecimento de medicamentos, o sequestro de verbas dos cofres públicos como meios eficazes de se obter a integral prestação jurisdicional por parte do ente estatal fluminense.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ANDRADE, José. **Como executar (e receber) a multa diária (astreintes)**. Mato Grosso do Sul, 23 fev. 2021. 1 vídeo (58 min). Publicado pelo canal no youtube José Andrade. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=xmpe5Igww_8&ab_channel=JoséAndrade. Acesso em: 25 jul.2024.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 20. ed. São Paulo: RT, 2018.

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. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 27 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/113105.htm. Acesso em: 27 ago.2024.

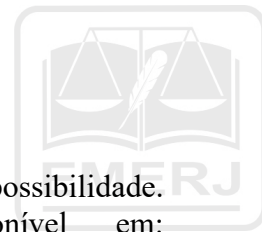
BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 27 ago.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2016/0117602-2**. [...] Descumprimento de obrigação de fazer. astreintes. revisão do valor. possibilidade. exorbitância configurada. [...]. Relator: Min. Lázaro Guimarães, 21 de nov. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 25 jul.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Embargos de Divergência em Recurso Especial. EREsp 1360577/MG**. Necessidade de intimação pessoal do executado. Sumula 410 do STJ [...]. Relator: Min. Humberto Martins, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 25 jul.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 196.946-SE**. [...] Aplicação de multa prevista no art. 461 §§ 4º e 5º do CPC. Impossibilidade de redirecionamento ao gestor público por não ser parte no feito. [...]. Relator: Min. Humberto Martins, 02 de maio. 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 16 ago.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **REsp nº 747.371-DF**. Execução de Fazer. Descumprimento. Astreintes. Aplicação contra a Fazenda Pública. Cabimento. Extensão



da multa diária aos representantes da pessoa jurídica de Direito Público. Impossibilidade. Relator: Min. Jorge Mussi, 06 de abril de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 16 ago.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 2009.001.5559**. Décima Câmara Cível. Relator Desembargador Celso Luiz de Matos Peres. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2009.001.55591>. Acesso em: 28 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. DÉCIMA QUARTA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 9ª CÂMARA CÍVEL). **Agravo de Instrumento nº 0088314-19.2020.8.19.0000**. Decisão que nos autos da ação indenizatória em fase de cumprimento entendeu descabida a execução da multa [...], Des(a). Relator LUIZ EDUARDO C CANABARRO, 24 de março de 2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em: 25 jul.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. DÉCIMA QUARTA CAMARA DE DIREITO PRIVADO (ANTIGA 9ª CÂMARA CÍVEL). **Agravo de Instrumento nº 0045760-35.2021.8.19.0000**. Impugnação execução. acolhimento parcial [...], Des(a). Relator LUIZ EDUARDO C CANABARRO, 02 de março de 2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em: 25 jul.2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO (ANTIGA 7ª CÂMARA CÍVEL). **Agravo de Instrumento nº 0056853-24.2023.8.19.0000**. Fornecimento de medicamento. Tutela de urgência de natureza antecipada [...], Des(a). Relator Ricardo Couto de Castro, 15 de agosto de 2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/ejuris/ConsultarJurisprudencia.aspx>. Acesso em: 15 ago.2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2022.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Curso Completo de Processo Civil**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2023.

LASSANCE, Alexandre Rodrigues. *Astreintes: a (im)possibilidade de redução da multa vencida à luz do código de processo civil de 2015*. **Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.10/2018/2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: RT, 2004.

RODRIGUES, Luciana Lopes de Souza. *Astreintes: limites de eficácia e o princípio da efetividade*. **Revista do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da EMERJ**, Rio de Janeiro, n.1, 2013.

ENTREGA VOLUNTÁRIA DA CRIANÇA PELA GESTANTE PARA A ADOÇÃO E O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA

Monique Teixeira Brandão Matuch de Carvalho

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Resumo – a Lei nº 13.509/17 introduziu o art. 19-A da Lei nº 8.069/90 para permitir à gestante e à mãe entregar seu filho, de forma voluntária e legal para a adoção. Neste contexto, dada a redação da nova lei, controvérsias instauraram em razão das possíveis interpretações. Ademais, restou necessária a compatibilização com os princípios norteadores da Lei nº 8.069/1990 e os compromissos do Estado Brasileiro no Direito Internacional, em especial, o Decreto nº 99.710/90, que internalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Para tanto, importante a análise da Lei nº 13.509/17 com o restante do ordenamento jurídico e o comportamento do Sistema de Justiça, a fim de resguardar os fundamentos legais e constitucionais do Direito da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito das Famílias. Adoção. Entrega voluntária da mãe ou gestante. Lei nº 13.509/2017.

Sumário - Introdução. 1. Doutrina da proteção integral, direito à origem e princípio da prevalência da família: a verdadeira vontade do legislador ordinário. 2. Interpretação das normas da Lei n.º 13.509/17: simples subsunção ou parâmetro para a consecução dos princípios do melhor interesse da criança e a prevalência da família. 3. Entrega voluntária: tempo como vulnerador no desenvolvimento da criança entregue para a adoção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.509/17, ao introduzir o art. 19-A na Lei nº 8.069/90, estabelece um marco legal que visa a assegurar que a decisão de uma mãe ou gestante em entregar seu filho para a adoção ocorra de maneira consciente, informada e respeitosa. Este dispositivo legal não apenas legitima o processo de entrega, como enfatiza a importância de preservar o bem-estar da criança, priorizando seu direito a uma família que possa proporcionar amor, apoio e cuidado. A entrega voluntária da criança pela gestante para a adoção é um tema que envolve complexas questões jurídicas, sociais e emocionais. Este artigo busca analisar esse processo à luz do princípio da prevalência da família, um dos pilares do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil.

A relevância desse tema se destaca pela necessidade de equilibrar os direitos da gestante que, por diversos motivos, opta por entregar seu filho à adoção, e o direito da criança de ser acolhida em um ambiente familiar que lhe proporcione desenvolvimento integral e bem-estar. A legislação brasileira estabelece diretrizes claras para garantir que esse processo ocorra de forma segura e humanizada, sempre priorizando o interesse superior da criança.



A edição da Lei nº 8.069/90 significou um novo modo de tratar as questões relativas às crianças e adolescentes, em verdadeira mudança de paradigmas. Vivenciou-se a transição da doutrina da situação irregular, norteadora do Código de Menores, para a doutrina da proteção integral. Se, até então, crianças e adolescentes eram vistos como personagens sujeitos às escolhas dos adultos, atualmente, há mecanismos que visam a assegurar, com prioridade, seus direitos e garantias individuais, na busca pela consecução do comando do art. 227, *caput*, da CRFB/1988.

Todavia, o ordenamento jurídico apresenta situações que demandam melhores soluções de proteção e acolhimento, especialmente de crianças, na observância da gradação de responsabilidades de família, sociedade e Estado, nesta ordem, notadamente quando envolvida a colocação da criança em família substituta. A consequência disso é tolher das crianças e dos adolescentes o direito de desenvolvimento em ambiente familiar saudável. De outra ponta, o Brasil se comprometeu, no ambiente do Direito Internacional, a primar pelo direito à origem, como se ressaí do art. 20, item 3, do Decreto nº 99.710/90. Neste sentido, Tribunais Superiores, a exemplo do Supremo Tribunal Federal, no resultado do julgamento do Habeas Corpus 124.306/RJ, concitam o legislativo a dar a necessária solução, tanto para evitar que mulheres se valham de expedientes ilícitos, a exemplo do aborto, quanto para assegurar o desenvolvimento saudável e o direito à origem das crianças.

O presente trabalho reflete sobre a entrega voluntária para adoção pela mãe, trazida pela Lei nº 13.509/17, como uma possibilidade de recolocação da criança ambiente familiar saudável e de solução para a mulher que não pretende prosseguir no exercício da maternidade. Assim, as chances de desenvolvimento pessoal da criança e a inserção nas famílias em que sejam desejadas aumentam, a minorar as possibilidades de experiências traumáticas de institucionalização ou recolocações infundáveis pela família extensa. Tudo isso ocorrendo ao mesmo tempo em que a criança permanece se desenvolvendo em situação de indefinição de sua vida e os estresses institucional e tóxico.

Neste sentido, necessário analisar se a norma veiculada pelo art. 19-A, da Lei nº 8.069/90, acrescida pela Lei nº 13.509/17, é capaz de contribuir de forma efetiva para a proteção da criança e se a busca ativa e prioritária pela família extensa é a medida primeira nos casos da entrega voluntária para adoção (art. 19-A, § 3º, da Lei nº 8.069/90), uma vez que a gestante aceite a quebra do sigilo do procedimento. A dificuldade prática está na ponderação entre os princípios do melhor interesse da criança e da prevalência da família (natural e extensa, tomando a adotiva como medida última), assim como o desenvolvimento sadio.

O primeiro capítulo objetiva abordar as nuances e debates realizados, no Congresso Nacional e entre os operadores do Direito, para a edição de Lei nº 13.059/17, a fim de uma melhor compreensão da intenção do Legislador. Nessa etapa, serão feitas reflexões a respeito da referida lei, especialmente, se pretensa a facilitar a adoção e quem se pretendeu preponderantemente proteger.

O segundo capítulo visa a ponderar os princípios do melhor interesse da criança e prevalência da família (art. 100, X, da Lei nº 8.069/90) em cotejo com o procedimento do art. 19-A, *caput* e parágrafos, todos da Lei nº 8.069/90. Aqui, reflete-se sobre o conceito das famílias, à luz do art. 227, *caput*, CRFB/88, mormente se, para a efetividade do princípio do melhor interesse da criança, a interpretação da prevalência da família seria a entendida como a substitutiva, em primeiro plano, em vez das natural e extensa, em contraponto à literalidade da Lei nº 13.059/17.

O terceiro capítulo aborda as questões práticas dos processos de adoção, mesmo após a Lei nº 13.059/17, que ainda morosos e de custo extremado de recursos financeiros e humanos, para as buscas ativas das famílias natural e extensa no Sistema de Justiça, especialmente dentro do Poder Judiciário e diante do temor reverencial da família extensa em concordar com o encaminhamento da criança para a adoção. Cada mês e ano que uma criança ou adolescente permanece em estado de indefinição, normalmente, em regime de institucionalização ou em meio às contendas entre os sujeitos do seu núcleo familiar, significa mais prejuízo ao seu processo de desenvolvimentos físico e emocional. Aqui, será exposta a necessidade de priorizar o interesse da criança em se inserir num ambiente familiar saudável, ainda que em família adotiva. Neste momento, serão debatidos os reflexos positivos sobre as crianças acolhidas em família substituta tão em idade tenra quanto possam, dada a tendência de serem mais bem aceitas do que nas suas famílias de origem (natural e extensa).

O desenvolvimento do artigo se dá a partir do emprego do método hipotético-dedutivo, na medida em que seleciona proposições hipotéticas, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente. A abordagem do objeto desta pesquisa é, portanto, qualitativa, já que a bibliografia pertinente à temática em foco (legislação, doutrina e jurisprudência) é empregada para a fundamentação da tese.

1. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL, DIREITO À ORIGEM E PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA: A VERDADEIRA VONTADE DO LEGISLADOR ORDINÁRIO



A Doutrina da Proteção Integral, assim compreendida como um modelo “democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são partícipes, corresponsáveis e cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres”,¹ rompe com o padrão então estabelecido, anteriormente à CRFB/88,² e absorve os valores da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Passa-se à tutela de todas as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento. Ineditamente, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais como qualquer ser humano cuja dignidade é passível de proteção como valor em si. O Direito da Criança e do Adolescente ganha contornos amplos, abrangentes, universais e exigíveis, em substituição ao Direito do Menor e a doutrina da situação irregular, que se direcionava às crianças e aos adolescentes que destoassem do modelo familiar ideal, à luz das elites intelectuais e jurídicas.³

A criança e o adolescente são vistos como seres humanos, com o devido respeito à condição de pessoa em desenvolvimento, como continuidade do seu povo, em atenção à solidariedade geracional, e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade. Neste sentido, inauguram-se diversos direitos fundamentais específicos para crianças e para adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro. A introdução, reafirmação e remodelagem dos textos constitucional e legal, foram dirigidas à finalidade de permitir o livre desenvolvimento saudável. Isso porque as crianças e os adolescentes são inequivocamente merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, esse último, precisamente, deve atuar por meio de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos.

A intenção do ordenamento jurídico quanto ao Direito da Criança e do Adolescente, não é de trabalhar com a mera perspectiva de defesa de direitos. Aqui, há intento de promoção desses e da própria pessoa da criança e do adolescente. Portanto, tem-se uma visão emancipatória, que pensa tanto na formação individual da pessoa em desenvolvimento para a construção da sua identidade, quanto na reafirmação da cidadania, aspecto mais ligado às relações sociais e comunitárias. Nesse contexto, o instituto jurídico da adoção também foi modificado. Alterou-se a ideia que predominava no Código de Menores (Lei nº 6.697/79)⁴ de

¹ MACIE, Katia Regina Ferreira Lobo A. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9788553621286. p. 11. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621286/>. Acesso em: 19 set. 2024.

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: 15 jul. 2024.

³ MACIE, ref. 1, p. 21.

⁴ BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697impressao.htm. Acesso em: 17 ago. 2024.

que essa tinha como uma das suas principais finalidades um filho para pessoas que queriam ser pais. Até então, enfocava-se no adulto e nos pretensos pais. Com a Doutrina da Proteção Integral, o objetivo principal da adoção é assegurar a convivência familiar de uma criança ou de um adolescente que, por diversos fatores, não pode ser criado na sua família natural ou ampliada. Com isso, mudou-se o foco para as crianças e os adolescentes, cujos interesses preponderam sobre os dos pais adotivos.

Como consequência, o Direito Brasileiro optou pela adoção como uma medida excepcional, já que o art. 19 da Lei nº 8.069/90 previu ser “direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.⁵

A norma acima veiculada demonstra o rompimento com a tradição brasileira de abrigo de crianças nascidas em famílias consideradas desestruturadas pelo Estado, privilegiando a manutenção da criança em sua família sempre que possível. Igualmente, afasta-se da perspectiva discretamente higienista do Código de Menores de alijar as crianças e os adolescentes do convívio de seu núcleo familiar pelo critério socioeconômico, como se a carência de recursos fosse preditor de desestruturação familiar. Diante disso, a criança é preferencialmente criada em sua família natural, comunidade constituída pelos pais ou um deles e os descendentes, e, somente em caso de impossibilidade, que poderia ser encaminhado primeiramente para família ampliada, aquela formada por parentes próximos com os quais haja laços de convivência, afetividade e afinidade (art. 25, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90), e, subsidiariamente, para a família substituta.

Com isso, observa-se uma gradação na escolha das pessoas que podem cuidar da criança e do adolescente, tendo como base a preservação dos vínculos afetivos já existentes, de forma também a assegurar o direito à convivência com a família natural, na esteira da preservação do direito à origem. Frequentemente, há a necessidade de uma aplicação da medida protetiva de acolhimento institucional (art. 101, VII, da Lei nº 8.069/90), porque a criança ou o adolescente se encontra em situação de lesão ou ameaça de violação de direitos (art. 98 da Lei nº 8.069/90). Para tanto, o ideal seria o desenvolvimento de políticas públicas, incluindo assistência financeira, para que a criança ou o adolescente pudesse retornar para sua família em segurança. Se malsucedida a inserção na família natural, em razão das peculiaridades do caso

⁵ 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: 04 abr. 2024.



concreto, parte-se ao passo adiante: a busca de familiares que a criança ou o adolescente possua vínculos de afeto, de afinidade e de convivência formados. Por fim, excepcionalmente, quando não existir ninguém nessas condições apto a receber a pessoa em situação de acolhimento institucional é que deveria ser feito o encaminhamento para a adoção. Esta perspectiva de preservação da família natural, salvo em situação de real necessidade para atender aos interesses da criança também foi reproduzida nos arts. 9º e 20, item 3, ambos do Decreto nº 99.710/90,⁶ que internalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

A reforçar isso (art. 39, § 1º, da Lei nº 8.069/90) e o princípio da prevalência da família (art. 100, X, da Lei nº 8.069/90), tanto o Decreto nº 99.710/90 quanto a Lei nº 8.069/90 imprimiram forte solenidade para a retirada da criança e do adolescente de sua família natural. Mostra-se imperiosa, em regra, a oitiva de todos os envolvidos, a exemplo da norma dos arts. 166, *caput* e parágrafos, todos da Lei nº 8.069/90, como reflexo do envolvimento da criança e do adolescente no processo de colocação em família substituta. Naturalmente, a intervenção da criança, no contexto de entrega voluntária da gestante para a adoção, será materialmente inviável dada a presumida pouca idade e capacidade de expressão de sua vontade.

Neste contexto e tendo em vista a atividade do legislador infraconstitucional, questiona-se, malgrado o assegurado direito à origem, pelo ordenamento jurídico brasileiro, se a previsão da entrega voluntária para a adoção seria um distanciamento desse direito e do princípio da prevalência da família.

Embora, na prática, no cotidiano das Varas de Infância e Juventude já houvesse procedimentos análogos à entrega voluntária da gestante do seu filho para a adoção, a sua inserção na lei decorre mais da resposta legislativa a reclamos ventilados especialmente pelo Poder Judiciário. Isso se verifica de numerosos julgados do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do julgamento do *Habeas Corpus* 124.306/RJ.⁷ Da análise de seu inteiro teor, a

⁶ BRASIL. **Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 16 ago. 2024.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. [...] 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão

manutenção do estado de coisas significa verdadeira violação a direitos fundamentais das mulheres. A mulher estaria diante de uma decisão trágica, na medida em que não se pode presumir, conscientemente, que alguém faria um aborto por simples vontade caprichosa, pelo que sua vida não pode se tornar pior, amargando um processo criminal sobre si. No entender daquela Corte, não há solução puramente jurídica para essa controvérsia e dependerá de valores religiosos ou filosóficos de cada indivíduo acerca da vida. Mas, de toda a forma, incontroverso que no primeiro trimestre de uma gestação, é inviável a subsistência de um embrião fora do corpo de uma mulher, pelo que a criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre seria patentemente inconstitucional.

Ao fim, o Supremo Tribunal Federal enfatizou a atuação o Estado como um agente econômico e social que dá causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres à prática do aborto. Empiricamente, as duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (o que a faria perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal não seria a melhor solução para tais demandas, à luz do princípio da proporcionalidade, mormente no seu viés da necessidade.⁸

A Lei nº 13.509/17,⁹ que alterou a Lei nº 8.069/90, introduziu o procedimento próprio e formal de entrega voluntária para adoção. À luz de uma interpretação histórica e evolutiva da CRFB/88 e da Lei nº 8.069/90, pretende-se assegurar o direito à intimidade e privacidade da mulher gestante, uma opção e possibilidade de proteção, por vezes, do desespero por si sentido, mantida a tutela do direito à vida do nascituro. Verdadeira mudança de paradigma e de visão social da mulher, que é estigmatizada por renunciar ao direito de se responsabilizar por seu filho para ter a entrega voluntária como uma renúncia motivada por ato de amor e de reconhecimento

preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 09 de agosto de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20124306%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 17 ago. 2024.

⁸ BRASIL, ref. 7.

⁹ BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.



das suas limitações e vulnerabilidades. Igualmente, deve-se ter em mente que a proteção ao bebê tem seu objetivo atingido se houver disposição de cuidado com a mulher gestante.¹⁰

Independentemente das teorias que se adotem para proteção aos direitos da personalidade do nascituro, seja natalista, seja concepcionista, a rede de proteção para mãe e bebê precisa ser refletida, inclusive no contexto da entrega voluntária para a adoção. Tudo isso tendo em conta todo o contexto em que mulheres e crianças se encontram inseridas no tecido social, é dizer, situações de exclusão social, opressão racial e de gênero, por vezes, invisibilizadas a pretexto de priorizar o instinto do exercício da maternidade. Neste contexto, aparentemente, o ordenamento jurídico vigente traz a entrega voluntária da gestante de seu filho para a adoção, em solução intermediária, na ponderação de princípios e interesses de mulher e criança, dois sujeitos que ostentam histórica vulnerabilidade.

2. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DA LEI Nº 13.509/17: SIMPLES SUBSUNÇÃO OU PARÂMETRO PARA A CONSECUÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A PREVALÊNCIA DA FAMÍLIA

Malgrado a aparente intenção legislativa de solucionar a escolha trágica de acolhimento da mãe e da criança, a Lei nº 13.509/17 conta com algumas impropriedades, se interpretada literalmente. Neste contexto, com base na doutrina e entendimentos de operadores do Direito, em ambiente dos Tribunais e Fóruns de Debate, foram editados os Enunciados de números 03; 04; 05 e 06, do Fórum Estadual dos Juízes da Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro¹¹ e Enunciado de número 15, do Fórum Nacional da Justiça Protetiva.¹²

A primeira questão digna de nota vem do comportamento histórico de aplicação do parto anônimo. O assunto foi enfrentado pelo Enunciado nº 04, do Fórum Estadual dos Juízes da Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro.¹³ A Lei nº 13.509/17, ao trazer para a lei (em sentido formal) a entrega voluntária para adoção, foi entendida como uma forma

¹⁰ PEDRUZZI, Daniela Torres Gonçalves Santos; NEVES, Anamaria Silva. Entrega Voluntária à Adoção: Os Alcances da Escuta Psicanalítica a uma Gestante Vítima de Estupro. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, [s.l.], v. 24, e77307, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/epp.2024.77307>. Acesso em: 16 set. 2024.

¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Enunciados Consolidados do Fórum Estadual dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: FOEJI – RJ, 2018. Disponível em <https://www.tjrj.jus.br/web/portal-da-infancia-e-juventude/foeji-rj/enunciados>. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹² ABRAMINJ. **Enunciados Consolidados do Fórum Nacional da Justiça Protetiva – FONAJUP**. Brasília, 2020. Disponível em <https://abraminj.org.br/xiii-fonajup/>. Acesso em: 16 ago. 2024.

¹³ 4º ENUNCIADO: “A Lei 13.509/2017 não instituiu o denominado “parto anônimo”, e sim o direito ao sigilo quanto à entrega à adoção, manifestado em audiência, na forma prevista no artigo 166 do ECA, hipótese em que o registro civil da criança será lavrado com os dados constantes da Declaração de Nascido Vivo, respeitado assim o direito previsto no artigo 48 do ECA”. *Ibid*.

aperfeiçoada do parto anônimo. Todavia, tendo em conta o fundamento constitucional de validade e os compromissos que o Brasil assumiu no Direito Internacional, nenhuma interpretação da lei pode legitimar o parto anônimo. Parto anônimo seria o direito de a mãe restar desconhecida sem qualquer consequência civil ou penal na entrega da criança para adoção. Originalmente, o parto anônimo ocorria com entrega anônima da criança, geralmente em igrejas e hospitais, em prática conhecida como a “Roda dos Expostos”. Até que a criança encontrasse uma família substituta, permanecia com a identidade incompleta, é dizer, faltando sua filiação e avós maternos e paternos na sua qualificação básica. Naturalmente, isso viola frontalmente o direito de se conhecer a própria origem.

Portanto, para se conciliar o direito ao sigilo da mulher que entrega para a adoção, é de se interpretar como o direito ao sigilo quanto à entrega da adoção, não sigilo sobre a identidade da mãe biológica. Quando da realização da Audiência a que alude o art. 166, da Lei nº 8.069/90, obrigatoriamente os assentamentos registraes da criança terão os dados da Declaração de Nascido Vivo, nos termos do art. 48 da Lei nº 8.069/90. Essa é a interpretação melhor aceita, presentemente, para a norma veiculada pelo art. 19-A, § 5º, da Lei nº 8.069/90.

Ponto controvertido vem, igualmente, da interpretação literal do art. 19-A, § 6º, da Lei nº 8.069/90, o que resultou no Enunciado nº 03, do Fórum Estadual dos Juízes da Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro.¹⁴ Se, em regra, é direito potestativo da genitora renunciar ao poder familiar, quando da entrega voluntária, isso não pode ser entendido no ordenamento como a suspensão ou destituição do poder familiar. Ambos os institutos têm natureza jurídica de sanção. Igualmente, se ambos os pais exerceriam, em tese, o poder familiar, falta sentido que essa sanção recaísse somente sobre a genitora. Adotar essa compreensão resulta ter o genitor como titular de um direito potestativo sobre a mulher-genitora. A razão de existir da lei não parece comungar com a opção de entrar ou não entrar no processo, de parte do pai, que significará interferência na esfera jurídica da mãe no contexto da entrega para a adoção. Embora, pelas regras comuns de experiência, majoritariamente as crianças postas à adoção mediante a entrega voluntária não tenham pai registral, ainda que esse seja conhecido, não parece razoável que, novamente, a mulher experimente novo processo de vitimização. Entrega voluntária, no fundo, legitima acolhimento da mãe e da criança, pelo que o genitor e sua ausência (por vezes, em verdadeiro aborto social), não podem dar tom ao procedimento. A

¹⁴ 3º ENUNCIADO: “Na hipótese prevista no artigo 19-A, §6º do ECA, deve o juiz declarar extinto o poder familiar da genitora que tenha manifestado o interesse de promover a entrega voluntária de seu filho à adoção, nos próprios autos de entrega”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, ref. 11.



se interpretar diversamente, novamente se torna ao ponto de as mulheres se desencorajar à entrega e, desprovidas de escolha, a ver o aborto como a melhor opção.

Mostra-se profícuo, pois, seja entendida a norma como extinção do poder familiar, em vez da “suspensão” usada na redação do art. 19-A, § 6º, da Lei nº 8.069/90.

Outra interpretação da norma do art. 19-A, § 6º, da Lei nº 8.069/90 é sistematizá-la com o art. 1.638, do Código Civil.¹⁵ Aqui, há um início de entrega voluntária para a adoção de forma regular que, no curso do processo, desborda para irregular. Os pais registrais abandonam o processo e, em ocorrendo, aqui se teria, com efeito, a destituição do poder familiar. Aqui, já se está diante de um ato ilícito.

Então, a “suspensão” aqui presente ganha sentido, como uma medida cautelar para assegurar a futura destituição do poder familiar. Sem prejuízo, permite-se que a criança entregue e já institucionalizada possa se inserir no Sistema Nacional de Adoção e encontrar uma família com disposição para dar cuidado. Essa interpretação originou a edição do Enunciado n.º 15, do Fórum Nacional da Justiça Protetiva.¹⁶

Na esteira de assegurar o direito ao sigilo da entrega voluntária para a adoção, também se discutiu sobre a melhor interpretação do art. 19-A, § 3º, da Lei nº 8.069/90. Isso resultou na edição do Enunciado n.º 05, do Fórum Estadual dos Juízes da Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro.¹⁷ Tomar a busca ativa como regra não só fere a sigilosidade da entrega para a adoção como compromete o encaminhamento da criança adotanda para o Sistema Nacional de Adoção.

Logo, a melhor interpretação do art. 19-A, § 3º, da Lei nº 8.069/90, é a que permite a busca ativa somente se a mulher se manifestar inequivocamente neste sentido.

Por fim, a aparente antinomia entre o art. 19-A, § 3º, e o art. 19-A, § 10, ambos da Lei nº 8.069/90, se resolveu com a edição do Enunciado n.º 06, do Fórum Estadual dos Juízes da

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2022**. 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.

¹⁶ ENUNCIADO 15: Na hipótese do artigo 19-A, §6º do ECA, caso a mãe tenha manifestado em audiência o interesse em entregar seu filho à adoção, na forma do caput e parágrafos do dispositivo e do artigo 166, §1º, será extinto o seu poder familiar, podendo ser suspenso o do genitor registral que não compareceu ao ato, após regularmente intimado ou quando não tenha sido localizado, em ação própria de perda do poder familiar. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, ref. 11.

¹⁷ 5º ENUNCIADO: “A busca pela família extensa nos casos de procedimento de entrega voluntária prevista no artigo 19-A, §3º do ECA, ocorrerá quando a genitora renunciar seu direito ao sigilo”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, ref. 11.

Infância e Juventude do Estado do Rio de Janeiro.¹⁸ Em não havendo quaisquer dados para iniciar as buscas ativas pela família extensa da criança acolhida, naturalmente, essa deve ser encaminhada ao Sistema Nacional de Adoção o mais celeremente possível. Essa interpretação é a que melhor prestigia o direito ao desenvolvimento sadio e em condições dignas de existência, tal como preconiza o art. 7º, da Lei nº 8.069/90.

Diante das margens de interpretações da norma do art. 19-A, parágrafos todos da Lei nº 8.069/90, sói evidente que não se pode contar com soluções cartesianas e matemáticas para os procedimentos de entrega voluntária. Daqui se percebe que, à luz das particularidades do caso concreto, o Magistrado deve decidir pendendo ora para a prevalência da família, quando os esforços do Sistema de Justiça seguem para a reinserção da criança na família natural, ocorrida uma quebra do sigilo (voluntária ou não), ora para o pronto encaminhamento da criança para a família substituta, via adoção.

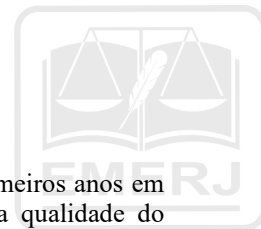
3. ENTREGA VOLUNTÁRIA: TEMPO COMO VULNERADOR NO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA ENTREGUE PARA A ADOÇÃO

Estudiosos, para além dos operadores do Direito, vêm alçando conclusões importantes a respeito do necessário investimento na segurança e saúde das crianças, mormente na primeira infância. Dentre esses, destacam-se os estudos de James J. Heckman, Economista e professor emérito de economia Henry Schultz, da Universidade de Chicago, ganhador do Prêmio Nobel de Economia e especialista em economia do desenvolvimento humano. Suas conclusões podem (e devem) ser observadas pelo Sistema de Justiça, sobretudo sobre quão deletérios são os efeitos do tempo para uma criança no *iter* entre a entrega voluntária para a adoção e a recolocação em família substituta. O investimento financeiro e emocional na primeira infância tem consequências não somente nos conceitos de família (natural ou extensa) ou comunidade, mas para toda uma sociedade e o seu modo de vida, sendo, ademais, de baixo custo e de imenso retorno no médio e longo prazos.

Pondera o Economista que:

[...] maior taxa de retorno do desenvolvimento na primeira infância ocorre quando se investe o mais cedo possível, desde o nascimento até os cinco anos de idade, em famílias carentes. Começar na idade de três ou quatro anos é um pouco tarde demais, pois significa não reconhecer que habilidades geram habilidades de uma forma

¹⁸ 6º ENUNCIADO: “O parágrafo 10 do artigo 19-A do ECA só deve ser aplicado nos casos de pais ignorados ou órfãos com dados insuficientes que impossibilitem a busca pela família extensa”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, ref. 11.



complementar e dinâmica. Os esforços devem se concentrar nos primeiros anos em busca de maior eficiência e eficácia. O melhor investimento é na qualidade do desenvolvimento na primeira infância, desde o nascimento até os cinco anos, para crianças carentes e suas famílias.¹⁹

O fornecimento de recursos de desenvolvimento para as crianças e suas famílias significa fomento nas habilidades cognitivas e no caráter. É “investir na criança como um todo”,²⁰ aqui compreendido como dar ferramentas de habilidades cognitivas e de caráter, o que se complementa pelo investimento nos pais e no contexto familiar. Diante de uma entrega voluntária para a adoção, os prazos das buscas ativas ou mesmo os prazos processuais previstos na Lei nº 8.069/90, a medida pode ser razoável-proporcional, é dizer, necessária e adequada. Mas pode ferir a proporcionalidade em sentido estrito, mormente se observando, empiricamente, a maioria dos casos concretos. Observe-se que, numa conta matematicamente estrita, em havendo pela mulher a renúncia ao sigilo na entrega, com a busca ativa da família extensa, a contar do seu consentimento na Audiência Especial do art. 166, parágrafos da Lei nº 8.069/90, já nascida a criança por imperativo legal, é possível que haja a perda de seis meses, pelo menos, desde a data do seu nascimento. Tudo isso a criança recém-nascida submetida ao acolhimento institucional.

Historicamente, o acolhimento institucional traz consigo os riscos dos estresses tóxico e institucional, especialmente na primeira infância. O estresse institucional na primeira infância pode ser causado por várias situações, sendo o acolhimento institucional temporário uma de suas causas. Dentre as diversas consequências, tem-se a falta de repertório da criança para lidar com situações que causam irritação ou medo. Recém-nascidos e crianças que cuidados apenas no nível da necessidade, é dizer, provimento de comida, fraldas, roupas adequadas, tendem a desenvolver o que a ciência denomina de “hospitalismo”, o que resulta em severos problemas de desenvolvimento nesses bebês.²¹ A ambiência institucional, dadas as limitações materiais, sobretudo no Estado Brasileiro, é altamente preditora, igualmente, do estresse tóxico. Isso acontece quando a criança passa por uma dificuldade forte e prolongada sem o apoio adequado de um adulto. O estresse tóxico na primeira infância pode ter desdobramentos graves para o desenvolvimento, sobretudo do ponto de vista neurológico. O sistema de resposta do corpo é

¹⁹ HECKMAN, James J. Investir no desenvolvimento na primeira infância: Reduzir déficits, fortalecer a economia. **The Heckman Equations**, [s.l.], 2007. Disponível em: https://heckmanequation.org/wp-content/uploads/2017/01/D_Heckman_FMCSV_ReduceDeficit_012215.pdf. Acesso em: 17 ago. 2024.

²⁰ *Ibid.*

²¹ AMANHÃ, Geração. **O caso dos órfãos da Romênia**. São Paulo, 28 fev. 2019. 1 vídeo (4:44 min). Publicado pelo canal Geração Amanhã. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QmKggL2oJeo>. Acesso em: 18 ago. 2024.

ativado excessivamente, aumentando a produção de adrenalina e de cortisol, o que pode enfraquecer o seu desenvolvimento.

Malgrado haja movimentos legislativos de mitigação dessas mazelas, como se extrai do art. 92, § 7º, da Lei nº 8.069/90, que introduziu o cuidador de referência, fato é que ainda há um caminho a ser percorrido para ter as instituições de acolhimento como um ambiente o menos estressor possível. Logo, a entrega voluntária para a adoção deve ter em conta o tempo como um fator de produção de riscos para o recém-nascido e para a criança, que não será tão prontamente encaminhada para a família substituta. É uma verdadeira perda de janela de oportunidade de desenvolvimento para a criança que nasce, é o sub-uso das “melhores máquinas de aprender do universo” nos dizeres de Dr.^a Alison Gopnik, Psicóloga e Pesquisadora da *University of California*, em sua participação no documentário “O Começo da Vida.”²²

A referida estudiosa afirma, peremptoriamente, que houve verdadeira ressignificação a respeito da visão dos recém-nascidos e crianças, na medida em que:

[...] mesmo Filósofos, Psicólogos e Psiquiatras pensavam que os bebês eram irracionais, egocêntricos, que eram imorais, que não entendiam causa e efeito que não conseguiam se colocar no lugar de outra pessoa. E, nos últimos trinta anos, a ciência provou que é tudo exatamente o oposto.²³

Não parece razoável, a pretexto de assegurar o direito à origem, prevalência da família ou direito à convivência em comunidade, prefira-se assumir o risco de comprometimento do desenvolvimento da criança, em razão de sua concepção e nascimento em ambiente disfuncional. Por mais nobres sejam os esforços de políticas públicas do Estado para o acolhimento das famílias em desajustes financeiros, físicos ou emocionais, fato é que o processo de reabilitação da família natural, de qualquer forma, comprometerá o atendimento das demandas do recém-nascido ou da criança as quais se cogitaram a entrega para a adoção. Elas continuam a existir e não pausarão ao sabor das necessidades da família natural ou extensa, na medida em que o tempo urge, mormente na primeira infância.

O estresse tóxico imposto à criança, mesmo em ambiente que haja uma disposição de a família natural se reabilitar, por questões financeiras ou de saúde, por exemplo, compromete ou impossibilita a que os genitores dispensem a necessária atenção ao recém-nascido ou à criança. Nem se diga sobre o estresse institucional decorrente de intento de busca ativa, de uma entrega regular que desborde para a irregular. Tanto menos se diga, pelas regras comuns de

²² RENNER, Estela. **O Começo da Vida**. São Paulo, 2016. 1 vídeo (96:54 min). Publicado pelo canal YouTube Filmes. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QmKggL2oJeo>. Acesso em: 18 ago. 2024.

²³ *Ibid.*



experiência e no contexto de temor reverencial das autoridades do Sistema de Justiça, a postura da família extensa de, inicialmente, aceitar o acolhimento dessa criança recém-nascida para, com o passar de dois, três, quatro anos, concluir que não tem condições de prover a sua formação e sustento. E assim se segue mais um caminho para a adoção tardia, o que todo o Sistema de Justiça tentou evitar, porque não se primou pelo desejo de cuidar e formar essa criança, mas tratou o assunto como uma obrigação puramente legal, sem o ingrediente afeto, tão essencial.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar os efeitos da formalização da entrega voluntária para a adoção e quais foram os seus desdobramentos sobre a família natural, sobretudo a mulher, e as crianças e os recém-nascidos. Buscou-se, a partir dos apontamentos, especialmente, da doutrina e do comportamento do Supremo Tribunal Federal, a evidenciar que o tema não é unânime e que provoca discussões.

Em que pese o princípio do melhor interesse da criança, o ordenamento jurídico e o Sistema de Justiça brasileiros interpretam a prevalência da família e o direito à convivência comunitária como a manutenção na família natural e extensa. O Brasil, indubitavelmente, em âmbito interno e internacional, assumiu o direito à origem com tais valores semânticos. De se ter em conta, também, que somente é possível atingir esse objetivo se houver disposição do cuidado com a gestante. Seja pelo nascituro ser extensão do direito da personalidade da gestante, à luz da teoria natalista, seja pela proteção ao próprio direito da personalidade do nascituro, que habita o corpo da gestante, acaso se tenha como ponto de partida a teoria concepcionista, como delimitação do fato jurídico início da vida.

Todavia, sem a necessária reflexão sobre soluções outras, aptas a conciliar e ter em conta a patente posição de fragilidade da criança, como sujeito em especial condição de desenvolvimento, o atual estado de coisas se manteve. Infelizmente, com as crianças e os adolescentes, os entes mais fracos, à mercê das consequências de escolhas irrefletidas daqueles que têm maior autonomia: os adultos.

Soluções intermediárias, a exemplo de uma adoção com contato, é dizer, a colocação em família substituta, mas mantidos os laços de convivência com a família de origem, precisariam ser mais bem refletidas e consideradas pelo legislador. O atual ordenamento jurídico confere ao aplicador do Direito poucas ferramentas para a necessária proteção aos direitos da criança e do adolescente dentro de seu núcleo familiar que se mostre, por qualquer

motivo, disfuncional. A edição da Lei nº 13.059/17, embora com aparentes impropriedades técnicas, teve a base principiológica na prevalência da família. Ainda há um longo e importante caminho a ser percorrido. As crianças precisam ser cuidadas. Isso é inegociável. Quem o fará é o que se negocia e merece sê-lo em favor de quem o desejar.

REFERÊNCIAS

AMANHÃ, Geração. **O caso dos órfãos da Romênia**. São Paulo, 28 fev. 2019. 1 vídeo (4:44 min). Publicado pelo canal Geração Amanhã. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QmKggL2oJeo>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Brasília, DF: Presidência da República, 1979. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6697impressao.htm. Acesso em: 17 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: 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. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 16 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Ementa: Direito processual penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. [...] 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão



preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 09 de agosto de 2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%20124306%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 17 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113509.htm. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. **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.

FÓRUM NACIONAL DE JUSTIÇA PROTETIVA (FONAJUP). **Enunciados Consolidados do Fórum Nacional da Justiça Protetiva – FONAJUP.** Materiais do XIII FONAJUP. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1Gc7g9VI9JUObt1ZvcBNf-9vF84HEvQCz/view>. Acesso em: 16 ago. 2024.

HECKMAN, James J. Investir no desenvolvimento na primeira infância: Reduzir déficits, fortalecer a economia. **The Heckman Equations**, [s.l.], 2012. Disponível em: https://heckmanequation.org/wp-content/uploads/2017/01/D_Heckman_FMCSV_ReduceDeficit_012215.pdf. Acesso em: 17 ago. 2024.

MACIE, Katia Regina Ferreira Lobo A. **Curso de direito da criança e do adolescente.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9788553621286. p. 11. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553621286/>. Acesso em: 19 set. 2024.

PEDRUZZI, Daniela Torres Gonçalves Santos; Neves, Anamaria Silva. Entrega Voluntária à Adoção: Os Alcances da Escuta Psicanalítica a uma Gestante Vítima de Estupro. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, [s.l.], v. 24, e77307, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/epp.2024.77307>. Acesso em: 16 set. 2024.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Portal da Infância e Juventude. **Enunciados.** Fórum Estadual dos Juízes da Infância e da Juventude do Estado do Rio de Janeiro (FOEJI - RJ). Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/portal-da-infancia-e-juventude/foeji-rj/enunciados>. Acesso em: 15 ago. 2024.

RENNER, Estela. **O Começo da Vida.** São Paulo, 2016. 1 vídeo (96:54 min). Publicado pelo canal YouTube Filmes. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QmKggL2oJeo>. Acesso em: 18 ago. 2024.

A PROTEÇÃO À VIDA PREGRESSA DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL E AS QUESITAÇÕES NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO

Nadia Lemme Castelo de Carvalho Spinelli

Graduada pela Faculdades Integradas Hélio Alonso (FACHA) Advogada. Especialista em Gênero e Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ)

Resumo – a quesitação nos casos de violência sexual contra a mulher busca informações da vida pregressa da vítima como se as respostas pudessem justificar a atuação criminosa do agressor. A Constituição Federal e diversos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil são explícitos no tocante à proteção da dignidade da pessoa humana e nos esforços ao combate à discriminação e na busca pela igualdade de gênero. No presente trabalho objetiva-se entender as razões da existência dessas quesitações, bem como mostrar a necessidade de que sejam proibidas, analisando as tratativas da ADPF 1107.

Palavras – chave – Direito e gênero. Dignidade. Violência Sexual. Quesitação. Vida Pregressa da mulher.

Sumário – Introdução. 1. As razões sociais da quesitação em crimes de violência sexual contra a mulher: os questionamentos sobre a vida pregressa da vítima e o mito da virgindade. 2. O processo a partir das respostas das quesitações: A análise da vida pregressa da vítima mulher e o ferimento à dignidade da pessoa humana. O ferimento à dignidade da pessoa humana. 3. A proibição da quesitação e a retirada dos questionamentos padronizados às mulheres vítimas de violência sexual conforme ADPF 1107. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discute a importância da proteção da vida pregressa da mulher vítima de ofensa sexual e a necessidade de retirada de quesitos, que se referem ao passado da vítima, a fim de tutelar direitos dessa mulher violentada. Busca-se demonstrar que questionamentos a respeito da vida sexual passada da vítima ou se a vítima já teve ou não relação sexual, com questões como: “A paciente era virgem?” ou “Foi a sua primeira vez?” estão presentes logo no início do depoimento, partindo-se do pressuposto de que seja importante saber o que a vítima fez até o momento da violência. No entanto, faz-se necessário apontar se esses questionamentos são realmente relevantes para o fato dela ter sido violentada.

Para tanto, abordam-se aspectos sociais e jurídicos a respeito do tema de modo a discutir: a razão desses questionamentos serem feitos no início dos processos policiais e judiciais, a existência de relevância para essas perguntas e a necessidade de proteger a mulher vítima de violência sexual, seu passado e sua dignidade.



A Constituição Federal estabelece em seu artigo 1º como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Muitos operadores do direito, em que pese estejam atentos e atualizados com as questões de igualdade de gênero, mantêm perguntas padrão nos crimes de violência sexual perpetrados contra a mulher, buscando averiguar como era a vida da mulher que foi violentada.

Esses questionamentos, no entanto, não são regulados pelo ordenamento jurídico pátrio e favorecem as seguintes reflexões: de onde surgiu a necessidade de incluir esse tipo de questão no depoimento policial e/ou na audiência de instrução e julgamento e porque eles seriam relevantes? É possível sustentar com fundamentos jurídicos sólidos a necessidade de manutenção dessas perguntas? A fim de garantir respeito, proteção ao passado e dar maior efetividade aos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana mostra-se necessária a implementação de mudanças e a proibição de determinados questionamentos?

O tema é controvertido e merece atenção, uma vez que se trata de uma alteração no que há décadas é questionado de maneira padrão nas delegacias, no trato médico ou nas audiências de instrução e julgamento, a fim de justificar ou explicar uma violência sexual contra uma mulher.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar as razões dessas perguntas e compreender o significado não só delas estarem até hoje sendo feitas, mas a alteração que ao longo dos anos se deu sobre conceitos e termos como “ser virgem” ou “mulher honesta”, principalmente à luz da Constituição Federal e do Código Civil de 2002. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a necessidade de averiguar se há justificativa médico-jurídico para a manutenção desses questionamentos e faz-se mister a retirada total dessas perguntas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as razões sociais desses questionamentos terem sido incluídos e demonstrando como essas perguntas ferem frontalmente incontáveis direitos dessa mulher vítima de violência sexual.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, a forma como o processo se dará a partir das respostas concedidas e como isso afeta a vítima e o depoimento dela tanto na delegacia quanto na audiência de instrução e julgamento.

O terceiro capítulo pesquisa a defesa do debate frente à comunidade jurídica sobre a necessidade de retirada desse tipo de quesitação e da realização de uma abordagem nova a fim de que haja respeito à mulher vítima de violência sexual e à sua vida pregressa, tendo em vista o caráter, em muitos casos hediondo, do crime ao qual ela foi subjugada. Para tanto, foi necessário refletir não só sobre as razões dessas perguntas terem sido consideradas um dia

relevantes, bem como os motivos delas ainda continuarem sendo feitas, mas sobretudo da necessidade de retirada desse tipo de quesitação.

A pesquisa é desenvolvida pelo método indutivo, tendo em vista que a pesquisadora escolheu hipóteses as quais acredita serem possíveis e em conformidade para estudar o objetivo da pesquisa, com o intuito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para isso, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é forçosamente qualitativa, porquanto a pesquisadora se valerá da bibliografia pertinente à temática em foco e jurisprudência atual, a fim de analisar e fichar na fase exploratória da pesquisa, para sustentar de forma argumentativa a sua tese.

1. AS RAZÕES SOCIAIS DA QUESITAÇÃO EM CRIMES DE VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER: OS QUESTIONAMENTOS SOBRE A VIDA PREGRESSA DA VÍTIMA E O MITO DA VIRGINDADE

A violência sexual contra mulheres é tão antiga quanto as guerras e costumeiramente usada, como punição, forma de demarcação de território e de humilhação perante aos vencidos. Em outras situações, usa-se o estupro como corretivo, voltado às mulheres lésbicas, ou ainda o estupro marital, aquele no qual o marido estupra sua mulher. Tão remota também é a repressão sexual imposta às mulheres.

Se por um lado usa-se da violência sexual com tantos vieses e objetivos, deixa-se claro como uma mulher deve lidar com o sexo por toda sua vida: repressão.

Na religião cristã a sexualidade se restringe à função procriadora, se não for assim, que não haja sexo, como pontuou Marilena Chaui “[...] donde toda uma pedagogia cristã que incentiva e estimula a prática da continência, moderação, e da abstinência, supressão, sexuais[...]”.¹ Para a mulher volta-se principalmente à importância da virgindade que só será remediada com o casamento.

Na Epístola aos Coríntios, o apóstolo trata sobre o casamento com a ideia de que se todas as mulheres estiverem casadas, não haverá mulher disponível ao adultério. Disse o apóstolo aos solteiros e às viúvas “[...] é melhor casar-se do que abraçar-se[...]”². A referência à virgindade sempre é voltada à mulher. Quem deve se poupar, se esquivar e se cuidar para que não haja sexo fora do contexto matrimonial é a mulher.

¹ CHAUI, Marilena. **Repressão Sexual**: essa nossa (des)conhecida. 12a. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 91.

² BÍBLIA SAGRADA. **Primeira Epístola aos Coríntios**. Conferência Episcopal, 2021. p. 18. Disponível em: https://conferenciaepiscopal.pt/biblia/prov/53_1Cor.pdf. Acesso em: 29 maio 2024.



Simone de Beauvoir explica:

a civilização patriarcal votou a mulher à castidade; reconhece-se mais ou menos abertamente ao homem o direito a satisfazer seus desejos sexuais ao passo que a mulher é confinada no casamento: para ela o ato carnal, em não sendo santificado pelo código, pelo sacramento, é falta, queda, derrota, fraqueza; ela tem o dever de defender sua virtude, sua honra; se "cede", se "cai", suscita o desprezo; ao passo que até na censura que se inflige ao seu vencedor há admiração. Desde as civilizações primitivas até os nossos dias sempre se admitiu que a cama era para a mulher um "serviço" que o homem agradece com presentes ou assegurando-lhe a manutenção: mas servir é ter um senhor; não há nessa relação nenhuma reciprocidade. A estrutura do casamento como também a existência das prostitutas são provas disso: a mulher dá-se, o homem a remunera e a possui.³

O manual *Malleus Maleficarum* usado pelos inquisidores nos séculos Medievais, trazia as questões de como o inquisidor perceberia os sinais de bruxaria em uma mulher. Nesse manual havia a descrição de dois tipos de mal: O mal natural, doenças, secas, nevascas etc., e o mal maléfico. O mal maléfico é o mal vindo diretamente do Diabo, das Trevas. As mulheres, por natureza, estariam na categoria de mal maléfico, pois dentre outras coisas, prestavam-se a toda sorte de torpezas sexuais. Segundo Marilena Chaui “[...] A finalidade da confissão das acusadas, era a de ser peça fundamental da própria acusação, sobretudo como autoacusação[...].”⁴

Com o advento do Estado Moderno e as Revoluções Burguesas, o casamento passa a ser controlado pelo Estado. Torna-se apenas uma cerimônia civil, porém o controle sobre os corpos das mulheres continua sendo exercido, agora não só pela religião, mas também por uma noção reforçada de moral e bons costumes da sociedade civil e moderna. Permanece o mito da virgindade como forma de subjugar as mulheres ao lar, ao casamento e ao patriarcado.

Iris Marion Young⁵, trata sobre a importância da polarização de gênero para a burguesia que ascendia em poder e riqueza no século XIX e em como foi fundamental estabelecer a quais esferas cada gênero pertencia: a esfera política e comercial aos homens e a esfera do lar e da família às mulheres. Como moralmente inferiores, às mulheres lhes incumbe o instinto maternal e às questões do amor, devendo respeitar os códigos de conduta, mormente atrelados à sexualidade e aos seus corpos.⁶

³ BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967, p. 112. Disponível em: <https://www.afoicecomartelo.com.br/posfsa/Autores/Beauvoir,%20Simone%20de/O%20Segundo%20Sexo%20-%20II.pdf>. Acesso em: 30 maio. 2024.

⁴ CHAUI, Marilena. **Repressão Sexual**: essa nossa (des)conhecida. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 105.

⁵ YOUNG, Iris Marion. **Justice and politics of difference**. 41. ed. Princeton: Princeton University Press, 2011, p. 137.

⁶ *Ibid.*

Contemporaneamente, a perda da virgindade continua presente nos filmes, nas novelas, nas redes sociais, tem nome em inglês “*The special Glue*”, A cola especial. A virgindade midiaticizada de Britney Spears, nos anos 2000, rendeu-lhe o papel de ser modelo da *Church of England*, como uma moça de comportamento a ser seguido. O tempo pode nos mostrar o preço que a famosa cantora pop pagou por tantos estereótipos. Ou ainda mais atual, nas paradas de sucesso como na letra da famosa cantora Taylor Swift “*Abigail gave everthing she had/ to a boy who change his mind...*”⁷ segue a virgindade sendo tratada como a grande dádiva ou o grande presente a ser cedido pela mulher.

Sophia Smith Galer, traz o caso de Ana, tratada de seu transtorno bipolar pelo SUS após perder parte de sua família na pandemia do Covid- 19. Em depoimento ao livro, Ana se dá conta de que tem bom corpo e que nunca teve relações sexuais e relata “[...] ontem um homem na internet ofereceu muito dinheiro por uma garota virgem[...]”⁸ e encarou aquela oferta como uma possibilidade de sanear um problema financeiro que lhe afligia. Trata-se de um questionamento em pleno século XXI, ano de 2019, no qual uma jovem brasileira cogita como saída financeira, vender sua virgindade pela internet.

As razões sociais para que na quesitação a uma mulher que sofreu violência sexual girem em torno de sua vida pregressa ou ainda sobre sua virgindade, estão baseadas nesses pilares religiosos e morais, apontados às mulheres e que não encontram nenhum fundamento jurídico ou médico plausível de defesa de manutenção dessas perguntas. Ao contrário, esse tipo de inquirição fere frontalmente direito basilar da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que traz como fundamento em seu o art.1º, III – a dignidade da pessoa humana.⁹

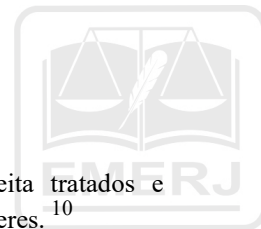
Nesse mesmo contexto, a Procuradoria Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de no 1107 pontua que:

[...] a atuação, comissiva e omissiva, do poder público viola frontalmente os princípios constitucionais da dignidade humana, da dignidade e liberdade sexual, da igualdade de gênero, do devido processo legal e os objetivos contidos no art. 3º da Constituição, em especial o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

⁷ SWIFT, Taylor. **Fifteen**. Disponível em: <https://www.letas.mus.br/taylor-swift/1372014/traducao.html> Acesso em: 20 ago. 2023.

⁸ SMITH GALER, Sophia. **Losing it**: sex education for the 21st century. Glasgow: William Collins, 2022, p. 19.

⁹ 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: 29 maio. 2024.



quaisquer outras formas de discriminação”; bem como desrespeita tratados e convenções internacionais de proteção e defesa dos direitos das mulheres.¹⁰

Na ocorrência de um crime o que deve ser feito por inspetores e delegados de polícia diante do registro da ocorrência ou de um juiz no tribunal, é inquirir sobre o que se passou. Questiona-se como aconteceu o fato, quem estava envolvido, onde se deu o delito, se havia testemunhas, qual foi o dano, quem foi a vítima e se se conhece o autor. Questionamentos simples feitos a fim de obter-se o máximo de informações para que o Estado possa punir aquele que praticou ato ilícito.

Cabe ressaltar que os dados do Brasil são de dois estupros por minuto, dos quais apenas 8,5% são registrados pela polícia e 4,2% registrados pelo sistema de saúde. São 822 mil estupros por ano, cometidos por agressores que estão divididos em 4 grupos: parceiros e ex-parceiros, familiares, amigos ou conhecidos e os desconhecidos.¹¹ No entanto, o que se pergunta à vítima mulher de violência sexual é também a respeito de sua virgindade e sobre seus relacionamentos sexuais pretéritos.

É inegável que esses últimos questionamentos não têm o condão de elucidar nada a respeito do crime ou do criminoso. Não esclarecerão questões objetivas como o local do crime, o possível uso de arma, se o agressor era ou não conhecido ou se já era procurado pela polícia. Essa quesitação busca encontrar um nexos causal entre a vítima e o agressor, estabelecendo para o inquisidor, de forma subjetiva, as razões do crime haver sido cometido da forma e no momento em que se deu. É subsumir vítima mulher ao estereótipo de gênero.

Ressalta-se que a questão da virgindade é tão explorada, que em muitas ocasiões justifica-se o aumento de pena-base como circunstância judicial no crime de estupro, caso a resposta para a perda da virgindade na violência sexual contra a mulher seja positiva. Infere-se aqui que haveria um dano maior ou ainda um dano “mais punível” para a mulher violentada que sofrera a perda da virgindade, em detrimento daquela que já teria tido algum tipo de relação sexual prévia.

Admitindo-se essa possibilidade, seria como presumir que prostitutas ou mulheres casadas, por exemplo, jamais seriam vítimas de violência sexual, tendo em vista a vida

¹⁰ BRASIL. Procuradoria Geral da República. **AJCONST/PGR 1340698/2023**. Petição inicial. Distrito Federal. Supremo Tribunal Federal. 13 de junho de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773478529&prcID=6817678>. Acesso em: 30 maio. 2024.

¹¹ INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Elucidando a prevalência de estupro no Brasil a partir de diferentes bases de dados**. Brasília: Ipea, 2023. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/elucidando-a-prevalencia-de-estupro-no-brasil-a-partir-de-diferentes-bases-de-dados-ipea-2023/>. Acesso em: 29 maio. 2024.

pregressa e as experiências sexuais previamente existentes, o que por si só seria uma aberração jurídica, e novamente, uma grave afronta a direitos constitucionais e civis em sociedade.

2. O PROCESSO A PARTIR DAS RESPOSTAS DAS QUESITACÕES: A ANÁLISE DA VIDA PREGRESSA DA VÍTIMA MULHER E O FERIMENTO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em artigo à Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, a Defensora Pública Simone Estrellita, expõe as diferenças entre testemunha e ofendida, apontando como essas figuras são inconfundíveis por todo o arcabouço processual penal e que, frente ao Código de Processo Penal Brasileiro, não há qualquer regra que determine que a vítima deva obrigatoriamente responder perguntas formuladas pela acusação ou ate mesmo pela defesa. O princípio do *nemo tenetur se detegere*, não produzir provas contra si mesmo, poderá ser aplicado à vítima, o que não implica dizer que a vítima restará necessariamente silente, mas que falará quando e se entender necessário.¹²

Aprofundando essa forma de defesa e retomando o pensamento sobre os questionamentos a respeito da vida pregressa da vítimas mulher de violência sexual ou ainda sobre sua virgindade, poder-se-ia inferir que restando a mulher em silêncio sobre essas quesitações, tidas como importantes para a resolução do caso concreto de violência sexual, estaria ela dificultando procedimentos legais de investigação ou ainda não colaborando com a justiça, resgatando assim, todos os pre-conceitos patriarcais e machistas entendidos como absolutos na sociedade. Ou ainda que a vítima mulher de violência sexual passaria a ser entendida como culpada ou até mesmo cúmplice de seu agressor por ficar em silêncio, o que seria inadmissível. Esclarece de forma repetida, Simone Estrellita:

[...] convém repetir: mulher, vítima de violência de gênero, é vítima e encontra-se acolhida na abrangência do princípio da proteção especial diante da situação especial de vulnerabilidade a que se encontra. Para tanto, deve-se perseguir a melhor solução que atenda a seus interesses, a fim de que deixe de ser tratada como objeto de proteção, assumindo a condição de sujeito de direitos, sejam os assegurados a todas as pessoas, mas também os diretos especiais vinculados à sua situação especial de vulnerabilidade.¹³

¹² RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública Geral. **Gênero, sociedade e defesa de direitos**: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação de Defesa da Mulher, CEJUR. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf>. Acesso em: 30 maio. 2024, p. 194.

¹³ *Ibid.*



É possível fazer uma metáfora sobre o processo penal visualizando-o como um apartamento sem mobílias, mas com a disposição com a qual estamos todos habituados em imaginar uma casa: Em determinado local há as saídas de gás para um possível fogão, os canos de água a meia altura para inclusão de uma pia, um mais alto para um possível chuveiro e dessa forma se desenha um apartamento, ainda que sem mobiliário nenhum. Está posto o processo penal. Adequa-se àqueles locais o que está determinado para aqueles locais tal qual adequa-se aos delitos, aquele procedimento. Um procedimento desenhado para os homens e por homens. Explica Soraia da Rosa Mendes “impossível tornou-se não perceber como a lógica colonial de dominação de corpos, almas e episteme foram, e ainda são, ópera no campo das Ciências Criminais”¹⁴.

Não há procedimento específico ou diferenciado para demandas das mulheres, como por exemplo, nos casos de violência sexual. Retomando a metáfora do apartamento sem mobília como sendo o Processo Penal, não há um quarto nesse apartamento destinado às vivências específicas de crimes perpetrados contra a mulher. Virginia Woolf, em “Um Teto Todo Seu”¹⁵ trata abertamente sobre a necessidade da mulher ter espaço na literatura, e que para isso necessitaria de recursos próprios e um quarto para trabalhar textos literários.

Tranquilamente pode-se traçar um paralelo com a necessidade de que haja participação feminina no Processo Penal Brasileiro apontando necessidades próprias e específicas para mulheres. Muito por isso, não causa espécie que quesitações sobre a vida pregressa da mulher sejam, até hoje, realizadas no âmbito da delegacia ou das audiências de instrução e julgamento como procedimento comum e usual, dando-se relevância às questões da virgindade e da existência ou não de parceiros sexuais anteriores. Ao questionar a roupa, o local, as atitudes ou as experiências anteriores de uma vítima mulher de violência sexual, busca-se entender a atitude do criminoso a partir da conduta da vítima mulher. É tentar entender que razões teve o agressor para que a vítima passasse por aquela violência e, de alguma forma, justifica-las.

É necessário ressaltar, conforme Soraia da Rosa Mendes afirmou, que:

é possível compreender as regras fundamentais do jogo processual das quais deriva um conjunto de princípios inscritos em nosso Texto Constitucional que não de ser observados na exata dimensão do peso que possuem. E o peso que cada princípio deverá de assumir tem de levar em conta os homens e as mulheres de carne e osso que vivenciam o sistema penal que se deseja que seja efetivamente garantista, mais do que em um sentido normativo, mais em sentido libertário¹⁶.

¹⁴MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 20.

¹⁵ WOOLF, Virginia. **Um teto todo seu**. São Paulo: Tordesilhas, 2014.

¹⁶ MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 72.

No âmbito de um processo, dentro de uma delegacia ou no bojo de uma audiência de instrução e julgamento deve-se ter como norte os parâmetros e as normas constitucionais garantidoras da ampla defesa e do contraditório. E isso não se contrapõe, em hipótese alguma, a situações específicas, como no caso de crimes de violência sexual contra a mulher em que se deve levar em conta, de antemão, tratar-se de uma situação específica vivenciada amiúde por um grupo específico, mulheres. Assim, questionamentos sobre a vida pregressa e/ou a virgindade da vítima mulher de violência sexual revitimiza e mantém o estereótipo de que a violência se deu, provavelmente, por algo que a mulher tenha feito, ou deixado de fazer, previamente.

É tão patente a importância de se diferir aspectos de gênero no Processo Penal que o Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero, do Conselho Nacional de Justiça, em seu prefácio já indica que a publicação do protocolo é um instrumento para guiar julgamentos nos diversos âmbitos da justiça. Também é instrumento para que a igualdade seja alcançada conforme o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável, ODS 5 da Agenda 2030, ao qual o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça se comprometeram a cumprir.¹⁷

Por todo o exposto, resta claro que no âmbito do processo penal ou ainda no bojo de um inquérito policial, o que se pretende ao inquirir uma vítima mulher de violência sexual sobre sua vida pregressa ou ainda sobre sua virgindade é atingir um estereótipo de gênero. É buscar nas respostas da mulher violentada que tipo de vítima ela é: se é uma mulher que buscou por aquilo porque tinha determinada conduta sexual pretérita ou se poderá, então, ser enquadrada como uma vítima que “perdeu” a virgindade, trazendo-lhe alguma diferença “especial”. Do Protocolo Para Julgamento com Perspectiva de Gênero:

são exemplos dessas atitudes quando a magistrada ou o magistrado, em casos de violência sexual, ao mesmo tempo em que coloca em dúvida os relatos das vítimas, minimiza relevância, passa a supervalorizar o comportamento delas antes do momento da violência, ou a roupa que elas usavam, maximiza relevância, influenciado pela ideia preconcebida de que cabe às mulheres recato e decência.¹⁸

Assim, é como se o crime de violência sexual pudesse ser mensurado conforme o tipo de atitude que a mulher teve antes de ser violentada indicando uma possível explicação ou justificativa

¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 30 maio. 2024, p. 29.

¹⁸ *Ibid.*



para que a violência ocorra o que por si, denota mais uma violência perpetrada à essa vítima mulher.

3. A PROIBIÇÃO DA QUESITAÇÃO E A RETIRADA DOS QUESTIONAMENTOS PADRONIZADOS ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA SEXUAL CONFORME ADPF 1107

No esteio da necessidade premente para que sejam retirados questionamentos sobre a vida pregressa das vítimas mulheres de violência sexual a Procuradoria Geral da República na ADPF 1107, pediu que o Supremo Tribunal Federal decidisse pela proibição de questionamentos sobre o modo de vida pretérito de vítimas mulheres de violência sexual, durante a apuração e o julgamento do delito. A PGR alegou que analisar e expor a conduta das vítimas mulher parte de uma “concepção odiosa” de que algumas vítimas merecem mais do que outras a proteção penal estatal pela violência sofrida.

Em outras palavras, que haveria diferenciação entre vítimas mulheres de violência sexual a partir da vida pregressa que elas deveriam relatar não só no âmbito policial como na seara judicial em audiência de instrução e julgamento. Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que é medida cabível para “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do poder público”, art.1º da Lei nº 9.882/1999, sendo assim, infere-se de que a PGR não só vislumbrou o descumprimento como entendeu cabível o pedido de enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal.

A PGR repisa que a mulher vítima de violência sexual deve ser recebida em ambiente de acolhimento tendo em vista a espécie atroz de violência sofrida, e não ser julgada ou inquirida sobre sua vida pregressa a fim de que se encontre alguma justificativa ao crime do agressor. A prática nesse tipo de abordagem, ainda de acordo com a PGR é “inconstitucional e deve ser invalidada, impondo-se aos órgãos que conduzem o processo criminal a obrigação de prontamente coibi-la e de responsabilizar quem impõe violência psicológica à vítima”¹⁹.

A proteção da mulher, o direito à dignidade humana, o direito à dignidade sexual e o direito à igualdade e ao devido processo legal livre de preconceitos de gênero está garantido por vasto aparato jurídico não só no âmbito nacional como também no internacional.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição Inicial. **AJCONST/PGR 1340698/2023**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773478529&prcID=6817678>. Acesso em: 30 maio 2024.

Na Constituição em seus artigos 3º, que relaciona os objetivos fundamentais da República entre eles o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, I e IV.²⁰ ou ainda no art. 5º, *caput* e I que confere às mulheres igualdade de direitos e obrigações.

Em âmbito internacional, a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres, em 1967, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1979 e internalizada no direito brasileiro por intermédio do Decreto nº 4.377, de 13.9.2002²¹ e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Convenção de Belém do Pará, internalizada por meio do Decreto nº 1.973, de 1º.8.1996²², são exemplos de como o Brasil e todo seu arcabouço jurídico é robusto no sentido de proteger os direitos das mulheres.

A proibição de que as vítimas mulheres de violência sexual sejam questionadas sobre seu comportamento de vida pretérito implica sobretudo em impedir que conceitos como o de “mulher honesta” - conceito esse que já fez parte do Código Penal e que é totalmente banhado nas águas da fonte patriarcal dos ditames sociais e comportamentais - voltem a vigor.²³ A ideia da “mulher honesta” operava em limitar a proteção a determinadas mulheres em relação aos crimes de cunho sexual, é dizer: haveria certas mulheres que não mereceriam a tutela do Direito. Exemplo conhecido foi a alegada “legítima defesa da honra” tese construída pela defesa do assassino de Ângela Diniz em 1981. Cediço que hoje tanto o conceito de “mulher honesta” quanto a tese de “legítima defesa da honra” não são mais aceitos pelo ordenamento jurídico brasileiro, após muita luta dos movimentos feministas, justamente por ferir brutalmente princípios basilares da Constituição da República.

Muito se discute sobre os encontros e o combate ao preconceito dirigido às atitudes de uma mulher antes de ser agredida sexualmente. Essa tem sido a luta das últimas décadas de mulheres atentas às violências de gênero a fim de que o julgamento de uma violência sexual impetrada contra uma mulher não se volte contra a própria vítima. É certo que os argumentos de que alguma atitude poderia ensejar ou até mesmo autorizar a conduta criminosa precisa ser

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 30 maio de 2024.

²¹ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm

²² https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm

²³ MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio**: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.



abolida dos procedimentos policiais e judiciais, mas isso precisa ser inserido de maneira obrigatória e efetiva. Tendo em vista todos os esforços empregados nesse sentido, nota-se a importância de tudo o que já foi criado e a total necessidade de que se faça ainda mais para que a vítima mulher de violência sexual seja protegida. Encontra-se respaldo jurídico claro na Convenção de Belém do Pará, internalizada por meio do Decreto nº 1.973, de 1º.8.1996²⁴, em seu artigo 7º, alínea a “abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação”

A decisão da Suprema Corte, em 23 de maio de 2024, de relatoria da Ministra Carmen Lucia foi a de conhecimento da ADPF e julgou procedentes os pedidos da PGR para:

i) conferir interpretação conforme a Constituição à expressão elementos alheios aos fatos objeto de apuração posta no art. 400-A do Código de Processo Penal, para excluir a possibilidade de invocação, pelas partes ou procuradores, de elementos referentes à vivência sexual pregressa da vítima ou ao seu modo de vida em audiência de instrução e julgamento de crimes contra a dignidade sexual e de violência contra a mulher, sob pena de nulidade do ato ou do julgamento, nos termos dos arts. 563 a 573 do Código de Processo Penal; ii) vedar o reconhecimento da nulidade referida no item anterior na hipótese de a defesa invocar o modo de vida da vítima ou a questionar quanto a vivência sexual pregressa com essa finalidade, considerando a impossibilidade do acusado se beneficiar da própria torpeza; iii) conferir interpretação conforme ao art. 59 do Código Penal, para assentar ser vedado ao magistrado, na fixação da pena em crimes sexuais, valorar a vida sexual pregressa da vítima ou seu modo de vida; e iv) assentar ser dever do magistrado julgador atuar no sentido de impedir essa prática inconstitucional, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.²⁵

Dessa forma, faz-se mister que seja obedecida decisão do Supremo Tribunal Federal para que seja proibida a quesitação à vítima mulher de violência sexual, a respeito sobre sua vida sexual pregressa, se é virgem ou não, ou qualquer inquirição que diga respeito ao modo de vida dessa mulher. Tais questionamentos não ajudam na apuração de fatos da investigação ou do processo penal, mas apenas reforçam estereótipos de gêneros que massacram, mais uma vez, essa mulher, vítima de violência sexual, que necessita de acolhimento e respeito integral aos seus direitos.

CONCLUSÃO

²⁴ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1107**. Relator: Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha. Brasília, 23 de maio de 2024. Decisão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6817678>. Acesso em: 30 maio. 2024.

Diante de todo o exposto, esta pesquisa constatou que a quesitação sobre a vida pregressa de mulheres vítimas de violência sexual esta umbilicalmente relacionada a questões sociais seculares assentadas na distinção entre os papéis exercidos por homens e mulheres na sociedade, mas mais especificamente na importância e na diferenciação que é feita sobre a sexualidade e a virgindade em relação às mulheres. Em como a repressão sexual foi dispensada às mulheres para que o modo de agir casto e contido deva ser a conduta padrão de uma mulher entendida como digna.

O estereótipo de gênero que vem no esteio dos questionamentos sobre comportamentos pretéritos de uma vítima mulher de violência sexual são afrontas ao ordenamento jurídico brasileiro que, no Texto Constitucional, defende a igualdade entre homens e mulheres, os direitos da mulher e o direito à dignidade da pessoa humana, e aos Tratados e Convenções dos quais o Brasil é signatário e se comprometeu a cumprir e que tratam não só sobre direitos de proteção à mulher, mas também de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, ODS 5, da Agenda 2030, que trata sobre desenvolvimento sustentável e que, contempla, direitos à mulher.

A manutenção desses questionários reforça conceitos já extirpados do ordenamento jurídico, como o de “mulher honesta”, mas principalmente revitimiza uma mulher que sofreu violência sexual e que precisa de acolhimento e respeito por parte de todas as Instituições Estatais. Faz-se mister compreender que se está diante de uma vítima e de que os questionamentos devem ser voltados a encontrar o agressor a fim de puni-lo e não buscar possíveis justificativas para explicar a conduta criminosa. Da delegacia, passando pelo serviço médico e desembocando no judiciário, as quesitações devem se ater ao crime em si e não à vida pregressa ou à conduta da vítima mulher.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 1107) a PGR pediu para que o Supremo Tribunal Federal decidisse pela proibição dos questionamentos às vítimas mulheres de violência sexual sobre sua vida pregressa por entender que a proibição dessas quesitações significava dar à vítima o tratamento adequado com o devido acolhimento. Com isso, sobretudo, impedia que questionamentos feitos à vítima sobre como ela conduzia sua vida pudesse amainar de alguma forma a conduta do criminoso e o crime sexual perpetrado contra ela.

Por fim, esse trabalho reconheceu a evolução do direito brasileiro em relação aos direitos das mulheres ao longo das décadas, apontou alterações importantes no entendimento de preconceitos contra as mulheres de maneira institucionalizada, e pontuou a necessidade de proibição dos questionamentos no âmbito policial e judicial sobre a vida pregressa da mulher vítima de violência sexual por violar inúmeros direitos da mulher.



A proibição foi decidida em 23 de maio de 2024 pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: a experiência vivida. 2. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967. Disponível em: <https://www.afoiceemartelo.com.br/posfsa/Autores/Beauvoir,%20Simone%20de/O%20Segundo%20Sexo%20-%20II.pdf>. Acesso em: 30 maio. 2024.

BÍBLIA SAGRADA. **Primeira Epístola aos Coríntios**. Conferência Episcopal, 2021. Disponível em: https://conferenciaepiscopal.pt/biblia/prov/53_1Cor.pdf. Página 18. Acesso em: 29 maio. 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: 29 maio. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1107**. Relator: Min. Carmen Lúcia Antunes Rocha, 23 de maio. 2024. Decisão. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6817678>. Acesso em: 30 maio 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-cnj-24-03-2022.pdf>. Acesso em: 30 de maio. 2024.

CHAUÍ, Marilena. **Repressão Sexual**: essa nossa (des)conhecida. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Elucidando a prevalência de estupro no Brasil a partir de diferentes bases de dados**. Brasília: Ipea, 2023. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/elucidando-a-prevalencia-de-estupro-no-brasil-a-partir-de-diferentes-bases-de-dados-ipea-2023/>. Acesso em: 29 maio. 2024.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio**: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo Penal Feminista**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PETIÇÃO INICIAL ADPF 1107. **AJCONST/PGR Nº 1340698/2023**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 13 de junho de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773478529&prcID=6817678>. Acesso em: 30 maio.2024.



RIO DE JANEIRO (Estado). Defensoria Pública Geral. **Gênero, sociedade e defesa de direitos**: a Defensoria Pública e a atuação na defesa da mulher. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/60c98ffa951349969d5b9612340d7028.pdf>. Acesso em: 30 maio. 2024.

SMITH GALER, Sophia. **Losing it**: sex education for the 21st century. Glasgow: William Collins, 2022.

WOOLF, Virginia. **Um teto todo seu**. São Paulo: Tordesilhas, 2014.

YOUNG, Iris Marion. **Justice and politics of difference**. Princeton: Princeton University Press. 41. ed., 2011.



A VEDAÇÃO AO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

Naiara Pinho da Silva de Jesus

Graduada pelo Centro Universitário Moacyr
Sreder Bastos (UniMSB). Advogada.

Resumo – a produção antecipada da prova, prevista no Código de Processo Civil, visa a resguardar provas urgentes, facilitar a autocomposição ou evitar o ajuizamento de ação futura. Nesse procedimento, o legislador optou por restringir o contraditório por meio de defesa e a interposição de recursos. No entanto, em situações que envolvam provas confidenciais, sensíveis ou sigilosas, a vedação ao contraditório pode colidir com outros princípios constitucionais de grande relevância. Diante disso, defende-se uma interpretação do processo civil à luz da Constituição, a fim de evitar a inconstitucionalidade da norma.

Palavras-chave – Direito Processual Civil Constitucional. Vedação ao Contraditório. Produção Antecipada da Prova.

Sumário – Introdução. 1. Os limites da restrição ao contraditório na produção antecipada da prova e a justificativa da interpretação literal. 2. Implicações da proibição de defesa na produção antecipada de provas sensíveis, confidenciais e sigilosas. 3. Interpretação da vedação ao contraditório na produção antecipada da prova: análise doutrinária e jurisprudencial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica destaca a temática da vedação ao contraditório no âmbito do procedimento da produção antecipada de provas no processo civil, ou seja, uma exceção por escolha do legislador infraconstitucional, que implica ponderar entre a interpretação literal e o direito da parte se manifestar, em especial quando se tratar de provas sensíveis e confidenciais.

Com a constitucionalização do Direito, o atual Código de Processo Civil passou a ser interpretado e aplicado com a observância das normas e valores constitucionais fundamentais.

Isso é evidenciado pela presença de vários artigos no código hodierno, que apontam para uma interpretação da norma embasada no texto constitucional, em especial e de forma mais enfática, no artigo 1º que assim o estabelece.

Dentre tantos princípios constitucionais que necessitam ser observados no modelo constitucional de processo, há de se ressaltar a importância do princípio do contraditório que é aplicado em diversos momentos do processo civil.

No tocante ao princípio constitucional do contraditório, atrelado ao processo civil constitucional, é considerado um dos alicerces do devido processo legal. Esse último em sua

acepção, garante as partes da relação jurídico processual um processo justo e imparcial, e junto ao contraditório, assegura as partes o direito de participar ativamente com manifestações, argumentos e defesa, na busca pela persuasão do julgador.

O Código de Processo Civil incluiu, dentro do capítulo das provas, a produção antecipada da prova, que antes era uma cautelar atípica, como um procedimento mais abrangente com diretrizes específicas. Dentre as diretrizes ali gravadas, está a exceção ao princípio do contraditório.

Para agilizar o procedimento, o art. 382, §4º, do Código de Processo Civil proíbe a apresentação de defesa e recursos. No entanto, à luz do processo civil constitucional, é necessário avaliar até que ponto essa restrição ao contraditório pode ser justificada sem ferir a Constituição.

Isso é especialmente importante quando se lida com provas de valores sigilosas e privadas que devido à sua natureza podem ser consideradas sensíveis e confidenciais. Assim, deve ser considerado se essa proibição ao contraditório tem de ser aplicada a todo custo, mesmo que signifique violar os direitos da outra parte.

O tema trazido a debate tem grande relevância jurídica, uma vez que gira em torno de outros temas correlatos sensíveis como a garantia constitucional do direito de defesa, o equilíbrio processual, a necessidade de eficiência processual, a isonomia, o devido processo legal e o risco de decisões injustas.

Objetiva-se discutir os aspectos relacionados à restrição do contraditório, suas implicações e a maneira mais adequadas de lidar com essa questão dentro do contexto da produção antecipada de provas.

No primeiro capítulo será verificado porque o legislador limitou o contraditório no âmbito da produção antecipada de provas, com análise dos princípios e valores em conflito, e o que justifica essa interpretação de modo literal.

Na sequência haverá análise dos impactos da restrição ao contraditório, considerando os benefícios e desvantagens da restrição, e os casos em que ela pode ser mais ou menos justificada levando em conta a prova a ser produzida.

No terceiro capítulo, será examinado uma melhor forma de interpretação da norma, com a reflexão de como a doutrina e a jurisprudência tem interpretado e aplicado a norma na prática, em vista dos princípios constitucionais e direitos fundamentais das partes.

A pesquisa terá abordagem qualitativa, utilizando-se da legislação para sopesar entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional a melhor interpretação da norma controversa, a respeito da vedação ao contraditório na produção antecipada da prova.



Ademais, busca a pesquisa ponderar os argumentos da doutrina, bem como analisar o posicionamento da jurisprudência quanto ao tema, com o objetivo de explicar e fundamentar as questões levantadas no bojo do trabalho.

1. OS LIMITES DA RESTRIÇÃO AO CONTRADITÓRIO NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA E A JUSTIFICATIVA DA INTERPRETAÇÃO LITERAL

O art. 5º, da Constituição Federal de 1988, dentre as garantias constitucionais ali contidas, em seu inciso LV¹, consagra o princípio do contraditório e da ampla defesa, assegurando as partes em processos administrativos e judiciais todos os meios e recursos necessários para seu pleno exercício.

Enquanto que a ampla defesa é um instituto que viabiliza a parte demandada de se defender com todos os meios necessários, o contraditório é a manifestação concreta da ampla defesa, no qual às partes é oportunizado se manifestar acerca de todos os atos e termos do processo:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.²

O princípio do contraditório possui grande relevância por ser um dos pilares do devido processo legal, sendo regra a ser observada, pois não apenas fortalece e traz legitimidade as decisões judiciais, mas também promove paridade de armas, o direito de defesa, garante o poder de influência, e a não surpresa diante de decisões proferidas sem a adequada participação.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil deve ser interpretado e aplicado aos casos concretos com a observância do arcabouço principiológico fundamental para que as decisões judiciais sejam salvas da ilegalidade, e em escala maior, da inconstitucionalidade.

Dentro do Código de Processo Civil o princípio do contraditório é citado repetidamente, o que enfatiza sua importância dentro da estrutura processual, podendo em

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: 3 ago.2024.

² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 40.ed. Baururi: Atlas, 2024, p.137.

algumas situações ser adiado, como por exemplo nos casos do art. 9º, parágrafo único, quando trata da tutela de urgência, da tutela de evidência e da decisão do art. 701 na ação monitória³.

Já no capítulo da produção antecipada da prova, o princípio do contraditório foi incluído no art. 382, §4º, não com efeito postergado, mas expressamente vedado quanto a defesa ou recurso, “salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”⁴.

A produção antecipada da prova tem seu procedimento regulamentado pelos artigos 381 a 383 do Código de Processo Civil e, em poucas palavras, configura-se como ação autônoma genérica, cujo propósito é garantir o direito à prova que poderá ser futuramente usada⁵.

Esse procedimento é justificado ante a necessidade de preservar a eficácia da prova que poderia ser comprometida pela demora, possibilitar a autocomposição, ou impedir o ajuizamento de futura ação.

Apesar de o direito à prova ser, nas palavras de Didier Jr.⁶, “conteúdo do direito fundamental ao contraditório”, esse direito à prova precisa ser aplicado com cautela no caso concreto, com a finalidade de não violar a garantia constitucional do direito ao contraditório.

Ao redigir a norma no capítulo da produção antecipada da prova, o legislador concentrou-se primordialmente no direito à produção da prova e na celeridade processual, negligenciando aspectos cruciais, tais como a natureza específica da prova que seria produzida.

Certo é que, em circunstâncias urgentes, algumas provas podem se perder, seja o depoimento de uma pessoa enferma com possibilidade de falecimento, com idade avançada, ou estado de conservação de objetos que possam se alterar rapidamente.

Por outro lado, há provas que não trazem em si urgência a ponto de se perder, mas sua produção visa a documentar e a preservar informações essenciais que poderão ser fundamentais para uma futura ação judicial, garantindo que os elementos probatórios estejam disponíveis e devidamente formalizados quando o litígio se instalar, como por exemplo no caso de um genitor

³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 ago.2024.

⁴ *Ibid.*

⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 19.ed. v.2. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 175.

⁶ *Ibid.*, 2024.



que pretende documentar provas a fim de justificar eventual exclusão de filho em futura sucessão por indignidade⁷.

Essa omissão de detalhes pertinentes à qualificação das provas pelo legislador pode resultar em lacunas interpretativas e aplicativas que, se não feita de forma adequada, pode comprometer a eficácia da legislação em contextos específicos, como, por exemplo, em produção antecipada de provas confidenciais, sensíveis e sigilosas.

Nas palavras de Freddie Didier Junior:

Deve-se assegurar, pois, o emprego de todos os meios de prova imprescindíveis para a colaboração dos fatos. Mas tal assertiva não deve ser encarada de modo absoluto; não se trata de direito fundamental absoluto. O direito ao manejo das provas relevantes à tutela do bem perseguido pode ser limitado, excepcionalmente, quando colida com outros valores constitucionalmente consagrados⁸.

Evidentemente, o doutrinador, ao tratar do tema, não o faz no contexto específico da produção antecipada de provas. Todavia, a mesma condição é aplicável, uma vez que o direito à prova não possua caráter absoluto, devendo ser ponderado em situações específicas para evitar conflitos com os valores constitucionais consagrados.

O direito à prova para o Direito contém um conceito amplo e multifacetado, e apesar de ser um direito fundamental de natureza instrumental, cujo objetivo é o alcance da tutela jurisdicional justa, na produção antecipada da prova o conflito não é quanto ao direito de produzir a prova, mas em relação a prova que se pretende produzir.

Não se pode perder de vista ainda que o legislador ao vedar o contraditório no art. 382, §4º, do Código de Processo Civil⁹, objetivou a celeridade do procedimento, o que justificaria em tese a interpretação literal.

O princípio da celeridade processual encontra previsão no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, o qual consagra que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”¹⁰.

Malgrado a celeridade processual ser essencial para eficiência do processo de produção antecipada da prova, tendo em vista que provas podem se perder, isso pode

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pai poderá ajuizar ação de produção antecipada de prova para justificar eventual exclusão do filho na sucessão**. Distrito Federal: 8 ago.2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/06082024-Pai-podera-ajuizar-acao-de-producao-antecipada-de-prova-para-justificar-eventual-exclusao-do-filho-na-sucessao.aspx>. Acesso em: 14 ago.2024.

⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, ref.5, p.55.

⁹ BRASIL, ref. 3.

¹⁰ BRASIL, ref. 1.

comprometer o direito da parte adversa, especialmente no manejo de determinadas provas em que não residam a urgência.

Para que o procedimento preserve a celeridade sem comprometer o contraditório em relação a certas provas, a manifestação acerca da prova a ser produzida deve ser devidamente verificada no âmbito deste procedimento, assegurando, assim, a paridade de armas entre as partes.

Com um olhar minucioso é possível perceber que quando o legislador vedou o contraditório no âmbito da produção antecipada da prova, os princípios do direito à prova, da celeridade processual, acabaram por conflitar não apenas com o a garantia fundamental do contraditório, mas da ampla defesa e da paridade de armas.

Diante desse cenário, a interpretação adequada do §4º do art. 382 do Código de Processo Civil¹¹ exige a busca pelo equilíbrio processual na aplicação da norma, de modo a evitar que uma parte tenha mais privilégios em detrimento da outra, para que, então ambas participem do processo em condições equânimes, a até mesmo coibir que se cometa abusos utilizando essa ferramenta.

2. IMPLICAÇÕES DA PROIBIÇÃO DE DEFESA NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SENSÍVEIS, CONFIDENCIAIS E SIGILOSAS

Primeiramente, é essencial abordar as hipóteses de admissão da produção antecipada de prova prevista no art. 381, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, para que então se compreenda em quais hipóteses é possível haver controvérsias.

Aponta o dispositivo legal que, para autorizar a produção antecipada de prova, deve haver receio justificável de que a avaliação de certos fatos se torne impraticável ou complexa, a prova deve facilitar a autocomposição ou outro método adequado de resolução do conflito, ou a compreensão antecipada dos fatos poder justificar ou evitar uma ação futura¹².

Nesse sentido, quando se tratar de provas urgentes perecíveis, o inciso I é a hipótese mais adequada. Ressalte-se que, em tempos passados, essa situação não gerava grandes debates, uma vez que seu uso abusivo era extremamente raro, não suscitando interesse significativo da

¹¹ BRASIL, ref. 3.

¹² *Ibid.*



doutrina, e, atualmente, pelas mesmas razões não é o inciso que levantam grandes questões controvertidas¹³.

Isso ocorre porque, em situações em que a prova corre o risco de se deteriorar ou desaparecer com o passar do tempo, a celeridade processual se justifica, e, consequentemente, a mitigação do contraditório pode ser considerada razoável, uma vez que não há questões adjacentes delicadas envolvidas na obtenção da prova, em princípio.

Por outro lado, quando são provas inatingidas pela urgência, requeridas sob uma das hipóteses dos incisos II e III do artigo mencionado em linhas anteriores, é que há diversas controvérsias.

Ao tratar da produção antecipada de prova, e em especial acerca de provas sigilosas, com informações sensíveis ou até mesmo confidenciais, é imprescindível considerar com qual fundamento a prova se torna essencial para a demonstração de um fato.

Assim, ensina Arthur Ferrari Arsuffi:

A preocupação é bastante relevante na medida em que a produção antecipada da prova pode ser utilizada como um meio para que os litigantes tenham acesso a informações sensíveis de contraparte sob o falso pretexto de que pretendem provar ou outro fato que estaria relacionado a um determinado conflito¹⁴.

Na atualidade, é inquestionável que o tratamento de dados e informações de natureza pessoal tem adquirido relevância significativa, estando inclusive regulamentado por norma específica, a saber, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Essa legislação orienta-se no sentido de resguardar direitos fundamentais, tais como a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural¹⁵.

Nesse contexto, informações pessoais, tais como dados bancários ou fiscais, não podem ser acessados indiscriminadamente, uma vez que, embora exista o direito à obtenção de provas, o sigilo dessas informações constitui igualmente um direito fundamental da parte.

A proteção ao sigilo dessas informações deve ser cuidadosamente considerada, com o intuito de evitar que a busca sem fundamento crível pela produção probatória faça nascer uma violação desproporcional aos direitos de privacidade e confidencialidade, conforme estabelecido pelo ordenamento jurídico e pelos princípios constitucionais que asseguram a proteção da intimidade e da vida privada.

¹³ ARSUFFI, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção Antecipada da Prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. 3.ed. Paraná: Thoth, 2021, p. 547.

¹⁴ FUGA; RODRIGUES; ANTUNES, ref. 13, p. 542.

¹⁵ *Ibid.*

Se esses dados concernentes a pessoa natural é de grande relevância, no que tange às informações relacionadas à propriedade intelectual, em que o pesquisador investe tempo e conhecimento em pesquisas inovadoras, essa proteção deve ser igualmente preservada.

A eventual divulgação não autorizada de dados e documentos oriundos de longos períodos de pesquisa compromete diretamente não apenas os direitos de titularidade e exclusividade sobre as criações intelectuais, mas também o avanço científico e tecnológico decorrente desses trabalhos¹⁶.

Não de outro modo quando se fala de segredo de negócios, o acesso a essas informações pode acarretar diversos prejuízos de ordem econômica ao negócio.

Segredos de negócio são todas as informações relativas à atividade de uma empresa que não sejam públicas ou óbvias para alguém no comércio e que são mantidas em segredo para garantir uma vantagem competitiva no mercado. Exemplos dessas informações são fórmulas, práticas, processos, desenhos, instrumentos, lista de clientes, receitas, padrões podem ser usada para proporcionar uma vantagem competitiva sobre concorrentes.¹⁷

É certo que não há uma legislação com aprofundamento do tema, contudo, muito se vem discutindo as melhores formas de lidar com a questão, tendo em vista que a exposição dessas informações mantidas em segredo pelas empresas, quando expostas ou acessadas de forma inapropriada, culminam em uma redução substancial de sua participação no mercado e, conseqüentemente, em seu resultado financeiro¹⁸.

É exatamente por isso que a vedação irrestrita do contraditório na produção antecipada da prova desperta nos estudiosos grande preocupação, pois o uso sem limites dessa medida pode comprometer a isonomia processual e principalmente a efetividade dos direitos das partes envolvidas, quando se fala em provas sigilosas, confidenciais e sensíveis, o que é capaz de resultar em decisões injustas e desequilibradas.

Ressalte-se que no §1º do art. 382 do Código de Processo Civil, a parte contrária é formalmente citada para compor o processo, enquanto que no §4º dispõe sobre a vedação ao exercício da defesa¹⁹. Dessa forma, a citação da parte adversa nesse procedimento se destina exclusivamente à produção da prova requerida pelo autor na petição inicial.

¹⁶ UNB CENTRO DE APOIO AO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO. **Sigilo e confidencialidade na Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I)**. Disponível em: <https://www.cdt.unb.br/pt-br/inovacao/confidencialidade-2>. Acesso em: 17 ago. 2024.

¹⁷ PEDUTI FILHO, Cesar. **O que são os segredos de negócio? Entenda**. Disponível em: <https://blog.peduti.com.br/o-que-sao-os-segredos-de-negocio-entenda/>. Acesso em: 17 ago.2024.

¹⁸ JUSTIÇA & CIDADANIA. **Segredo de Negócio: Proteção, Espionagem e Direito Comparado**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/segredo-de-negocio-protecao-espionagem-e-direito-comparado/>. Acesso em: 18 ago.2024.

¹⁹ BRASIL, ref. 3.



Quando não se realiza uma análise prévia sobre a pertinência da prova a ser produzida, ou seja, se ela de fato visa a comprovar fatos relevantes sem incorrer em abusos, sem violação a legislação correlata, e, simultaneamente, impede a parte adversa de impugnar o que foi requerido pelo autor, acaba por ressaltar a inconstitucionalidade da vedação ao contraditório imposta pelo legislador.

É importantíssimo considerar que na relação processual o princípio da boa-fé, previsto no art. 5º, do Código de Processo Civil, assegura que todos aqueles que atuam no processo devem agir de acordo com a boa-fé,²⁰ e isso é precisamente aplicável no âmbito da produção antecipada de provas, a fim de evitar práticas abusivas.

Quando o princípio da boa-fé é devidamente respeitado, inclusive em cenários de produção antecipada de provas, assegura-se que o procedimento seja conduzido com equidade, prevenindo práticas abusivas e resguardando a paridade de armas entre as partes envolvidas no processo.

Ao tratar do assunto, Arthur Ferrari Arsuffi assim se posiciona:

A utilização abusiva da produção antecipada da prova deve ser vista como abuso de direito e, não bastasse isso, caso esteja em jogo questões de concorrência ou propriedade intelectual, deve ser enquadrada nas hipóteses do art. 195 da Lei Federal n. 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), em especial em seus incisos XI e XII.²¹

Diante dessas considerações, é inegável que há uma necessidade de o aplicador da norma na produção antecipada da prova agir com cautelas verificando a pertinência da prova e se o objetivo de sua obtenção esteja amparado pela boa-fé, a fim de oportunizar a manifestação da parte contrária, quando se tratar de provas como as colocadas em linhas anteriores.

No contexto exposto, a ausência de uma análise detida das consequências no mundo jurídico pode resultar não apenas em insegurança jurídica, mas também em uma decisão ineficiente e potencialmente viciada por inconstitucionalidades.

3. INTERPRETAÇÃO DA VEDAÇÃO AO CONTRADITÓRIO NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

Não obstante tudo o que foi exposto até o momento, é fundamental destacar como a doutrina e a jurisprudência têm interpretado a norma referente a vedação do contraditório na

²⁰ BRASIL, ref. 3.

²¹ FUGA; RODRIGUES; ANTUNES, ref. 13, p.555.

produção antecipada da prova, considerando os interesses das partes, a necessidade de eficiência processual, a observância da isonomia e o respeito ao devido processo legal.

Como se sabe, o procedimento da produção antecipada da prova se inicia com o pedido autoral, e em seguida o juiz determina a citação de ofício ou a requerimento da parte que tenha interesse na produção daquela prova ou do fato que deseja ser provado, a não ser que não tenha caráter contencioso²².

Destaca-se que o *caput* do artigo 382 do Código de Processo Civil reforça a obrigatoriedade de que, na petição inicial em que se pleiteia a produção antecipada de prova, a parte requerente apresente de maneira devidamente fundamentada as razões que justificam a imprescindibilidade dessa providência²³.

Essa exigência legal tem por objetivo assegurar que a produção antecipada de provas não seja utilizada de maneira indiscriminada, mas sim amparada por elementos que demonstrem a sua imprescindibilidade.

Nessa conjuntura, quando o réu é citado para integrar este procedimento, se depara com pedido formulado pelo requerente, e é impedido de se manifestar por força do §4º do art. 382 do Código de Processo Civil por meio de defesa, é extremamente questionável, pois em última análise aquele que compõe o polo passivo estaria tão somente como uma figura de observador.

Essa situação por certo esvazia a eficácia da exigência imposta pelo legislador à parte autora de fundamentar, de maneira clara e justificada, as razões e a necessidade de produzir a prova, consoante ao disposto no *caput* do art. 382 do Código de Processo Civil.

Para Fredie Didier Jr.²⁴ ao tratar do tema da vedação de defesa na produção antecipada da prova afirma que a “citação para ser mero expectador do processo é inconcebível; cita-se para que o interessado participe do processo; a participação no processo dá-se pelo exercício do contraditório, como se sabe”, de igual modo considera Cândido Rangel Dinamarco²⁵ o qual afirma que “[...] uma vedação como essa colidiria com as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal”.

É preciso pontuar que nem toda matéria encontra cabimento para ser debatida neste procedimento, uma vez que seu escopo não é a ampla e irrestrita discussão de qualquer questão

²² BRASIL, ref. 3.

²³ *Ibid.*

²⁴ DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, ref.5, p.188.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9.ed. v.3. São Paulo: JusPodivm, 2024, p.123.



jurídica, o debate deve se restringir às questões que não entrem no mérito da lide principal que poderá ser ajuizada futuramente.

Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais, (ii) a ausência dos pressupostos de antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova. Logo, o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas. A suposta proibição de defesa deve ser compreendida como: (a) ausência de uma via específica para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro²⁶.

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível afirmar com segurança que, uma vez estabelecida regras de competência no procedimento, prevista no artigo 381, §4º, do Código de Processo Civil²⁷, torna-se evidente que há espaço para debater eventual situação de incompetência²⁸.

Obviamente, qualquer alegação de incompetência do juízo deve ser obrigatoriamente suscitada pela parte interessada em sede de defesa, respeitando-se o devido processo legal e as normas processuais aplicáveis.

Igualmente, de acordo com Jonathan Nasser Regioli²⁹ entende ser possível apresentação de defesa inclusive nos casos de “legitimidade (com a possível aplicação dos arts. 338 e 339, do CPC)”.

Desse modo, temos que é possível suscitar questões relacionadas as condições da ação e aos pressupostos processuais no bojo da defesa. Essas questões não abordam o mérito do caso, que fica reservado para uma ação futura.

Nesse cenário, quando se trata de provas sensíveis, confidenciais, ou protegidas por sigilo, é viável que, no âmbito da defesa, seja arguida a ausência de interesse processual ou até mesmo legitimidade, a depender do caso, com o intuito de impedir que provas envolvendo propriedade intelectual, segredos comerciais, ou informações bancárias e fiscais sejam acessadas sem restrições.

²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Cognição jurisdicional** (processo de conhecimento e tutela provisória). 21.ed. v.2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p.400.

²⁷ BRASIL, ref. 3.

²⁸ REGIOLI, Jonathan Nasser. Produção antecipada da prova: aspectos controvertidos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. 3.ed. Paraná: Thoth, 2021, p. 311.

²⁹ *Ibid.*, 2024.

É bem verdade que o art. 382, §2º, do Código de Processo Civil³⁰ dispõe que “o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”, ou seja, o objetivo da produção antecipada de provas não é a resolução da lide ou a apreciação de questões jurídicas de fundo, e é por isso que esse dispositivo deve ser interpretado como um impedimento de que sejam analisadas matérias de mérito, o que é impertinente nesse procedimento³¹.

Além de tudo quanto colocado, cabe apontar ainda que é possível a apresentação de defesa em outras circunstâncias neste procedimento, é o que reforça a tese do Enunciado nº 183 da III Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal ao afirmar que “o art. 382, §4º, do CPC, não impede a arguição de defesas referentes à admissibilidade das diligências e das provas requeridas na petição inicial”³².

Como é sabido, os enunciados da Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal resultam de intensos debates entre doutrinadores, professores e especialistas, e funcionam como importantes vetores de interpretação das normas processuais, servindo de referência para decisões judiciais.

Isso evidencia a relevância do tema aqui em discussão, reforçando que a interpretação mais adequada deve estar em conformidade com a Constituição, garantindo o direito de defesa no curso do procedimento da produção antecipada da prova.

A produção antecipada da prova, apesar ter como intenção ser um procedimento célere e que assegure o direito à obtenção da prova, não pode ser conduzido de maneira dissociada dos princípios constitucionais.

Ao interpretar as limitações impostas ao contraditório nesse procedimento, é fundamental buscar um equilíbrio processual que assegure que o direito de uma parte não se sobreponha ao da outra. Isso garante a proteção dos direitos fundamentais e, sempre que possível, a participação efetiva das partes, além da observância do devido processo legal.

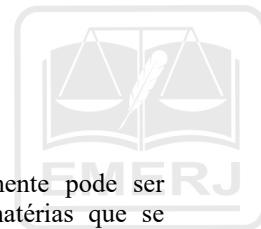
Em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial nº 2037088 – SP, teve o seguinte entendimento:

Eventual restrição legal a respeito do exercício do direito de defesa da parte não pode, de modo algum, conduzir à interpretação que elimine, por completo, o contraditório.

³⁰ BRASIL, ref. 3.

³¹ A defesa na produção antecipada de provas - Uma leitura constitucional do artigo 382, §4º, do novo CPC. **Migalhas**, São Paulo, 14 set.2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/245536/a-defesa-na-producao-antecipada-de-provas---uma-leitura-constitucional-do-artigo-382----4---do-novo-cpc>. Acesso em: 09 set. 2024.

³² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Processual Civil. **Enunciado 183**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/2104>. Acesso em: 14. ago.2024.



A vedação legal quanto ao exercício do direito de defesa somente pode ser interpretada como a proibição de veiculação de determinadas matérias que se afigurem impertinentes ao procedimento nela regulado.³³

Nota-se que começa a surgir também na jurisprudência um modo de interpretação do art. 382, §4º, do Código de Processo Civil que melhor se aproxima de um processo civil constitucional, tendo em vista a conclusão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a vedação ao exercício da defesa nesse procedimento não deve ser interpretada de forma estrita.

No julgamento foi considerado ainda que, mesmo no procedimento da produção antecipada da prova, o contraditório e a ampla defesa devem ser observados, a permitir que a parte se manifeste antes da decisão judicial, a fim de se harmonizar o processo com princípios constitucionais, como o devido processo legal e a isonomia.

É altamente reconhecido que os princípios jurídicos desempenham um papel crucial na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico.

Quando um princípio é violado, não se compromete apenas uma norma específica, mas todo um conjunto de comandos normativos, o que tem o condão de fazer surgir a ilegalidade ou até mesmo a inconstitucionalidade³⁴.

Conquanto o legislador tenha expressamente vedado o contraditório na produção antecipada da prova, argumentos não faltam no sentido de que o legislador se equivocou ou deixou de fazer as devidas ressalvas, a fim de afastar a norma de uma possível inconstitucionalidade.

Nas palavras de Fredie Didier Jr.³⁵ “[...]dizer que, como o faz o §4º do art. 382, que neste procedimento não haverá defesa e nem recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar [...]”, pois acabou por esbarrar em outros princípios constitucionais de grande relevância para o desenvolver de um processo equânime.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2.037.088/SP**. [...] Ação de produção antecipada de provas, com fundamento nos incisos II e III do art. 381 do CPC. Deferimento liminar do pedido, sem oitiva da parte adversa. Interposição de agravo de instrumento, não conhecido pelo tribunal de origem, a pretexto de aplicação do § 4º do art. 382 do CPC. Contraditório. Vulneração. [...] Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 13 de março de 2023. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%202037088>. Acesso em: 9 set.2024.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 841/842.

³⁵ DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, ref.5, p.188.

Por todo o exposto, ficou evidente que o legislador, ao disciplinar o procedimento da produção antecipada de provas, buscou imprimir celeridade ao rito. No entanto, ao vedar o contraditório no que tange à apresentação de defesa, não apenas colidiu com diversos princípios constitucionais, mas também instaurou um cenário de insegurança jurídica, especialmente em relação às questões como a produção de provas sensíveis, confidenciais e sigilosas.

No primeiro capítulo, foram examinados os conflitos entre princípios constitucionais processuais. Embora a restrição ao contraditório tenha sido justificada pela necessidade de assegurar a celeridade processual e o direito à prova, especialmente em situações em que há risco iminente de perda de provas, tal restrição implicou em uma subvalorização de princípios constitucionais de igual importância.

Princípios como o devido processo legal, a ampla defesa e a paridade de armas, pilares constitucionais da estrutura processual, foram colocados em segundo plano, comprometendo a integridade da aplicação do direito em prol de uma eficiência processual questionável.

Portanto, constatou-se que o art. 382, §4º, do Código de Processo Civil deve ser aplicado com as devidas cautelas, de forma a evitar a violação de outros direitos processuais com igual importância.

O segundo capítulo discutiu as implicações da proibição do contraditório na produção antecipada de provas sensíveis, confidenciais e sigilosas. Inicialmente, discorreu-se sobre as hipóteses do art. 381 do Código de Processo Civil destacando que a restrição ao contraditório é justificável em casos de urgência, mas controversa quando não há risco de perda da prova.

Foi destacado o risco de abusos, como o uso indevido da produção antecipada para obter informações protegidas, o que configura uma violação de direitos à privacidade em determinados casos. Além disso, ressaltaram-se os impactos potenciais econômicos e tecnológicos decorrentes da exposição indevida de informações empresariais e intelectuais, como segredos de negócio e pesquisas científicas, o que pode comprometer a competitividade empresarial.

Nesse contexto, a ausência de contraditório quanto a provas de natureza sensível, confidencial ou sigilosa pode prejudicar a isonomia processual e comprometer a efetividade dos direitos das partes, resultando em decisões injustas e marcadas pela inconstitucionalidade.

Já o terceiro capítulo apontou a interpretação que a doutrina e a jurisprudência vêm dando ao disposto no art. 382, §4º, do Código de Processo Civil, as quais avaliam que a vedação



ao contraditório na produção antecipada da prova deve ser feita à luz dos princípios constitucionais, como o devido processo legal, a ampla defesa e a isonomia processual.

Além disso, a doutrina e a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça posicionam-se no sentido de que a norma não deve ser aplicada de maneira absoluta, tendo em vista que é possível discutir questões relacionadas às condições da ação e aos pressupostos processuais, assuntos que, por sua natureza, não envolvem a análise do mérito da lide, além da admissibilidade da prova.

Dessa forma, constata-se que, na prática, é imprescindível que, ao receber o pedido de produção antecipada da prova, o judiciário realize uma avaliação acerca da prova que está sendo pleiteada. Sendo o caso, deve-se desde logo determinar a citação da parte contrária, a fim de que essa possa suscitar as questões relevantes ao procedimento, tais como as colocadas no bojo do presente artigo científico.

Por fim, conclui-se pela necessidade de equilibrar, de um lado, a celeridade processual e o direito à prova e, de outro, os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da isonomia entre as partes, com a interpretação do dispositivo de forma que não favoreça abusos e assegure a justiça processual.

REFERÊNCIAS

ARSUFFI, Arthur Ferrari. O abuso da produção antecipada da prova: direitos fundamentais, sigilo, boa-fé objetiva e custos. *In*: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção Antecipada da Prova**: questões relevantes e aspectos polêmicos. 3.ed. Paraná: Thoth, 2021.

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: 3 ago.2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 ago.2024.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Processual Civil. **Enunciado 183**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/2104>. Acesso em: 14. ago.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2.037.088/SP**. [...] Ação de produção antecipada de provas, com fundamento nos incisos II e III do art. 381 do CPC. Deferimento liminar do pedido, sem oitiva da parte adversa. Interposição de agravo de instrumento, não conhecido pelo tribunal de origem, a pretexto de aplicação do § 4º do art. 382 do CPC. Contraditório. Vulneração. [...] Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 13 de março de 2023. Disponível em:



<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%202037088>. Acesso em: 9 set.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pai poderá ajuizar ação de produção antecipada de prova para justificar eventual exclusão do filho na sucessão**. Distrito Federal: 8 ago.2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/06082024-Pai-podera-ajuizar-acao-de-producao-antecipada-de-prova-para-justificar-eventual-exclusao-do-filho-na-sucessao.aspx>. Acesso em: 14 ago.2024.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 19.ed. v.2. São Paulo: JusPodivm, 2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9.ed. v.3. São Paulo: JusPodivm, 2024.

JUSTIÇA & CIDADANIA. **Segredo de Negócio: Proteção, Espionagem e Direito Comparado**. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/segredo-de-negocio-protecao-espionagem-e-direito-comparado/>. Acesso em: 18 ago.2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 40.ed. Baurueri: Atlas, 2024.

PEDUTI FILHO, Cesar. **O que são os segredos de negócio? Entenda**. Disponível em: <https://blog.peduti.com.br/o-que-sao-os-segredos-de-negocio-entenda/>. Acesso em: 17 ago.2024.

REGIOLI, Jonathan Nasser. Produção antecipada da prova: aspectos controvertidos. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan. **Produção Antecipada da Prova: questões relevantes e aspectos polêmicos**. 3.ed. Paraná: Thoth, 2021.

UNB CENTRO DE APOIO AO DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO. **Sigilo e confidencialidade na Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I)**. Disponível em: <https://www.cdt.unb.br/pt-br/inovacao/confidencialidade-2>. Acesso em: 17 ago.2024.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Cognição jurisdicional (processo de conhecimento e tutela provisória)**. 21.ed. v.2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.



A EXCLUSÃO TECNOLÓGICA SOCIAL DO IDOSO EM RELAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Nelson Alves de Oliveira Junior

Graduado pela Sociedade Unida de Ensino Superior
e Cultura Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas
(SUESC/RJ -1988). Advogado.

Resumo – Esse trabalho tem como enfoque a dificuldade de adaptação tecnológica dos idosos em razão das constantes atualizações sistêmicas de hardware ou software, cada vez mais rápidas e necessárias pelas novas tecnologias que surgem. A tratativa busca ponderar os direitos e garantias fundamentais do ser humano em confronto com a necessidade da evolução tecnológica, sem esquecer que existe uma parcela considerável da população que não consegue acompanhar tal evolução e fica à própria sorte ou à mercê de terceiros para resolução de problemas de toda ordem, tanto para o cumprimento de exigências fiscais, documentais, cadastrais, até a prática de atos normais da vida civil como ir ao banco, enfrentar caixas eletrônicos, tela de computadores, como para o manuseio de eletrodomésticos, controle remotos, aparelhos celulares, e uma gama enorme de outros equipamentos que exigem certa destreza ou habilidade de adaptação à vida moderna que muda de forma muito rápida e constante. Verifica-se que há uma espécie de vácuo legislativo que trata pouco ou se omite quanto ao tema, levando a crer que essa seria uma adaptação necessária de cada um perante à também imperiosa necessidade do Estado na modernização e sofisticação de seus sistemas para fiscalização e controle, sem se preocupar muito questão a do envelhecimento da população e da necessidade de se criar mecanismos legais para manter um mínimo sistêmico efetivo que atenda a essa parte da sociedade que envelhece.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direitos e garantias fundamentais. Exclusão social. Princípio da vedação ao retrocesso. Adaptação tecnológica.

Sumário – Introdução. 1. A dificuldade de compreensão e manuseio do idoso das ferramentas tecnológicas. 2. A constante evolução tecnológica e a necessidade de atualizações. 3. A inércia legislativa total ou parcial ante a necessidade de adaptação sistêmica. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da constante atualização dos aparelhos eletrônicos como celulares, computadores, caixas eletrônicos, TV's e até simples eletrodomésticos que estão cada vez mais sofisticados e mais complexos, perante a necessidade da rápida adaptação ao manuseio pelos idosos para o domínio desses dispositivos que se tornam obsoletos muito rapidamente.

Procura-se demonstrar que a falta de habilidade adaptativa desses recursos traz consequências para a prática dos atos da vida civil e, para tanto, abordam-se as possíveis omissões legislativas a respeito do tema de modo a conseguir discutir os possíveis caminhos a serem traçados para minimizar esse efeito danoso dessa rápida evolução que se torna um desafio quase intransponível para o idoso,

que leva um tempo maior para compreender e assimilar tais adaptações, o que também os leva a um fenômeno interessante: o medo inconsciente de usar e ao pavor consciente de cometer erros que podem gerar defeitos, e até causar problemas relacionados à vida social que porventura dependam de domínio desses recursos, acarretando na aversão à essa adaptação pela falta de entendimento ou de um suporte de alguém com paciência para ensinar ou fazer a vez do idoso.

Para melhor compreensão do assunto, busca-se apresentar que com o resultando da rapidez do desenvolvimento tecnológico, há uma falta quase completa de adaptação dos idosos que desagua em uma “exclusão digital” do contexto social moderno, muito pouco observada pelo Estado como problema social contemporâneo, considerando ainda os direitos essenciais da pessoa humana como fundamento, razão pela qual se justifica uma atenção protetiva do Estado para situações como essa, à imagem do que preceitua a Convenção Interamericana de Direitos Humanos a qual o Brasil é signatário desde 1992, e que adentrou no nosso ordenamento jurídico através da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que alterou o art. 5º, §3º e §4º da CRFB, recepcionando o Pacto de São José da Costa Rica de 1969 na forma do Dec. 678/92.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a dificuldade da adaptação do idoso quanto às inovações tecnológicas, sob o aspecto de que esse é um caminho de mão única, irreversível, mas que não pode sobrepujar direitos e garantias fundamentais dos idosos, mantendo um mínimo admissível suportável durante um certo período e não a substituição imediata das plataformas e periféricos pela obsolescência programada.

No segundo capítulo aborda-se a imperiosa necessidade de atualização sistêmica perante às inúmeras possibilidades de fraudes, falsificações, furtos, desvios, apropriações indébitas, lavagem de dinheiro dentre uma enormidade de outras situações sistêmicas de invasão de sistemas e protocolos de segurança e o conflito gerado entre essa necessidade perante aos direitos e garantias fundamentais dos idosos que não acompanham essa evolução na velocidade que emprega, gerando um embate de direitos que precisa ser ponderado e minimizado.

O terceiro capítulo aborda a existência de uma espécie de vácuo, uma inércia do legislativo que não cuida, cuida muito pouco ou se omite quanto ao tema, levando a crer que essa seria uma adaptação necessária de cada um perante à também imperiosa necessidade da modernização para sofisticação da fiscalização Estatal, e da criação ou manutenção de sistemas protetivos eletrônicos como mecanismos antifraude e anticorrupção, por exemplo, deixando *de per si* a responsabilidade de se adaptar às inovações tecnológicas, sem observar que cada um tem uma limitação ou condição diferente e, aos diferentes, devem ser dispensadas condições diferentes.



Este trabalho foi elaborado através do método hipotético-dedutivo firmando um conjunto de proposições hipotéticas, que fazem com que o pesquisador acredite serem as sustentáveis e adequadas para a abordagem científica elaborada e, desta forma, fazendo com que o contexto do objeto desta pesquisa jurídica seja eminentemente qualitativo e lastreado na bibliografia atinente à temática em questão para sustentar a sua tese.

1. A DIFICULDADE DE COMPREENSÃO E MANUSEIO DO IDOSO DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS

Não é novidade que as pessoas idosas tem bastante dificuldade de manusear determinados equipamentos eletrônicos, desde um simples controle remoto até aparelhos mais complexos como caixas eletrônicos. Esses últimos, evidentemente na substituição em escala geométrica da mão de obra humana presencial por questões não só de evolução tecnológica, mas também de custos operacionais que só aumentam.

A legislação trabalhista impõe condições, direitos e benefícios aos trabalhadores que para os empresários acarretam diretamente em custos, além de gerenciamento das relações humanas advindas da presença física do funcionário, e isso é fato. A máquina não chega atrasada, não tem atestados, não gera conflitos, não tem salário, não come nem bebe e nem erra, salvo quando apresenta defeito e é imediatamente consertada, até porque já está no custo da aquisição e manutenção do equipamento. É um contrato com opção de troca e humanos não funcionam assim. Evidentemente é uma via de mão única e sem retorno.

A evolução tecnológica é diametralmente oposta ao domínio da¹sua velocidade. E esse é o ponto. A velocidade é tão grande, que mesmo para quem é expert já fica difícil acompanhar. Especificamente quanto aos telefones celulares, hoje parte quase indissociável da vida, tem seus modelos atualizados a partir da matriz da obsolescência programada ou da obsolescência de desejabilidade ou ainda, de marketing.

A obsolescência programada é basicamente “o processo de produção de bens com vida útil economicamente curta, fazendo com que os clientes façam compras repetidas durante o ciclo de uso do produto.”¹. Existem classificações da obsolescência. A obsolescência sistêmica ocorre quando um equipamento deixa de ser compatível com as versões posteriores dos softwares e se torna obsoleto,

¹OBSOLESCÊNCIA Programada: Pesquisadores explicam conceito. **Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 21 jun. 2021. Disponível em: [Revista de Artigos Científicos - v. 16, n. 2, t. 2 \(L/Y\), Jan./Jun. 2024](https://ufmg.br/comunicacao/noticias/obsolescencia-programada-pesquisadores-explicam-conceito#:~:text=Obsolesc%C3%Aancia%20programada%20ou%20planejada%20nasceu,ciclo%20de%20uso%20do%20produto. Acesso em 2 set. 2024.</p></div><div data-bbox=)



impossível de ser usado porque não se presta mais às novas conexões e sistemas operacionais. Obsolescência perceptiva que ocorre quando os designers modificam o estilo dos produtos para que os antigos sejam percebidos como menos desejáveis.

Obsolescência datada, que ocorre simplesmente no momento em que os aparelhos deixam de funcionar ou se desativam após uma determinada data, forçando sua substituição, embora estejam em boas condições de uso. E por último a obsolescência legal, que ocorre quando a Lei ou uma norma de regulamentação proíbe ou restringe o uso de um produto, inviabilizando sua finalidade.² Qualquer dessas modalidades de obsolescência traz a reboque a dificuldade do manuseio dos novos modelos que sempre apresentam novos recursos, novos botões, novos caminhos, novos estilos e o idoso nem absorveu direito as funcionalidades do modelo anterior.

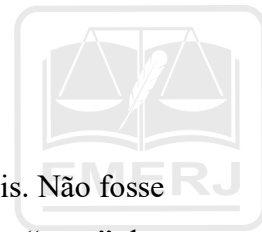
Particularmente quanto aos telefones celulares, os idosos, aqueles que não se negam a usar, e conseguem utilizar ao menos 10% da capacidade do aparelho, quando assim conseguem, já se veem desatualizados ao menos no software dos aplicativos em constante evolução.

E é nesse sentido que o manuseio se torna mais difícil porque sequer houve o domínio do aplicativo ou aparelho na versão anterior. O celular há muito deixou de ser um telefone e passou a ser um banco de dados pessoais ambulante, recheado de aplicativos das mais diversas funcionalidades e, mais ainda, um centro de validação documental pessoal e de identificação digital e facial do qual o Estado e as empresas se utilizam para certificar as entradas nos seus sistemas de controle. É como se fosse uma impressão digital à distância, uma identidade, uma certificação.

Quanto às digitais, ainda há uma peculiaridade inerente ao envelhecimento. As papilas digitais que formam os desenhos digitais de cada ser humano, que são padrões únicos, tão únicos que não se repetem em outros dedos e nem em gêmeos idênticos, vão se apagando com o tempo. O idoso vai ficando sem a digital tão solicitada atualmente na validação de certificados, documentos, certidões cartorárias, procurações, aceites digitais bancários, validação de contratos eletrônicos feitos à distância, dentre uma gama enorme de exigências de identificação que se faz através do telefone celular. Isso sem levar em conta a profissão da pessoa que pode acelerar esse processo, a exemplo de quem trabalha com produtos químicos ou materiais abrasivos. O idoso não pode ser deixado à mercê de tantas exigências tecnológicas.

Não é por menos que as empresas de uma forma geral, os Bancos e o Estado usam os telefones celulares como validadores documentais, certificadores de identidade, praticamente

² A obsolescência programada e suas consequências no meio ambiente. **Iberdrola**. Rio de Janeiro, 25 nov. 2023. Disponível em: <https://www.iberdrola.com/sustentabilidade/obsolescencia-programada>. Acesso em: 01 set. 2024.



obrigando os idosos os terem para poder certificar a veracidade das informações pessoais. Não fosse apenas isso já seria um abuso. O custo de um aparelho de qualidade capaz de suportar o “peso” das atualizações constantes dos aplicativos já é considerável para orçamentos de classe média, quiçá de pessoas mais humildes. É uma obrigação do idoso comprar um bom aparelho que suporte tal necessidade porque esse não é um problema do Estado e nem das empresas. É um problema pessoal e quase intransferível do idoso.

Intransferível porque muitos serviços públicos são personalíssimos, ou seja, não admitem representação ou procuração. O serviço “Meu INSS”³ por exemplo, somente admite a entrada personalíssima do usuário através das contas gov.br⁴, que também possuem critérios de validação por escalonamento como contas bronze, prata e ouro, este último, o nível máximo de certificação. O procedimento para conseguir ter a conta ouro não é nada simples. Requer várias etapas de certificações extras através de outros sistemas que complicam ainda mais a navegabilidade do usuário, com vistas a minimizar o máximo a possibilidade de fraude.

A fraude nesse caso, é responsabilidade do usuário. Se ele falhou, o problema é dele. Assim que funciona. Se para um usuário normal já é penoso, quanto mais para os idosos que sequer podem ser representados e nem ajudados durante esse processo sob pena de burlar o sistema, que foi pensado para que apenas uma pessoa interaja. O golpe através dos celulares é o maior problema atualmente para o idoso, exatamente pela falta da velocidade de acompanhamento das tecnologias e pela falta de habilidade no manuseio. Vale observar:

O número total de denúncias notificadas durante o período de 2020 até 2023 chegou a 408.395 mil, representando 21,6% em 2020, 19,8% em 2021, 23,5% em 2022 e 35,1% em 2023. Com 53% dos casos, a região sudeste foi a que apresentou mais registros em todos os anos no período analisado. Em seguida, vem a região nordeste - terceiro maior número de idosos do país, com 19,9% de denúncias.⁵

Há ainda a dificuldade financeira que inclina o idoso para a procura de soluções como empréstimos e financiamentos. E aí está o estelionatário esperando inescrupulosamente a oportunidade. A vulnerabilidade do idoso nessas situações é evidente. Não domina os recursos e está

³ INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). **Meu INSS**: plataforma de acesso. Disponível em: <https://meu.inss.gov.br/#/login>. Acesso em: 2 set. 2024.

⁴ BRASIL. **Gov.br**: plataforma de acesso. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br>. Acesso em: 2 set. 2024.

⁵ PESQUISA revela mapa da violência contra idosos no Brasil. **Universidade Federal Fluminense**. Disponível em: <https://www.uff.br/?q=noticias/05-06-2024/pesquisa-revela-mapa-da-violencia-contra-idosos-no-brasil#:~:text=Perfil%20dos%20idosos%20v%C3%ADtimas%20de,35%2C1%25%20em%202023>. Acesso em 4 set. 2024.

ávido por soluções financeiras, juntando a fome com a vontade de comer do estelionatário. Centenas de golpes são aplicados todos os dias contra idosos que se veem sem proteção.

Os estelionatários escolhem a dedo os mais idosos porque sabem que da capacidade reduzida de compreender os riscos tecnológicos. Os idosos são cerca de 70% das vítimas de golpes pela internet mesmo utilizando com menos frequência a rede. As vítimas deste crime muitas vezes experimentam um duplo golpe: além de perderem dinheiro, são psicologicamente afetados. Os golpes e fraudes em idosos estão virando um problema de saúde pública, pois comprometem a sobrevivência dessas pessoas, que acabam por muitas vezes doentes, nervosos, com depressão e podem até levar a morte.⁶

Visando a contenção da crescente onda de golpes, outras ferramentas se mostram. Os softwares de reconhecimento digital ou facial exigem câmeras de alta resolução e conexões de banda larga. Hoje nem se usa mais nem o 3G, quanto menos o 2G. Já estamos no 5G e caminhando para tecnologias mais modernas de conexão de internet. A desativação das redes 2G e 3G deverá acontecer até 2028, segundo informações das empresas de tecnologia e isso vai impactar diretamente naqueles usuários de celulares baseados nessa tecnologia. Ou seja, não vão mais funcionar.

Projeção da Link Fields leva em conta a migração para as novas tecnologias, incluindo a aquisição de dispositivos e serviços de substituição e a estimativa é de que quase 12 milhões de aparelhos tenham que ser substituídos até 2028. O estudo ainda prossegue dizendo que esse custo deve atingir a casa de 10 bilhões até lá.⁷ São 12 milhões de aparelhos celulares e assemelhados que literalmente vão para o lixo ainda funcionando perfeitamente, mas que simplesmente não mais se conectam porque a tecnologia mudou, ainda que suportem atualizações periféricas ou de aplicativos, mas não se conectam mais às redes modernas que falam outra linguagem incompatível. Sofreram a obsolescência sistêmica.

Certamente, um caminho sem volta, mas que requer o mínimo de suporte para aqueles que não conseguem acompanhar essa evolução na mesma velocidade, até porque essa velocidade é inversamente proporcional ao custo e ao domínio cognitivo. À medida que a pessoa envelhece, há mais dificuldades cognitivas e a absorção das informações é mais demorada. Essa é a regra apesar das exceções.

⁶ SCARPIONI, Agesandro *et al.* Desenvolvimento de ambiente virtual para treinamento de idosos para evitar golpes pela Internet. **Revista Espacios**, Venezuela, v. 37/2016, n. 9, p. 13-18, jan. 2016.

⁷ DESATIVAÇÃO de redes 2g e 3g deve custar R\$ 10 bilhões até 2028, diz estudo. **Tele.síntese**. Brasília, 27 ago. 2024 Disponível em: <https://telesintese.com.br/desativacao-de-redes-2g-e-3g-deve-custar-r-10-bilhoes-ate-2028-diz-estudo/>. Acesso em: 5 set. 2024



Mas para o Estado e as empresas de forma geral, aparenta ser uma regra que pouco se importa na medida das atualizações, e se esquecem de que há os que não se atualizam ou não podem se atualizar, seja por falta de cognição, envelhecimento, destreza, ou seja por falta de recursos financeiros.

2. A CONSTANTE EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E A NECESSIDADE DE ATUALIZAÇÕES

Conforme já parcialmente abordado anteriormente, está clara a necessidade de atualizações em face da necessidade adaptativa de esquivamentos e periféricos em razão das variadas formas de obsolescência programada. Não obstante, essa atualização requer o mínimo que seja, de permanência das versões mais antigas visando a capacitação adaptativa dos usuários, aqui, incluídos os idosos, que deveriam ter uma amplitude maior, ou outra solução que substitua a interação mais modernizada.

Nesse contexto, os idosos fazem parte do conjunto disputando de forma desigual com os aparentemente iguais. Aos desiguais na medida da sua desigualdade, assim deve ser. Nem seria preciso lembrar o que diz o art. 5º da CRFB, que “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes[...]”⁸

Mas a evolução, como dito, é uma estrada de mão única. É necessário que as empresas e o Estado se atualizem tecnologicamente, visando a melhor prestação de serviços na forma do art. 37 da CRFB ao evidenciar que “[...] a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”⁹

Encontrar-se-á então um conflito de normas no interesse das necessidades. Deve o Estado se atualizar para poder atender incondicionalmente os princípios constitucionais sem observar as dificuldades e desigualdades dos administrados, usuários finais de seus serviços, para atender as suas próprias necessidades? Essa resposta não é óbvia e requer reflexão e aplicação de outros princípios constitucionais como a proporcionalidade e a ponderabilidade da aplicação dos dispositivos e a vedação ao retrocesso.

⁸ 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.

⁹ *Ibidem*.



Eis que surgem os pilares do art. 1º CRFB¹⁰ que sustentam todos os demais direitos constitucionais: Estado democrático de direito, soberania popular, soberania do Estado, cidadania, dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, livre iniciativa e pluralismo político.

Em razão da atualização tecnológica visando a prestação do melhor serviço, deve haver proporcionalidade e ponderabilidade no sentido de observar que a busca pelo melhor ou mais moderno não pode deixar de observar a necessidade adaptativa dos que não as absorvem imediatamente quanto precisam, ou sequer absorvem, sendo imperioso que haja uma forma subsidiária, ainda que presencial, de poder cumprir os mandamentos constitucionais da Carta Cidadã, lembre-se pelo Preâmbulo:

[...] Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL [...].¹¹

Portanto, o Estado em particular, deve se cercar de mecanismos tradicionais que possam substituir os tecnológicos, e não simplesmente optar pelo famoso jargão “é o sistema” e literalmente subverter os ditames constitucionais das garantias e direitos sociais e fundamentais para justificar a necessidade de adaptação tecnológica visando a melhoria dos serviços e a minimização das fraudes sistêmicas. O idoso é a maior vítima disso porque precisa se adaptar na velocidade que não tem, ou ser literalmente refém de familiares ou ainda terceiros que possam agir como se eles fossem, através de procurações ou sentenças judiciais de curatelas, tomadas de decisão assistida ou interdições, neste último caso, evidentemente necessárias.

A exceção das interdições, a capacidade do idoso de agir por ele próprio é cerceada uma vez que a capacidade civil para tomadas de decisões ainda é plena, mas que por circunstâncias alheias à sua vontade é impedido de praticar os atos da vida civil, ou porque não consegue por causa do “sistema”, ou porque não tem recursos sistêmicos, ou porque não pode comprar aparelhos que suportem a evolução sistêmica.

A rigor, não há uma idade determinada em que um indivíduo automaticamente deixa de responder pelos seus atos devido à idade avançada. “A responsabilidade legal pelas ações de uma

¹⁰ 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.

¹¹ *Ibidem*.



pessoa é geralmente determinada pela capacidade cognitiva e não pela idade cronológica”. A carteira de motorista por exemplo. Enquanto o idoso tiver condições física e psíquicas para poder dirigir, o máximo que se exige é a renovação em períodos menores de tempo, por obvio, considerando que se deve aferir regularmente a capacidade de resposta cognitiva do condutor. Mas em nenhum momento a lei proíbe alguém de dirigir por causa da idade, exclusivamente.

Isso é o mesmo que relegar ao idoso um lugar de sujeição, opondo um dever de ter que se virar para poder cumprir com o básico da vida em sociedade. É tirar a dignidade que ainda lhe resta. É constranger o idoso a um lugar menor no contexto social por ser idoso. O Estado é o exemplo, ao menos deveria ser, e o exemplo arrasta.

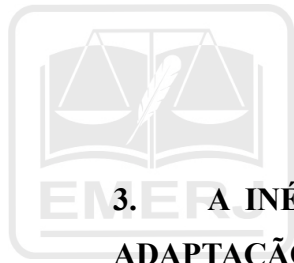
Na medida em que o Estado comece a fazer a sua parte conforme os ditames constitucionais, toda a sociedade haverá de seguir, seja pelo exemplo, seja pela Lei. E é aí que entra a omissão do Estado na regulamentação da obsolescência programada e das normas de cumprimento de exigências cartorárias e previdenciárias visando a inclusão digital do idoso através da manutenção de sistemas corporativos com o mínimo de exigibilidade tecnológica, ainda que necessitem de outras validações através de outros sistemas, mas para que se tenha o mínimo de preservação sistêmica tecnológica utilizável pela maioria desprovida de recursos.

Ressalte-se, a expectativa de vida no Brasil vem aumentando segundo o IBGE e os dados mostram que para quem nasceu em 2023, são de 79,7 anos para as mulheres e de 73,1 anos para os homens.

[...] O aumento da expectativa de vida, associada à redução da taxa de fecundidade, leva a um envelhecimento da população. De acordo com o IBGE, a proporção de idosos (com 60 anos ou mais) no país passou de 8,7% em 2000 para 15,6% em 2023. Em 2070, espera-se que 37,8% dos habitantes do país sejam idosos, ou seja, mais do que o dobro de hoje.[...] ¹²

Nesse sentido, a participação dos idosos nas mais variadas atividades sociais cresceu proporcionalmente com essa expectativa. Ou seja, a importância da inclusão do idoso nos sistemas digitais de atualização tecnológica é fundamental para que se tenha a maximização da absorção dessas tecnologias para o futuro tornando-se intuitiva através do tempo, fazendo com que o manuseio seja melhor absorvido com o tempo.

¹² EXPECTATIVA de vida no Brasil em 2023 chega a 76,4 anos. **Agência Brasil**. Brasília, 22 ago. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-08/expectativa-de-vida-no-brasil-em-2023-chega-a-764-anos-diz-ibge#:~:text=Os%20dados%20mostram%20que%20as,vida%20referentes%20a%20anos%20anteriores>. Acesso em: 5 set. 2024



3. A INÉRCIA LEGISLATIVA TOTAL OU PARCIAL ANTE A NECESSIDADE DA ADAPTAÇÃO SISTÊMICA

Não é de hoje que o Estado tem manifestado preocupação quanto ao assunto, mas ainda incipiente quanto à adaptação sistêmica da obsolescência programada. Desde a promulgação da CRFB em 1988 que gera o comando constitucional no capítulo VII Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso com redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010, observa-se que a legislação suplementar veio se aperfeiçoando como a Lei 8.842, de 1994 Política Nacional do Idoso¹³, Decreto 1.948, de 03 de julho de 1996¹⁴ que regulamenta a Lei e a Lei 10.741, de 2003 Estatuto do Idoso¹⁵, mas de forma assistencial, previdenciária e penal, protegendo direitos e garantias quanto à idade e pouco reservando espaço para efetivamente dar garantia de continuidade da prática dos atos da vida civil no que tange ao exercício regular desses direito e garantias. Ou seja, a lei garante os direitos, mas se omite como será feito para que se efetive essas garantias materialmente.

Uma coisa é o comando mandamental constitucional que garante a preservação dos direitos e garantias fundamentais e sociais dos idosos. Outra coisa é deixar que essas garantias fiquem sem controle de como serão efetivamente implementadas e através de quais sistemas de efetivação, sem observar a dificuldade que existe para que essas garantias sejam alcançadas sem estigmatização.

Por exemplo, em uma rápida busca sobre direitos dos idosos na internet, o retorno da pesquisa é eminentemente previdenciário e assistencial. Mas não o resultado não retorna como se garante e motivo é o princípio da autonomia e da repartição de poderes do Estado, ficando ao encargo do legislador Estadual de forma residual pela repartição de competências. Cada Estado tem um sistema, cada Estado tem uma legislação, e cada ente federativo desenvolve suas políticas sociais de maneira diferente. Essa é a grande dificuldade porque os sistemas de operacionalização têm plataformas diferentes em atendimento à essas legislações.

A lei Federal nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências sobre os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela

¹³ BRASIL. **Lei 8.842, de 04 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

¹⁴ BRASIL. **Decreto 1.948, de 03 de julho de 1996**. Regulamenta a Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

¹⁵ BRASIL. **Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 15 set. 2024.



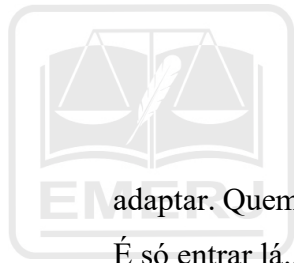
legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido conforme o art. 1º desta Lei ¹⁶. No entanto, cada Corregedoria de Justiça determina as normas e regras de como serão desenvolvidos esses atos jurídicos cartoriais e sob quais plataformas sistêmicas. Alguns estados usam as mesmas plataformas, mas isso não é uma regra pelo mesmo princípio da autonomia e da repartição de poderes, e cada estado desenvolve suas políticas orçamentárias e tem autonomia para legislar sobre seus sistemas e políticas de segurança. Registros de imóveis, Títulos e Documentos entre outros atos notariais tem suas especificidades sistêmicas diferenciadas de estado para estado e que requerem uma enormidade de certidões que hoje são de domínio público na internet, mas que requer domínio e habilidade de manuseio. Essa é a problemática.

Essas situações se traduzem nas exigências do Estado para o cumprimento da Lei, principalmente a fiscal, a exemplo do imposto de renda, do cumprimento das obrigações fiscais, dos cadastramentos, da entrega de documentos, da identificação pessoal, das exigências dos cartórios, das contas bancárias, onde tudo é feito por uma máquina, um sistema onde não há mais papel e tudo depende digitalização de alguma coisa, que a pessoa tem que “se virar” para cumprir e enviar da maneira certa, como o sistema exige, do tamanho certo, do formato certo, do modelo certo, da extensão do arquivo correta, onde são tantas as particularidades que até mesmo quem domina todos os recursos comete erros.

Todo esse arcabouço sistêmico não é privativo do Estado. Da mesma forma, e até mais aperfeiçoado, as empresas privadas assim funcionam, aumentando progressiva e continuamente suas funcionalidades tecnológicas, trazendo ainda mais dificuldade para a prática dos atos da vida civil para quem, apesar de idoso, ainda tem lucidez e determinação, mas que fica à mercê de terceiros para o exercício efetivo da cidadania.

As empresas privadas são as que mais rapidamente se modernizam por terem mais flexibilidade de recursos e menos entraves jurídicos operacionais. Assim, os Bancos são o melhor exemplo para representar esse quadro. Hoje, literalmente quase não se vai mais às agências. Quase tudo é possível ser feito na palma das mãos, pelo celular, através dos aplicativos. Muitos idosos sequer possuem um celular quanto mais compatível com as exigibilidades sistêmicas. E aqui a omissão do Estado é mais evidente, porque os Bancos literalmente agem como querem e o usuário que precisa se

¹⁶ BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm. Acesso em: 15 set. 2024.



adaptar. Quem nunca ouviu o gerente dizer “está tudo no site, vai lá!” ou ainda, “está lá no aplicativo. É só entrar lá...”

Portanto, essa necessidade tecnológica acarreta na obrigatoriedade de serem preservados os direitos fundamentais e as garantias sociais positivados na CRFB, além do direito à dignidade do ser humano que não pode ser literalmente colocada para baixo do tapete em razão dessas prementes necessidades tecnológicas sistêmicas ante a vedação ao retrocesso desses direitos, segregando o ser humano pelo fato de ser idoso do direito de exercer sua vontade por si próprio, sem depender de terceiros para a prática dos atos da vida civil, e das garantias de que esses direitos serão observados e preservados com a dignidade que lhes é atinente.

CONCLUSÃO

Tudo por tudo esse é o escopo do presente trabalho que procura demonstrar a dificuldade de adaptação dos idosos às modernas tecnologias sistêmicas que são necessárias para a atualização das funcionalidades tanto do Estado quanto das empresas privadas, e a omissão total ou parcial dessas mesmas entidades quanto à tratativa da adaptação dos idosos para o exercício dos atos da vida civil por ainda serem capazes, sem a necessidade do auxílio de terceiros para tanto, tornando-se uma questão social emergente que deve ser observada e debatida em todos os setores da administração pública, privada, acadêmicos, jurídicos e sociais porque se trata de uma situação que pode atingir a todos, sem distinção, haja vista que o envelhecimento é um fato natural, carecendo de buscar formas para a real efetivação e cumprimento da lei visando a garantia dos direitos já positivados.

Tendo em vista que a obsolescência programada é o maior fator contributivo das constantes atualizações, seja pelo fator humano, seja pelo fator evolutivo dos equipamentos e incrementa consideravelmente os custos de atualização dos equipamentos, esse fenômeno deve ser mitigado de forma que permaneça durante algum tempo o mínimo suportável, tanto de hardware como de software para que os efeitos dessas atualizações tenham um impacto absorvível pelos idosos.

Nesse sentido, a Administração Pública deveria arrastar pelo exemplo, tomando medidas com o fito de assegurar os direitos constitucionais dos idosos e não, ao contrário, contribuir para uma espécie de “exclusão digital” dessas pessoas, fazendo com que a iniciativa privada se adapte à necessidade do idoso e não que o idoso se adapte a essa necessidade, através de aplicativos menos complexos ou de canais de comunicação direta de “*hot line*”, onde pessoas qualificadas e com paciência, pudessem orientar o idoso remotamente, o que não afasta a forma presencial, para que se



possa realmente atingir a finalidade constitucional da Carta Magna Cidadã. Não é tarefa simples, mas factível e legalmente necessária.

Em última análise, essas medidas devem repercutir no próprio judiciário, desafogando os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, hoje abarrotados de processos por danos materiais e morais derivados de fraudes bancárias sistêmicas cometidas na sua maioria através do celular do próprio usuário tendo os idosos como alvo predileto, acarretando na maior eficácia social da solução das demandas jurídicas e no incremento da melhoria das decisões e na consequente melhoria da prestação jurisdicional.

Poder-se-ia, inclusive, ampliar a competência do PROCON, autarquia um tanto quanto deixada de lado, para efetivamente supervisionar as empresas privadas que não estiverem cumprindo com a finalidade de engajamento legal de suporte social ao idoso nessas situações, propiciando a melhoria da qualidade dos serviços prestados, principalmente quanto aos Bancos, e fiscalizando até a própria Administração Pública no mesmo sentido.

Considerando que os custos de atualização dos equipamentos aumenta em escalada desproporcional aos ganhos dos idosos, haveria ainda a possibilidade de implementação de linhas de crédito oficiais a exemplo do empréstimo consignado, sem taxas de administração e juros menores, em parceria com a iniciativa privada, específicas para idosos, para que estes possam atualizar seus equipamentos e outros periféricos com requisitos mínimos suportáveis e necessários para tenham acesso aos sistemas, aplicativos e sites, sem restrições ou empecilhos de hardware ou de software, assegurando a dignidade mínima que a Carta Magna estabelece.

Utilizando-se dessas ferramentas e outras mais aplicáveis ao caso, estaríamos potencializando sensivelmente a verdadeira aplicação dos direitos e garantias fundamentais quanto aos idosos, desmarginalizando seu espaço na sociedade e efetivamente integrando-os aos sistemas tecnológicos, minimizando os efeitos das constantes atualizações e proporcionando a justiça social que tanto quer a nossa Constituição.

REFERÊNCIAS

A obsolescência programada e suas consequências no meio ambiente. **Iberdrola**. Rio de Janeiro, 25 nov. 2023. Disponível em: <https://www.iberdrola.com/sustentabilidade/obsolescencia-programada>. Acesso em: 01 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: 27 ago.2024.



BRASIL. **Decreto 1.948, de 03 de julho de 1996**– Regulamenta a Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em 15 set. 2024.

BRASIL. **Gov.br**: plataforma de acesso. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br>. Acesso em: 2 set. 2024.

BRASIL. **Lei 10.741, de 01 de outubro de 2003**: Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

BRASIL. **Lei 8.842, de 04 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

DESATIVACÃO de redes 2g e 3g deve custar R\$ 10 bilhões até 2028, diz estudo. **Tele.síntese**. Brasília, 27 ago. 2024 Disponível em: <https://telesintese.com.br/desativacao-de-redes-2g-e-3g-deve-custar-r-10-bilhoes-ate-2028-diz-estudo/>. Acesso em: 5 set. 2024.

EXPECTATIVA de vida no Brasil em 2023 chega a 76,4 anos. **Agência Brasil**. Brasília, 22 ago. 2024. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2024-08/expectativa-de-vida-no-brasil-em-2023-chega-a-764-anos-diz-ibge#:~:text=Os%20dados%20mostram%20que%20as,vida%20referentes%20a%20anos%20anteriores>. Acesso em: 5 set. 2024.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS). **Meu INSS**: plataforma de acesso. Disponível em: <https://meu.inss.gov.br/#/login>. Acesso em: 2 set. 2024.

OBSOLESCÊNCIA Programada: Pesquisadores explicam conceito. **Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/obsolescencia-programada-pesquisadores-explicam-conceito#:~:text=Obsolesc%C3%Aancia%20programada%20ou%20planejada%20nasceu,ciclo%20de%20uso%20do%20produto>. Acesso em 2 set. 2024.

PESQUISA revela mapa da violência contra idosos no Brasil. **Universidade Federal Fluminense**. Disponível em: <https://www.uff.br/?q=noticias/05-06-2024/pesquisa-revela-mapa-da-violencia-contra-idosos-no-brasil#:~:text=Perfil%20dos%20idosos%20v%C3%ADtimas%20de,35%2C1%25%20em%202023>. Acesso em 4 set. 2024.

SCARPIONI, Agesandro *et al.* Desenvolvimento de ambiente virtual para treinamento de idosos para evitar golpes pela Internet. **Revista Espacios**, Venezuela, v. 37/2016, n. 9, p. 13-18, jan. 2016.



OS EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NAS RELAÇÕES PRIVADAS: DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E O INSTITUTO DO PAGAMENTO

Nívea Beatriz Cubilla do Amaral

Graduada pelo Centro Universitário
La Salle do Rio de Janeiro
(Unilasalle). Advogada.

Resumo – Este trabalho analisa as transformações no Direito das Obrigações impulsionadas pela constitucionalização e despatrimonialização do Direito Civil. Tradicionalmente, o direito das obrigações estava estritamente vinculado ao patrimônio, focando principalmente na satisfação monetária das prestações. No entanto, com as mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil, a compreensão das obrigações evoluiu para incorporar aspectos não patrimoniais, refletindo uma abordagem mais abrangente. O estudo explora como a despatrimonialização impacta a definição e execução das obrigações, destacando que a satisfação das obrigações não se limita mais ao teor pecuniário da prestação. Essas mudanças promovem uma relação mais cooperativa e flexível entre credor e devedor, alinhada com os princípios de dignidade e solidariedade. O trabalho conclui que essas alterações visam integrar melhor o Direito das Obrigações aos valores constitucionais contemporâneos, refletindo uma nova perspectiva no direito privado.

Palavras-chave – Direito civil constitucional. Despatrimonialização. Direito das Obrigações.

Sumário – Introdução. 1. A constitucionalização do direito civil. 2. A estrutura clássica da obrigação. 3. Despatrimonialização do direito obrigacional e o instituto do pagamento. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As revoluções sociais do início do século XX têm como traço predominante a busca por um Estado ativo, que atuasse nas relações privadas garantindo o bem-estar social. O constitucionalismo social nasce com as mudanças políticas, crise econômica e desigualdades sociais causadas pela Primeira Guerra Mundial.

O Estado deixa de ter a postura meramente abstencionista e passa a intervir nas relações particulares, momento no qual, nas relações privadas, surge o denominado dirigismo contratual: o Estado intervindo com o objetivo de equilibrar o individualismo contratual e limitando a autonomia da vontade das partes.

Assim, diferentemente do que ocorre no Estado Liberal, onde havia uma clara distinção entre as normas de direito público e as normas de direito privado, o Direito Civil não é mais visto como um ramo totalmente separado do direito público, havendo a necessidade de que suas normas se adequem aos interesses da coletividade.

Como solução para esse conflito nasce o Direito Civil Constitucional: movimento de releitura do Direito Civil a partir da Constituição, que deixa de ser um mero fundamento de validade das normas infraconstitucionais e passa a ser um vetor axiológico e um vetor hermenêutico de todo o sistema.

Quanto ao direito das obrigações, observa-se como consequência uma despatrimonialização. O Direito Civil, que sempre tutelou com exclusividade as situações jurídicas patrimoniais, com a Constituição Federal de 1988, especialmente em razão do princípio da dignidade humana, passa a tutelar as situações jurídicas existenciais e extrapatrimoniais.

Há uma superação do individualismo, de modo que os institutos do direito civil foram redefinidos a partir da dignidade humana, da igualdade material e solidariedade social. Dessa forma, o conceito de obrigação sofre alterações, deixando de ter apenas como elemento estrutural a pecuniaridade ou economicidade da prestação.

Dessa forma, sabendo que no direito obrigacional o pagamento consiste no cumprimento ou adimplemento da obrigação, é preciso desvincular esse instituto da ideia de dinheiro. Isso porque, à luz dos princípios fundamentais positivados na Constituição, os valores existenciais passam a receber mais atenção do que os valores patrimoniais, o que gera certas repercussões na prática que precisam ser discutidas.

O trabalho tem como objetivo esclarecer o que é a constitucionalização do direito civil, bem como os seus efeitos nas relações privadas. Busca-se verificar se é possível afirmar que há uma constitucionalização do direito civil que impacta diretamente garantia de eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das obrigações, fazendo preponderar os direitos sociais sobre o seu caráter patrimonial e individualista.

Com intuito de melhor expor o tema, o primeiro capítulo apresenta as características e elementos que constituem a constitucionalização do direito civil, demonstrando o que permite afirmar, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a existência de tal fenômeno jurídico e seu impacto direto nas relações particulares.

O segundo capítulo analisa o conteúdo da prestação obrigacional dentro da estrutura



clássica da obrigação, abordando seus principais elementos, em contraposição ao conceito moderno do instituto.

Por fim, cumpre ao terceiro capítulo expor os principais efeitos da constitucionalização para o direito privado, a forma pela qual a despatrimonialização do direito civil gera um novo conceito de obrigação, bem como qual repercussão sofre o instituto do pagamento diante dessa superação do patrimonialismo no direito privado.

É preciso analisar o contexto histórico e o atual contorno doutrinário e legislativo sobre o fenômeno da despatrimonialização do Direito Civil para a problemática apresentada ser enfrentada. Dessa forma, a metodologia a ser aplicada consiste em pesquisa bibliográfica ou de fontes secundárias, abrangendo materiais como livros, artigos publicados em revistas especializadas, textos publicados na internet, teses, dissertações. Para tanto, é utilizado para a pesquisa o método dedutivo, enquanto a abordagem do objeto será através da pesquisa qualitativa.

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Existe, atualmente, um processo de constitucionalização do direito brasileiro, o que significa dizer que o ordenamento jurídico passa por um processo de adequação à Constituição. Este movimento não é exclusivo do sistema jurídico brasileiro, sendo desenvolvido, em geral, nos Estados Democráticos de Direito do mundo ocidental contemporâneo. Para a exposição do tema, é preciso contextualizar o fenômeno estudado.¹

Nos séculos XVIII e XIX, as ideias nascidas durante a Revolução Francesa serviram como inspiração para a codificação brasileira de 1916. Nesse momento, havia na sociedade francesa uma divisão em classes sociais. Essas classes eram representadas pelos Estados Gerais, compostos pela nobreza e clero, e pelo chamado Terceiro Estado, formado por aqueles que não pertenciam às duas primeiras ordens, como trabalhadores urbanos, camponeses e a burguesia.²

Existia entre as ordens citadas uma hierarquia social, de modo que a nobreza e o clero eram as classes privilegiadas, possuindo diversas vantagens em detrimento das classes representadas pelo Terceiro Estado. Dessa forma, a revolução decorre principalmente dessa

¹ Fernandes, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 47.

² TEPEDINO, Gustavo. **Marchas e Contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil: a Interpretação do Direito Privado à Luz da Constituição da República**. (SYN)THESIS, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15, 2012.



divisão na estrutura social da França, na qual o poder e a riqueza pertenciam a nobreza e ao clero, enquanto à burguesia pertencia o dinheiro, porém sem status de poder.

Surgem, então, as ideias centrais da Revolução Francesa, pensada pela classe burguesa, integrante do Terceiro Estado: liberdade, igualdade e fraternidade. O ponto fundamental era as limitações estabelecidas pelo Estado Liberal ao poder soberano, com o objetivo de criar um mercado autorregulado sem quaisquer interferências do Estado. A burguesia tinha como objetivo acabar com os privilégios sociais, construindo uma sociedade livre de divisões, na qual os homens são considerados iguais perante a lei.

Nesta visão, sendo os homens livres e iguais, não haveria razão para o Estado intervir nas relações econômicas, possuindo o indivíduo plena capacidade para regular os seus próprios interesses. Essa igualdade estritamente formal das partes promete um equilíbrio entre os contratantes, de modo que as relações privadas eram regidas exclusivamente pela vontade das partes.

Logo, se pretendia estabelecer, através dos Códigos, um corpo de normas a fim de regular integralmente as relações privadas. O objetivo era garantir segurança jurídica à essas relações, dando estabilidade à realização do direito. Assim, diante da ideia de igualdade e liberdade entre os homens, as codificações foram criadas através de leis gerais e abstratas, tendo a propriedade como ponto central, deixando de lado a preocupação com os indivíduos como pessoas.³

O referido sistema jurídico assegurava liberdade e igualdade aos homens, porém sem estabelecer elementos necessários para um verdadeiro exercício de tais valores. Sem o reconhecimento de diferenças entre os indivíduos, bem como de peculiaridades nas relações existentes na sociedade, tal sistema gerava outro contexto de desigualdades e opressões, tendo como característica a dominação dos economicamente mais fortes em detrimento dos economicamente mais fracos.

Como consequência, não demora muito para que essas ideias liberais demonstrem seu lado injusto. Assim, era necessário que, para desfazer essas distorções, dentro das relações privadas fosse garantido às partes menos favorecidas instrumentos que funcionassem como forma de equiparação de condições em relação aos mais favorecidos, criando na sociedade uma igualdade material entre os homens.

O surgimento de uma política estatal intervencionista se torna inevitável diante de fatores

³ AMARAL, F. A descodificação do Direito Civil Brasileiro. **Direito e Justiça**, v. 13, n. 1, p. 136, 1999.



como a evolução social decorrente do processo de industrialização, os novos conflitos sociais entre o proletariado e a burguesia, a Primeira Guerra Mundial, entre outros. A concretização de tal política se deu através de leis que passaram a regular relações não previstas no Código Civil e, quanto às já disciplinadas pelo diploma, adaptando-as ao novo contexto social, tendo como perspectiva a diversidade entre os indivíduos e a consequente desigualdade na sociedade, deixando de lado a visão abstrata dos homens como seres livres e iguais.

É em razão desse movimento, com políticas estatais intervencionistas e a criação de leis especiais para tutelar relações específicas, que no decorrer do século XX passa a existir um processo no qual o Código Civil vai deixando de estar no centro das relações privadas. Matérias que anteriormente eram regidas de forma exclusiva pelo direito privado passam a ser abrangidas também pelo direito público. Além disso, o Código Civil passa a ter um papel subsidiário: regular matérias que não sejam já disciplinadas por leis específicas.⁴

No Brasil, em especial, observa-se que matérias como locação, relação de consumo, proteção ao idoso, entre outras, passam a ser reguladas por leis específicas, sendo complementadas pelo Código Civil quando insuficientes para a disciplina de determinados assuntos. Quanto ao direito do trabalho, a legislação específica é mais um exemplo dessa política, garantindo aos trabalhadores direitos fundamentais e reduzindo a integral submissão aos empregadores que antes existia.

Assim, é possível notar com essa descodificação que as leis específicas não possuem a mesma perspectiva sobre os contratantes – seja em qualquer espécie de relação privada – de forma abstrata, em restrita igualdade formal. Estas reconhecem as peculiaridades e as desigualdades do homem em detrimento da parte economicamente mais forte, tutelando, por exemplo, os direitos do trabalhador, do consumidor e do idoso, inseridos em relações particulares.

Com esse processo, deixa de existir a antiga evidente distinção entre as normas de direito público e as normas de direito privado. O Direito Civil passa a ser insuficiente para disciplinar todos os assuntos relacionados ao direito privado, ao mesmo tempo que deixa de ser considerado como ramo totalmente separado do direito público. Agora, é necessário que suas normas se adequem aos interesses da sociedade.

⁴ LEAL, F. Seis objeções ao direito civil constitucional. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, São Paulo, v. 9, n. 33, p. 123–164, 2015.

Nesse contexto, há não só o processo de descodificação e perda da centralidade do Código Civil, como também uma crescente relevância das Constituições nos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos do direito. As Constituições passam a incorporar normas e princípios a serem observados por todo o ordenamento jurídico, colocando a pessoa humana como centro da tutela jurisdicional.⁵

O que permite afirmar a existência desse fenômeno jurídico dentro do ordenamento jurídico brasileiro são as mudanças legislativas ocorridas nas últimas décadas. Como exemplo, pode-se citar o Código de Defesa do Consumidor, que tem por objetivo tutelar a parte mais fraca nas relações do consumo. Ou seja, a Lei 8.078/90 nasce com o papel de proteger o consumidor, prevendo instrumentos que assegurem o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, bem como a proteção de seus interesses econômicos. Surge também o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), dispondo sobre a proteção integral à criança e ao adolescente, prevendo a estes direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento, como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais, garantidos na Constituição e nas demais leis (ECA, art. 15)⁶.

Constata-se, então, o processo de constitucionalização do direito civil. Com a Constituição de 1988, a tutela jurisdicional dentro das relações privadas já não possui a mesma essência. Agora, o fundamento principal é a dignidade da pessoa humana, de modo que o individualismo começa a ser superado, introduzindo o ser humano como valor central. Assim, obedecendo a hierarquia das fontes e à unidade do ordenamento jurídico, o direito privado, como todos os outros ramos do direito, passa a observar obrigatoriamente os valores e princípios fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Dessa forma, em relação aos impactos dessa constitucionalização dentro das relações privadas, uma das consequências desse movimento é a despatrimonialização do direito civil, que com a superação do individualismo, deixa de tutelar o “ter” e passa a tutelar o “ser”. As relações patrimoniais deixam de ter justificativa e legitimidade em si mesmas e passam a funcionar em razão dos valores previstos pela Carta Constitucional⁷ - em especial, a dignidade da pessoa humana - trazendo uma perspectiva diversa pela qual as situações proprietárias passam a ser

⁵ *Ibid.*

⁶ BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Marchas e Contramarchas da Constitucionalização do Direito Civil:** a Interpretação do Direito Privado à Luz da Constituição da República. (SYN)THESIS, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 16, 2012.



analisadas.

Entretanto, a missão de adequar a legislação à sua legalidade constitucional é desafiadora, exigindo uma análise detalhada e contextualizada do caso concreto, e não apenas uma avaliação teórica e abstrata. O sistema civil atual é, de forma proposital, aberto e impreciso, de modo que não existem valores pré-definidos, mas sim uma adequação ao contexto jurídico.

Por essa razão, o direito civil-constitucional não se restringe à mera uniformização e interpretação do direito civil, mas transcende a simples leitura da legislação à luz dos princípios constitucionais. É imperioso, portanto, sustentar a aplicabilidade direta das normas constitucionais nas relações interindividuais, reconhecendo-as como parâmetros fundamentais na regulação das dinâmicas jurídicas entre os particulares.

2. A ESTRUTURA CLÁSSICA DA OBRIGAÇÃO

Em uma visão tradicional, a obrigação pode ser conceituada como a “relação jurídica pessoal por meio da qual uma parte (devedora) fica obrigada a cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação patrimonial em proveito da outra (credor)”.⁸

O conceito clássico de obrigação tem forte relação com a fase individualista do direito das obrigações. No contexto do liberalismo francês, o aspecto do instituto tinha como característica principal o individualismo "absoluto", consolidado pelo direito civil francês no Código de Napoleão. Dentro dessa visão individualista da obrigação, havia liberdade para as partes contratarem da maneira que melhor servisse aos seus interesses, sendo que, uma vez firmado o pacto, essa liberalidade se tornava lei entre as partes.

Sobre essa visão clássica, Caio Mário destaca:

O Direito moderno retoma a noção romana. Pothier reproduz a definição da *Institutas*, e o Código Napoleão, art. 1.101, nela se inspirou para definir o contrato. É de assinalar-se, entretanto, que se atribui à vontade plena força geradora do vínculo, ao mesmo tempo que se aceita, sem qualquer constrangimento, a impessoalidade da obrigação. Neste passo, é necessário frisar que uma distância muito grande se abre entre a concepção romana e a moderna, precisamente no que diz respeito a esta impessoalidade do vínculo.⁹

Em contraposição à visão moderna de obrigação - que consiste em um processo

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p. 15.

⁹ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997, p. 9.

intersubjetivo que envolve direitos e direitos de natureza patrimonial e extrapatrimonial nucleado na solidariedade constitucional – o conceito clássico tem como foco a proteção ao crédito, com uma ótica individualista e patrimonialista. Tendo em vista que o objeto do trabalho é a analisar os efeitos da constitucionalização no conceito de obrigação, é necessário analisar os elementos dentro da estrutura clássica do instituto.

Conforme ensina a doutrina, a relação obrigacional é composta por três elementos fundamentais¹⁰. O primeiro é o elemento subjetivo ou pessoal, que se refere aos sujeitos ativo (credor) e passivo (credor) da relação. O segundo é o elemento objetivo, que consiste na prestação obrigacional. Por fim, há o elemento imaterial, que se refere ao vínculo jurídico.

O sujeito ativo é o beneficiário da obrigação. É aquele que possui o direito de exigir o cumprimento da obrigação, sendo denominado credor. Este pode ser uma pessoa natural ou jurídica e, inclusive um ente despersonalizado a quem a prestação é devida. Já o sujeito passivo, devedor, é aquele a quem incumbe o dever de efetuar a prestação.

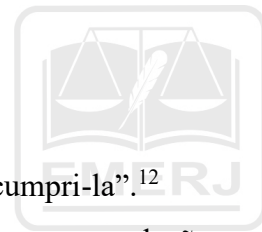
Em resumo, nas relações obrigacionais mais simplificadas, o sujeito passivo assume a obrigação de cumprir uma prestação patrimonial de dar, fazer ou não fazer, em benefício do sujeito ativo. Existem, ainda, relações obrigacionais mais complexas, nas quais as partes podem se tornar, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra. É o exemplo do contrato de compra e venda, no qual o vendedor é credor do preço e devedor do objeto, enquanto o comprador é credor do objeto e devedor do preço.¹¹

Como já exposto acima, o elemento objetivo é o próprio conteúdo da obrigação. A obrigação tem como objeto imediato a prestação. Quando a obrigação tiver como conteúdo a entrega de coisa certa ou incerta (obrigação de dar) ou o dever de cumprir determinada tarefa (obrigação de fazer), será chamada de obrigação positiva. Já quando o conteúdo for uma conduta de não agir, de se abster de alguma ação (obrigação de não fazer), configura-se uma obrigação negativa.

Conforme ensina Orlando Gomes, é necessário esclarecer que o objeto da obrigação não se confunde com o conteúdo da obrigação. O objeto da obrigação consiste na atividade do próprio devedor (prestação de dar, fazer ou não fazer). Por outro lado, o conteúdo da obrigação se refere

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Obrigações**. v. 2, 24. Ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 20.

¹¹ *Ibid.*



ao “poder do credor de exigir a prestação e a necessidade jurídica do devedor de cumpri-la”.¹²

Quanto ao elemento imaterial, este se trata do vínculo jurídico existente na relação obrigacional que une o credor ao devedor. Este vínculo é o que constitui o liame legal entre as partes, uma vez que sujeita o devedor a determinada prestação em favor do credor. Frisa-se que o elemento imaterial não se confunde com a fonte da obrigação, que é o fato jurídico do qual decorre a relação obrigacional. Por exemplo, o contrato de compra e venda é um fato jurídico que gera o vínculo obrigacional entre o credor e o devedor. Assim, sendo a causa do vínculo obrigacional, o fato jurídico não integra o elemento imaterial, uma vez que é anterior a relação jurídica.

Uma vez apresentados os elementos da relação obrigacional, é fundamental esclarecer sobre algumas características clássicas que permitem a sua compreensão de forma adequada. A primeira característica é determinabilidade dos sujeitos da relação. Nas relações obrigacionais, o credor e o devedor são identificados desde o início, já se estabelecendo a quem incumbe a prestação.

Outra característica essencial é o caráter patrimonial da prestação. Ou seja, haverá sempre um caráter patrimonial na prestação realizada pelo devedor em favor do credor. Isso quer dizer que, sendo uma obrigação de dar coisa, fazer ou não fazer, a conduta será sempre economicamente avaliável.¹³

Por fim, o vínculo obrigacional se caracteriza também por seu caráter transitório. Ou seja, uma vez que o credor e o devedor se obrigam a determinado comportamento, havendo a realização da prestação e a consequente satisfação do interesse do credor, fica extinta a obrigação, o que demonstra a transitoriedade da relação obrigacional.¹⁴

Dessa forma, na relação obrigacional existe uma polaridade de interesses de credor e devedor. Existem, então, dois aspectos distintos no vínculo obrigacional: ao mesmo tempo que há um dever jurídico de realizar a prestação imposto ao devedor, do outro lado existe o direito subjetivo do credor de obter a satisfação do seu interesse.

Nos ensinamentos de Paulo Lobo:

Ao direito corresponde o dever, que tem por objeto a prestação. Quando o direito pode ser exercido, tem-se a pretensão do credor, a que corresponde a obrigação do devedor (no sentido

¹² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 14.

¹³ MIRAGEM, Bruno. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 24.

¹⁴ *Ibid.*

estrito e preciso do termo) de fazer, de não fazer ou de dar. As obrigações de dar compreendem as obrigações de entregar ou restituir posse, propriedade ou outro direito.¹⁵

O descumprimento da prestação assumida pelas partes gera consequências já compreendidas no conceito de obrigação. O desrespeito a obrigação assumida tem como resultado a responsabilidade. Assim, a parte que deixar de realizar o comportamento a que lhe incumbe responderá pela violação do seu dever jurídico.

Dentro da concepção clássica de obrigação, a responsabilidade pela culpa do devedor se resume no descumprimento da prestação, seja por dolo, por negligência ou por imprudência. Essa noção de responsabilidade é cogitada desde o direito romano. Entretanto, em uma concepção moderna de obrigação, passam a existir outros elementos que fundamentam a possibilidade de se responsabilizar o devedor, tendo como resultado uma nova noção de responsabilidade civil, bem como das relações obrigacionais.

Sobre o assunto, cabe trazer as palavras do autor Bruno Miragem:

Modernamente, a dialética entre credor e devedor resolve-se não só pelo dever de reparar os danos que decorrem do descumprimento da obrigação, senão também do interesse legítimo que se reconhece a que se constranja o devedor a cumprir, ou o credor a receber, conforme o caso. Isso coloca em destaque o dever de cooperação das partes: a relação entre credor e devedor não é de disputa, mas de cooperação para a consecução de uma finalidade comum, o cumprimento de tudo o quanto seja objeto da obrigação. Equilibra-se o sistema jurídico entre a segurança e a estabilidade do direito – e o necessário dinamismo, que atenda a sua utilidade social – e a proteção das relações de equivalência, em especial para repelir a obtenção de vantagens desproporcionais e a onerosidade excessiva. É, nesses termos, que a relação obrigacional se realiza na vida contemporânea, realidade esta que deve ser sempre tida em conta no exame, especialmente, das situações em que os interesses imediatos de credor e devedor, porventura, divergirem.¹⁶

Pelos elementos e características da obrigação expostos neste capítulo, é possível perceber não só a essência patrimonialista da obrigação em sua concepção clássica, mas também um conceito estático. É um vínculo jurídico no qual existe uma sujeição do devedor à prestação, e o consequente poder do credor de exigí-la.

Contudo, será analisado no terceiro capítulo que com a despatrimonialização do direito obrigacional essa visão não se sustenta. A obrigação deixa de ter um conceito estático e um caráter individualista. A obrigação passa a ser um processo intersubjetivo que envolve não só direitos patrimoniais, mas como direitos de natureza extrapatrimonial, no qual o credor pode exigir o cumprimento da prestação a partir da cooperação do devedor.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil – Obrigações**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024, v.2, p. 10.

¹⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito das Obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 23.



3. DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO OBRIGACIONAL E O INSTITUTO DO PAGAMENTO

Conforme analisado no segundo capítulo, dentro da visão tradicional a obrigação está intimamente ligada à dimensão patrimonial. Essa doutrina tem origens históricas no direito romano, no qual não era possível reconhecer a existência de uma obrigação de natureza não patrimonial, uma vez que toda condenação judicial pelo inadimplemento de obrigações consistia em pagamento em dinheiro.¹⁷

No entanto, em uma perspectiva moderna do direito civil, são protegidos também os interesses extrapatrimoniais, como direitos pessoais e morais. Quando esses direitos são violados, o sistema judicial garante que a pessoa afetada receba uma compensação financeira, decidida por um juiz. Importante esclarecer, porém, que esse dever de indenizar resultante da violação é uma obrigação legal independente, baseada no ato ilícito que causou o dano. Assim, essa obrigação autônoma, que pode ser avaliada em termos econômicos, não altera a natureza extrapatrimonial do dever original que foi violado.¹⁸

Dessa forma, quanto à reparação pela violação do dever jurídico, persiste a ideia de que sempre haverá um caráter patrimonial. Como já estudado no presente trabalho, essa essência patrimonialista no direito das obrigações possui origens históricas atreladas à filosofia liberal, individualista e patrimonialista difundida pelas codificações europeias dos séculos XVIII e XIX.¹⁹

O direito obrigacional possui uma divisão precisa, sendo a obrigação analisada em conceito, elementos estruturais e função de uma forma que se distancia de questões existenciais, evitando uma confusão entre o “ter” e o “ser” e garantindo que as obrigações sejam entendidas e aplicadas de forma objetiva e concreta, sem a influência de aspectos subjetivos. Tepedino explica que “nessa perspectiva axiológica fundamenta-se a preservação do requisito da patrimonialidade das prestações nas relações obrigacionais.”²⁰

¹⁷ NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 41.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil**: obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 12.

¹⁹ *Ibid.*, p. 13

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil**: obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro:

Entretanto, o direito civil contemporâneo vem mitigando a ideia de que apenas as prestações de caráter patrimonial podem ser exigidas, prevendo, por exemplo, obrigações de dar e de fazer como forma de atender a interesses existenciais. Esse movimento surge a partir do momento em que as Constituições modernas passam a desempenhar uma função de proteger valores relacionados à personalidade.²¹

Com a constitucionalização do direito civil, o direito obrigacional deixa de ser analisado como um fim em si mesmo, assumindo um papel voltado para a promoção da dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o direito civil contemporâneo passa a valorizar as situações existenciais, assegurando que estas não estejam sujeitas à livre negociação entre as partes, ao contrário dos bens patrimoniais, que não recebem a mesma proteção.

Assim, discute-se uma despatrimonialização das obrigações, fenômeno no qual as relações obrigacionais deixam de estar vinculada exclusivamente ao patrimônio e passam a ser examinadas sob uma perspectiva diferente, enfocando aspectos diversos. Esse movimento tem como base o entendimento de que antes de tutelar o “ter”, é preciso tutelar o “ser”. É a ideia de que as situações patrimoniais devem estar funcionalizadas à realização da pessoa humana.

Pietro Perlingieri explica que essa perspectiva está relacionada com a avaliação qualitativa do contexto econômico com a necessidade de encontrar uma forma adequada de proteger o indivíduo, “não a ‘humilhar’ a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa”.²²

Quanto a obrigação propriamente dita, nota-se como efeito da constitucionalização e da despatrimonialização um novo conceito do instituto. Como visto no segundo capítulo do trabalho, a obrigação, sob sua visão clássica, é analisada a partir de seus elementos subjetivo, objetivo e formal, sendo conceituada como “relação jurídica pessoal por meio da qual uma parte (devedora) fica obrigada a cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação patrimonial em proveito da outra (credor)”.²³

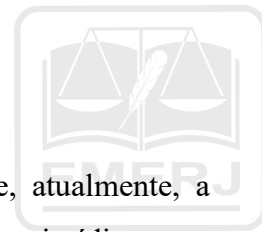
Ou seja, a relação obrigacional possui uma estrutura na qual a pretensão do credor, titular do direito subjetivo de crédito, se contrapõe ao dever atribuído ao devedor. Entretanto, o

Forense, 2023, p. 14.

²¹ *Ibid.*, p. 13

²² P. PERLINGIERI, **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**, trad. Maria Cristina de Cicco, 3. ed., rio de Janeiro: renovar, 1997, p. 33.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p. 15.



atual entendimento da obrigação não reconhece essa perspectiva. Isso porque, atualmente, a obrigação possui uma compreensão na qual se reconhece a existência de interesse jurídicos que envolvem diversas situações jurídicas subjetivas, inter-relacionadas e voltadas para a realização da obrigação.

Nesse sentido, ensina Tepedino:

Compreende-se a obrigação, portanto, como conjunto de momentos sucessivos, interligados em unidade ontológica, estrutura verdadeiramente orgânica, repleta de relações recíprocas de instrumentalidade ou interdependência. A concepção estática da obrigação dá lugar à relação obrigacional como procedimento em que as partes devem colaborar para o cumprimento da obrigação.²⁴

A obrigação deixa de ser vista como um vínculo jurídico estático e passa a ser reconhecido como um processo, ou seja, um conjunto de atos em que as partes envolvidas buscam um objetivo comum. Ou seja, obrigação é um processo intersubjetivo que envolve direitos de natureza patrimonial e extrapatrimonial nucleado na solidariedade constitucional, em que o credor pode exigir o cumprimento da prestação a partir da cooperação do devedor.

Assim, surge um novo conceito de obrigação que se contrapõe à definição clássica, a qual era caracterizada por um enfoque individualista e pela proteção ao crédito. A relação obrigacional não se resume mais à mera possibilidade de o credor exigir o cumprimento da obrigação; é essencial considerar o conjunto de atos que visam alcançar um objetivo comum (adimplemento da obrigação) em caráter progressivo.

Dentro dessa concepção, a relação entre credor e devedor não se limita apenas à obrigação de reparar os danos resultantes do inadimplemento. Também envolve o interesse legítimo de assegurar que o devedor cumpra sua obrigação ou que o credor receba o que lhe é devido, conforme o contexto. Tal ideia demonstra a importância do dever de cooperação das partes. A relação entre credor e devedor não deve ser vista como um conflito, mas como uma parceria voltada para a realização do objetivo compartilhado, que é o cumprimento integral da obrigação.²⁵

O sistema jurídico busca equilibrar a estabilidade e a segurança do direito com a necessidade de adaptação às mudanças sociais. Além disso, procura assegurar que as relações obrigacionais preservem a justiça e evitem vantagens desproporcionais ou encargos excessivos.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil: obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 33.

²⁵ MIRAGEM, Bruno. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 23

Esse equilíbrio é crucial na prática das obrigações, especialmente em situações onde os interesses imediatos de credor e devedor podem estar em desacordo.²⁶

No âmbito das obrigações, o instituto do pagamento é que sofre consequências relevantes com a despatrimonialização do direito. O pagamento, ou o adimplemento, ocorre quando o devedor satisfaz o direito do credor, extinguindo a obrigação. No entanto, é importante separar o conceito de pagamento do de dinheiro. Pagar implica em atender ao direito do credor, seja entregando algo, realizando uma ação ou abstendo-se de fazê-la. Não se limita apenas ao uso de dinheiro.

Sobre o tema, Clóvis Beviláqua posiciona-se da seguinte forma: “no primeiro sentido, o pagamento é o modo de cumprir as obrigações de dar, ou mais particularmente, de dar somas de dinheiro. No segundo, a satisfação do prometido ou devido em qualquer variedade de obrigação”.²⁷

Em outras palavras, despatrimonialização do direito civil traz uma perspectiva mais moderna e dinâmica da obrigação, que vai além da simples realização do pagamento. Em vez de limitar-se ao pagamento como o único meio de extinção, a visão contemporânea considera que a satisfação do interesse do credor pode ocorrer de diversas formas. Muitas vezes, métodos alternativos ao pagamento, que poderiam ser vistos como insatisfatórios pela doutrina tradicional, podem ser utilizados para cumprir a obrigação de maneira adequada.²⁸

A concepção de obrigação evolui para uma relação de cooperação, em vez de uma mera subordinação do devedor ao credor. Como observa a doutrina, a obrigação não deve ser vista apenas como um direito do credor, mas como um vínculo de cooperação que exige a consideração de deveres anexos, secundários ou implícitos, que derivam da cláusula geral de boa-fé objetiva (CC, art. 422)²⁹.

Esses deveres envolvem tanto o devedor quanto o credor, refletindo um compromisso mútuo para alcançar a finalidade concreta da obrigação, além do simples cumprimento estrutural da prestação³⁰. Nessa nova perspectiva, o pagamento não necessariamente extingue a obrigação:

²⁶ *Ibid.*

²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Campinas: RED Livros, 2000. p. 137.

²⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 23.

²⁹ 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/2002/10406compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

³⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito das obrigações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 23.



ele deve ser entendido como o cumprimento do dever principal, que pode, mas não sempre, levar à extinção da relação obrigacional.

Um fato que se demonstra essa nova compreensão da relação obrigacional é a inserção do dano moral na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, V e X)³¹. A partir do momento no qual a obrigação a ser vista também como uma relação baseada na cooperação e na boa-fé objetiva, o instituto não se limita mais ao mero cumprimento patrimonial. Isso significa que, além dos aspectos econômicos, as obrigações agora podem envolver dimensões morais e éticas.

A crescente valorização dos aspectos morais no direito é refletido em diversos institutos, como a revisão judicial dos contratos e o desfazimento de contratos devido à lesão. Conceitos como abuso de direito, lesão e enriquecimento ilícito estão previstos no Código Civil (artigos 157, 187, 884 a 886)³² e protegem tanto indivíduos quanto grupos, incluindo consumidores. A indenização por danos morais ganhou reconhecimento tanto na Constituição Federal (artigos 5º, incisos V e X)³³ quanto no Código Civil (artigo 186).

Esse movimento é impulsionado pelo princípio da dignidade humana e se alinha com o pensamento crítico do direito pós-moderno, que coloca a pessoa humana como o valor central. O princípio da socialidade e a perspectiva comunitária enfatizam que os contratos devem cumprir uma função social, conforme refletido no artigo 112 do Código Civil³⁴, que, agora focando mais na socialidade do que apenas na finalidade econômica da declaração de vontade, se distancia do antigo artigo 85 do Código Civil de 1916³⁵.

Tomando a lesão como exemplo, o instituto busca garantir que as partes em um contrato não sejam prejudicadas de forma desproporcional. A lesão assegura a equivalência das prestações para evitar que uma parte obtenha vantagem excessiva. Esse instituto também protege as partes economicamente mais vulneráveis, como os consumidores, conforme prevê o Código de Proteção

³¹ 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 de setembro de 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: 10 set. 2024.

³³ 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 de setembro de 2024.

³⁴ 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: 10 set. 2024.

³⁵ BRASIL. Código Civil. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

e Defesa do Consumidor³⁶. Mesmo quando resulta no desfazimento do contrato, a lesão preserva seu caráter extrapatrimonial.

Assim, no tocante a despatrimonialização das relações obrigacionais e o instituto do pagamento, é possível perceber as referidas mudanças como consequência da posituação de princípios fundamentais na Constituição, que priorizou a valores existenciais em detrimento dos valores patrimoniais, de modo a exigir uma adaptação das normas de direito privado a estes valores.

CONCLUSÃO

A análise do Direito Civil sob a perspectiva da despatrimonialização revela uma significativa transformação na compreensão das obrigações e do instituto do pagamento. Historicamente, o Direito das Obrigações estava intrinsecamente ligado a uma visão patrimonialista, que focava exclusivamente nas prestações econômicas e na satisfação de interesses materiais. Essa visão estava profundamente enraizada nas tradições do direito romano e nas codificações europeias dos séculos XVIII e XIX, refletindo uma filosofia liberal e individualista.

No entanto, com a evolução do direito civil e a incorporação de princípios constitucionais que valorizam a dignidade humana e os direitos fundamentais, nota-se uma mudança paradigmática. A constitucionalização do Direito Civil trouxe à tona uma nova compreensão das obrigações, reconhecendo a importância de interesses extrapatrimoniais e promovendo a proteção de direitos pessoais e morais. Esse movimento é um reflexo da crescente valorização de aspectos éticos e existenciais nas relações jurídicas, ampliando o escopo das obrigações para além do mero cumprimento patrimonial.

A despatrimonialização do direito civil tem implicações profundas para o instituto do pagamento. Tradicionalmente visto como a única forma de adimplemento da obrigação, o pagamento agora é compreendido como parte de um processo mais amplo de realização do dever jurídico. Essa perspectiva contemporânea permite que a satisfação das obrigações se dê de maneiras diversas, refletindo uma abordagem mais flexível e adaptativa, que considera não

³⁶ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 19 nov. 2024.



apenas o cumprimento econômico, mas também as dimensões morais e sociais envolvidas.

A adaptação das normas de direito privado a esses novos valores mostra-se crucial para assegurar que as relações obrigacionais respeitem a dignidade da pessoa humana e promovam um equilíbrio justo entre as partes envolvidas. Institutos como o da lesão, por exemplo, evidenciam como o direito busca garantir a igualdade e a proteção das partes vulneráveis, refletindo uma preocupação com a justiça social que vai além das meras considerações patrimoniais.

Em síntese, a despatrimonialização do direito civil e a constitucionalização das obrigações representam um avanço significativo na adaptação do direito às novas realidades sociais e éticas. Essas mudanças não apenas reconfiguram o entendimento das relações obrigacionais, mas também reafirmam o compromisso do sistema jurídico com a promoção dos direitos fundamentais e a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, Saul Emmanuel Ferreira. Breves considerações sobre o objeto da obrigação despatrimonializada a partir do paradigma da cooperação. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, v. 10, n. 2, p. 18–30, 2012.

AMARAL, F. A descodificação do direito civil brasileiro. **Direito e Justiça**, v. 13, n. 1, p. 129–148, 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.34632/direitoejustica.1999.11061>.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Campinas: RED Livros, 2000.

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: 10 set. 2024.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 10 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: 13 set. 2024.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. **A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação**. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 1–24, 2012.

LEAL, F. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 9, n. 33, p. 123–164, 2015.

MIRANDA FILHO, J. G. de. **Despatrimonialização à luz do direito das obrigações e sua repercussão quanto ao instituto pagamento**. *Virtuajus*, v. 7, n. 12, p. 76-94, 18 maio 2022.

MORAES, M. C. B. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 29, 2014.

NORONHA, Fernando. **Direitos das obrigações: fundamentos do direito das obrigações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PERLINGIERI, Pietro; DE CICCIO, Cristina. **Perfis do direito civil constitucional: introdução ao direito civil**. Renovar, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. **Marchas e contramarchas da constitucionalização do direito civil: a interpretação do direito privado à luz da Constituição da República**. SYNTHESIS, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 15–21, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7431>. Acesso em: 10 set. 2024.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson; LÔBO, Paulo Luiz Neto (Ed.). **Direito civil constitucional: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências: construção dialógica dos grupos de pesquisa da UFPR, da UERJ, da UFPE e da UNIFOR**. Conceito Editorial, 2014.



A RELEVÂNCIA JURÍDICA DO *CYBERBULLYING* SOFRIDO PELAS JOVENS TRANSCENDENDO O ÂMBITO DAS REDES SOCIAIS

Renata Fiore Rodrigues de Andrade Magalhães

Graduada pela Universidade Candido Mendes (UCAM)– Centro. Advogada.

Resumo – a Lei nº 14.811, que introduziu o art. 146-A do Código Penal brasileiro tipificando o Cyberbullying foi publicada em dia 15 de janeiro de 2024, sendo uma importante alteração no contexto criminal quanto ao referido delito, motivado pelo comportamento humano nocivo contra às vítimas. Pelo fato dessas jovens estarem mais em evidência na internet, se expondo mais, são alvo fácil para os ataques virtuais. Nesse sentido, apesar de existir a tipificação, ainda existe a dificuldade de se punir os autores do crime cibernético, por se apoiarem no anonimato do ambiente virtual. Existe a necessidade de efetivamente se promover a punição dos autores do crime, para que a lei seja efetivamente aplicada de forma adequada em consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave – Direito Penal. Cyberbullying. Jovens. Tipificação. Anonimato.

Sumário – Introdução. 1. O impacto da violência praticada no ambiente virtual e suas repercussões na vida, na saúde física e psicológica das jovens agredidas e as alterações comportamentais. 2. Os danos causados pelo anonimato, apesar da tipificação penal do cyberbullying. 3. Os impactos jurídicos que o fenômeno do chamado cancelamento virtual podem gerar em quem foi assediada virtualmente. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a relevância jurídica da violência que as jovens sofrem com o comportamento criminoso dos agentes que são praticantes do cyberbullying, transcendendo o ambiente virtual e impactando na vida real das adolescentes de forma cruel.

As redes sociais são palco de inúmeras agressões e exposições da integridade moral e consequentemente física, devido à violência sofrida. Por se tratar de uma geração que está sempre conectada à internet, interage com muitas pessoas ao mesmo tempo e de diversos lugares. Por isso, são mais vulneráveis e facilmente importunadas com humilhações, ameaças, ficando expostas de maneira intensa, devido ao compartilhamento em massa das mensagens instantâneas. E esse tipo de dano causado pelo cyberbullying muitas vezes se torna irreversível.

A tipificação no diploma penal dos crimes cibernéticos, que já se fazia necessário há tempos, devido a informatização da sociedade contemporânea, veio trazer uma forma de se garantir tal punição. A intimidação das jovens menores de idade, que acabam por se submeterem à vontade das maldades que lhes são impostas, no âmbito das redes sociais. Os

agressores acreditam que estão amparados pelo anonimato, com a utilização de perfis falsos modificados constantemente, em relação à autoria do crime.

Diante do crescente contexto da violência virtual, foi sancionada a Lei nº 14.811, em 2024, que incluiu o crime de *cyberbullying* no Código Penal brasileiro, prevendo a punição da conduta típica praticada por meio das redes sociais, ao violar os direitos dos usuários da internet e com isso protegendo às jovens, que estão entre a maioria das vítimas.

A pesquisadora sem a pretensão de esgotar o tema, mas especificamente destacando-se a abordagem do artigo, quanto ao capítulo um, inicia-se discutindo como o impacto da violência praticada no ambiente virtual e suas repercussões na vida, na saúde física e psicológica das jovens agredidas, e as consequentes alterações de comportamento refletidas na vida social. A proposta é defender que o *cyberbullying* consegue ultrapassar as barreiras virtuais afetando a honra dessas jovens, que por se sentirem ofendidas e invadidas em sua intimidade e privacidade são levadas ao isolamento social, sofrendo vários transtornos e culminando com o suicídio, denotando uma implicação jurídica aos criminosos que serão punidos pelo crime digital praticados e suas consequências nas quais tenham nexos causal.

Segue-se demonstrando, no capítulo dois, que por outro lado, apesar de já existir a tipificação do *cyberbullying*, além da lei geral de proteção de dados, do Marco Civil da internet, ainda sim, é muito difícil se desmascarar os criminosos. Só por meio de ordem judicial é que os provedores das redes sociais retiram o conteúdo ofensivo feito por aqueles que se apoiam no anonimato utilizando perfis falsos, para cometerem o ilícito digital, mas não fornecem a identidade dos que se apoiam no ambiente virtual, fazendo com que mais vítimas sejam assediadas moralmente.

O capítulo três busca estabelecer como os impactos jurídicos que o fenômeno do chamado cancelamento virtual pode gerar em quem foi assediada virtualmente. Tal fenômeno é contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive impedindo que as jovens tenham capacidade para se relacionarem devido às sequelas psicológicas sofridas, punindo mais uma vez as vítimas, que acabam abusando das substâncias psicotrópicas, devido ao linchamento virtual que estão vivendo no contexto das redes sociais.

Desenvolve-se a presente pesquisa quanto à abordagem pelo método qualitativo, tendo como objeto de estudo descrições e análises não numéricas relativo ao comportamento humano com o cometimento do crime de *cyberbullying* em relação às jovens por sua condição de gênero, transcendendo o ambiente das redes sociais e as suas implicações jurídicas aos agressores.



Na busca do conhecimento jurídico-científico, por meio de uma sistematização que contribua para o desenvolvimento e aprimoramento do pensamento da comunidade científica com a elaboração da tese a ser defendida. Para sustentar a sua opinião, o objeto deste artigo jurídico será delimitado por meio de uma abordagem com a utilização da bibliografia relativa ao tema, discutindo, analisando e interpretando a legislação, doutrina e jurisprudência pertinentes e dos sítios eletrônicos em que são o ambiente da prática do crime em discussão.

1.O IMPACTO DA VIOLÊNCIA PRATICADA NO AMBIENTE VIRTUAL E SUAS REPERCUSSÕES NA VIDA, NA SAÚDE FÍSICA E PSICOLÓGICA DAS JOVENS AGREDIDAS E AS ALTERAÇÕES COMPORTAMENTAIS

O ambiente virtual se torna bastante propício às agressões contra jovens, que pela pouca maturidade emocional e até mesmo etária, pois não sabem lidar com esse tipo de violência. Por ser uma agressão virtual, fica mais difícil a comprovação da autoria relativa a conduta delituosa, mas que ainda sim repercute bruscamente na vida das vítimas.

O *cyberbullying* consiste, em suma, na utilização do espaço cibernético para intimidar e hostilizar uma pessoa de modo continuado. “[...] O *cyberbullying* seria mera versão atualizada do *bullying* tradicional e consistiria em algo inevitável na realidade informatizada em que vivemos. [...] O *cyberbullying*, na verdade, leva o *bullying* a outro patamar de violência psicossocial”.¹

O dano causado pelo *cyberbullying* é sentido tanto na saúde física quanto na psicológica, gerando com isso alterações de comportamento que são espelhadas na vida social das vítimas que se tornam cada vez mais sem propósito.

No contexto legal, sabe-se que a impunidade pode ser um aliado dos agressores, pois se torna muitas vezes difícil se comprovar a autoria do delito. "Apesar da sensação de segurança em que o agressor acredita estar, ele está cometendo crime e pode ser punido”.²

Ultrapassa as barreiras das telas das redes sociais, nas quais o crime é, pois ofende a honra das jovens, fazendo com que busquem cada vez mais o isolamento social, padecem de vários transtornos, que podem até mesmo levar ao suicídio.

¹JUSBRASIL. *Cyberbullying*: Responsabilidade civil e efeitos na família. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/cyberbullying-responsabilidade-civil-e-efeitos-na-familia/639767121>. Acesso em: 15 ago. 2024.

²UOL. Brasil escola. *Sociologia/cyberbullying*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm>. Acesso em: 15 ago. 2024.

Denote-se, com isso, que é imputando a prática de uma conduta delitiva dos criminosos, que precisam ser punidos pelo crime digital cometido, para que as jovens que se tornam reféns virtuais possam ter liberadas as suas vidas das amarras digitais a elas imputadas, quando na verdade são vítimas dos crimes que os inescrupulosos praticam sem medir as consequências.

Não se trata de uma brincadeira, mas sim de um comportamento criminoso que gera profunda repercussão na vida privada dessas jovens que estão cada vez mais solitárias. A falta de empatia é sem limites, já que se trata de pessoas com o emocional em formação e mais suscetíveis a se prejudicarem pelas falas e atitudes alheias, pois devido à exposição pessoal ser enorme a um grande número de pessoas, mas que impactam negativamente em seu cotidiano.

Segundo apresidente do Departamento Científico de Prevenção e Enfrentamento das Causas Externas na Infância e Adolescência da Sociedade Brasileira de Pediatria, a especialista Luci Pfeiffer, em entrevista a repórter Alana Gandra, em 2023, explica que:

Atualmente, as mídias e redes sociais não só estimulam a autoagressão, como colocam padrões de normalidade de pertencer a grupos com exigências, a partir de crianças de 7 a 8 anos, como bater na professora, fazer mais faltas no jogo de futebol. E essas exigências têm um contraponto de família e escola, que leva a criança ou adolescente a tentar a morte porque não suporta mais a dor de não ser importante para ninguém ou de não se sentir importante.³

Há a necessidade de se denunciar o *cyberbullying* para que os agressores sejam punidos, tendo a vítima que se dirigir à Delegacia de Polícia mais próxima para que seja feito o registro da ocorrência virtual, e para que as jovens agredidas sintam que não estão sozinhas nem abandonadas, neste momento de vulnerabilidade.

Por meio da intimidação sistemática virtual, que se caracteriza pelo termo em Inglês de *cyberbullying* é uma conduta que é realizada por meio eletrônico capaz de gerar danos a outrem, em sede de internet.

Tipificada como crime previsto no Código Penal brasileiro em seu artigo 146 – A⁴, a conduta da prática de *cyberbullying* foi alitrado pela Lei nº. 14.811/24⁵, deixando expreso

³AGÊNCIA BRASIL EBC. **Brasil registra 1000 suicídios de crianças e adolescentes por ano**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2023-09/brasil-registra-1000-suicidios-de-criancas-e-adolescentes-por-ano>. Acesso em: 14 ago. 2024.

⁴BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília. DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁵BRASIL: **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



que não se trata de brincadeira e sim de agressão e por isso, deve-se modificar o entendimento para que não sejam punidas as vítimas, que devido à grande exposição que sofrem, acabam por não se permitirem em ter uma vida comum, pelo constante medo que as assombra, devido à ridicularização que é gerada no ambiente virtual pelos seus agressores, através de constrangimentos psicossociais.

Compreender o impacto jurídico do *cyberbullying* nas vidas das vítimas, pois existe uma imensa exposição, online, que muitas vezes por serem jovens sem o discernimento completo da situação trazem danos emocionais graves como a depressão, isolamento social podendo levar ao suicídio, como desfecho fatal.

O entendimento das repercussões psicológicas do *cyberbullying*, especialmente durante o período de pandemia, assume um papel crítico na formulação de estratégias jurídicas eficazes para a prevenção e combate a essa forma de violência virtual. Essa compreensão profunda das implicações legais é fundamental para garantir a proteção dos direitos e o bem-estar das vítimas e para a responsabilização efetiva dos agressores.⁶

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014⁷ é denominada de Marco Civil da Internet, buscou preservar a inviolabilidade da privacidade dos usuários da internet. Além de explicitar como um dos fundamentos sobre o uso da internet no Brasil e o respeito aos direitos humanos.

O “problema da Internet” passou a ser identificado quando a tecnologia começou a interferir nas relações sociais pacíficas e controladas, assim como possibilitou algumas práticas socialmente desagradáveis e indesejadas, como sua utilização para a perpetração de delitos e criação de novos contatos que colocam em risco bens que ainda não tiveram sua relevância reconhecida pelo direito.⁸

A maneira de praticar a agressão de forma dissimulada muitas vezes se utilizando de características que são bastante semelhantes entre os agressores e as agredidas, pois são pessoas que utilizam maciçamente a internet, já que são usuários conectados à rede mundial

dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.

⁶MOISÉS, Bruno da Silva. Legislação e políticas para combater o *cyberbullying*. **REVISTA FT**. Disponível em: <https://revistaft.com.br/legislacao-e-politicas-para-combater-o-cyberbullying/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

⁷BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Institui o Marco da Internet. Brasília. DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Acesso em: 14 ago. 2024.

⁸FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital e sociedade da informação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 6.

de computadores por longos períodos do dia e inclusive adentrando às madrugadas em busca de companhia e diversão.

Em relação às vítimas de *cyberbullying*, estas detêm o direito de buscar reparação pelos danos morais e materiais ocasionados, por meio do ajuizamento de ações judiciais de responsabilidade civil. Os agressores podem ser judicialmente compelidos a indenizar as vítimas, abrangendo os prejuízos de natureza emocional, psicológica e, em certos casos, até mesmo financeira, que resultem das ações de *cyberbullying*.⁹

A preocupação do legislador brasileiro com a criança, adolescente e o jovem está presente no art. 227 da Constituição da República de 1988¹⁰, dispositivo incorporado pela Emenda Constitucional (EC) nº. 65 de 2010, ao estabelecer a previsão de políticas públicas acessíveis a estas categorias de pessoa.¹¹

A situação já se tornou insustentável que não só os pais ou responsáveis precisam ficar muito atentos aos sinais, de que as jovens que são vítimas desse tipo de violência virtual vem sofrendo, para que por meio das ferramentas específicas em combate a esse tipo de crime seja efetivamente banido das redes sociais e demais plataformas digitais, por denúncia dessas práticas para que seja respeitada a individualidade e principalmente a saúde dessas vítimas que não têm assegurado o direito à privacidade de suas vidas.

Há avedação expressa da intimidação sistemática por meio da rede mundial de computadores, visto que se pode tipificar tais ilícitos, sujeitando seus agressores a serem punidos pela prática de condutas típicas, cabendo ainda a reparação da responsabilidade civil.

No caso dos agressores serem crianças e adolescentes, é através da aplicação de medidas socioeducativas, para que sejam impedidos de realizarem atos infracionais análogos aos crimes de *cyberbullying*.

As vítimas são escolhidas pelos agressores, que praticam a conduta delituosa, geralmente são seus colegas de escola e faculdade, que até mesmo convivem juntos em algum ambiente, pois percebem que são mais tímidos e com um comportamento mais reservados emocionalmente, às vezes pela aparência física, que pela fragilidade de ter fugido a um padrão esperado de aparência, são ofendidos de forma injusta por seus agressores e colocados numa situação extremamente vexatória e humilhante.

⁹MOISÉS, Bruno da Silva. Legislação e políticas para combater o *cyberbullying*. **REVISTA FT**. Disponível em: <https://revistaft.com.br/legislacao-e-politicas-para-combater-o-cyberbullying/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

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 10 ago. 2024.

¹¹RIBEIRO, Neide Aparecida. **Cyberbullying – Prática e consequências da violência virtual na escola**. Salvador: Juspodivm. 2019. p. 35.



Conforme a explicação de Allan L. Beane:

De acordo com o os seguidores são aqueles que se juntam ao intimidador ou riem ou incentivam a agressão de outras maneiras. Os seguidores não são necessariamente amigos daqueles que praticam *bullying*. Eles podem seguir o intimidador simplesmente para não se tornarem vítimas. Espectadores são crianças que ignoram os maus-tratos ou que se mantêm afastadas e riem.¹²

É por meio do reconhecimento e aprimoramento das políticas públicas é que se irá verificar que o alcance e os significativos impactos negativos de quem praticar crimes cibernéticos, para demonstrar que existe punição efetiva, se coibindo tais condutas criminosas que ocorrem nas redes sociais, por meio da responsabilização da autoria dos criminosos, em um ambiente virtual mais seguro dentro da legalidade.

2. OS DANOS CAUSADOS PELO ANONIMATO, APESAR DA TIPIFICAÇÃO PENAL DO CYBERBULLYING

Apesar de estar positivado na legislação brasileira, inclusive no Código Penal¹³, ainda sim, é muito difícil se conseguir identificar a autoria dos agressores, que se escondem em perfis falso e gerando com isso, o anonimato.

Com a ocorrência do ilícito digital, para que não sejam descobertos, os criminosos agem no ambiente virtual, agredindo e assediando moralmente as vítimas, se utilizando de perfis que não condizem com a sua verdadeira identidade.

O Marco Civil da Internet, a Lei nº 12.965,¹⁴ foi sancionado em 2014 e regula os direitos e deveres dos internautas. Ele protege os dados pessoais e a privacidade dos usuários. Dessa forma, somente mediante ordem judicial pode haver quebra de dados e informações particulares existentes em sites ou redes sociais.¹⁵ A legislação em questão, estabelece de forma inequívoca a proteção do direito fundamental à privacidade. Ela proíbe terminantemente a coleta, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais dos usuários

¹²BEANE, Allan L. Proteja seu filho do *bullying* apud FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital e sociedade da informação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 82.

¹³BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília. DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹⁴BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Institui o Marco da Internet. Brasília. DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Acesso em: 14 ago. 2024.

¹⁵CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Crimes digitais o que são como denunciar e quais leis tipificam como crime**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/crimes-digitais-o-que-sao-como-denunciar-e-quais-leis-tipificam-como-crime/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

sem a obtenção de seu consentimento expresso, exceto nos casos em que tal procedimento se apresenta como necessário para fins legalmente reconhecidos.¹⁶

Em 14 de agosto de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.709¹⁷, que ficou conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD) dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.¹⁸

E em 2024, o Código Penal brasileiro¹⁹ foi alterado pela Lei nº 14.811, tendo sido criado o artigo 146-A, que imputa como crime o *bullying* e o *cyberbullying*. A referida lei instituiu medidas de proteção à criança e ao adolescente contra violência nos estabelecimentos educacionais e similares, faz a previsão da elaboração de uma Política Nacional de Prevenção e Combate ao Abuso e Exploração Sexual de Criança e Adolescente, com o claro propósito de proteção ao hipossuficiente, no caso é a criança e do adolescente. Para com isso, robustecer os princípios da proteção integral e absoluta prioridade, princípios norteadores para a tutela dos infantes.²⁰

A Intimidação sistemática virtualizou o *cyberbullying* apesar de estar tipificado no Código Penal brasileiro, ter uma pena de reclusão, de dois anos a quatro anos, e multa, se a conduta não constituir crime mais grave, continua a ser praticado como se não existisse nenhuma punição a ele cominada.

Apesar de existirem leis, essas não são capazes de garantir a punição dos agressores, que continuam a buscar no anonimato a possibilidade da impunidade.

Existe a necessidade urgente para que ocorra a extinção do anonimato na internet, pois proporciona um crescente aumento dos crimes em ambiente virtual, como o *cyberbullying*.

¹⁶MOISÉS, Bruno da Silva. Legislação e políticas para combater o *cyberbullying*. **REVISTA FT**. Disponível em: <https://revistaft.com.br/legislacao-e-politicas-para-combater-o-cyberbullying/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

¹⁷BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.

¹⁸BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília. DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.

¹⁹BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Brasília. DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

²⁰JUSBRASIL. **Breve análise sobre a lei 14.811 de 12 de janeiro de 2024**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/breve-analise-sobre-a-lei-14811-de-12-de-janeiro-de-2024/2144434619#:~:text=A%20Lei%2014.811%2F2024%2C%20faz,praticadas%20contra%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes>. Acesso em: 14 ago. 2024.



Parte dos usuários acredita estar blindado, protegido em atacar as jovens, inventando calúnias, fazendo difamações e até mesmo perseguindo os que são contrários ao seu ponto de vista.

De um lado, há quem entenda que o anonimato é um instrumento de preservação da privacidade e proteção para aqueles que desejam se manifestar com opiniões divergentes, mas por outro lado, a punição dos agressores fica escondida atrás das telas e dos perfis falsos, só aumentando a agressão sistêmica contra às vítimas, ou seja, o dano é muito maior e não se pode permitir que vidas sejam afetadas por querer encobrir os reais criminosos desse tipo de conduta.

Assim, é essencial que autoridades, legisladores, empresas e internautas trabalhem em conjunto para coibir comportamentos agressivos, construindo uma internet mais segura e inclusiva.²¹

A psicóloga Maria Tereza Maldonado em entrevista à Reportagem - Lara Haje, da Agência Câmara de Notícias, afirmou que o *cyberbullying* (intimidação sistemática praticada via internet) tem efeito muito mais devastador do que o *bullying* pessoal, por conta da proporção que os ataques podem tomar, alcançando uma plateia enorme. “A crença no anonimato potencializa a crueldade”, acrescentou, durante audiência pública da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos Crimes Cibernéticos.²²

Com o advento e popularização da internet inúmeros foram os benefícios, como a facilidade de acesso à informação, a comunicação instantânea e sem limites geográficos, a interação social entre os mais diversos grupos pessoais, entre outros. Com a globalização, os benefícios, a facilidade e a disseminação imediata de qualquer informação publicada via internet, bem como a ausência de controle prévio sobre tais publicações geram problemas que antes não eram conhecidos, tais como violação a direitos personalíssimos, propagação de notícias e informações falsas e, em especial, práticas ilícitas como o *cyberbullying*.²³

Na busca pela aplicação efetiva das leis, o anonimato online continua a representar um desafio significativo para que se possa proteger os usuários da internet contra o *cyberbullying*.

²¹FIA. **Anonimato na internet**. Disponível em: <https://fia.com.br/blog/anonimato-na-internet/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

²²CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. **Crença no anonimato da rede potencializa crueldade do bullying, diz psicóloga**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/482198-crenca-no-anonimato-da-rede-potencializa-crueldade-do-bullying-diz-psicologa>. Acesso em: 10 ago. 2024.

²³MIGALHAS. **Tipificação do cyberbullying na sociedade atual**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/400829/lei-14-811-24-e-da-tipificacao-do-cyberbullying-na-sociedade-atual>. Acesso em: 14 ago. 2024.

Embora o Marco Civil da Internet²⁴ e a Lei geral de proteção de dados - LGPD²⁵ possam vir a oferecer proteções, a dificuldade em identificar e responsabilizar os agressores se pautam no anonimato, reduzindo a eficácia dessas regulamentações.

Faz-se necessário, na busca de se ultrapassar esses desafios, que as legislações sejam constantemente revisadas e adaptadas, para se ter a capacidade de rastreamento e responsabilização online, garantindo assim uma proteção mais eficaz para às vítimas.

3.OS IMPACTOS JURÍDICOS QUE O FENÔMENO DO CHAMADO CANCELAMENTO VIRTUAL PODE GERAR EM QUEM FOI ASSEDIADA VIRTUALMENTE

Buscando-se estabelecer como os impactos jurídicos que o fenômeno do chamado cancelamento virtual pode gerar em quem foi assediada virtualmente, sendo completamente avesso ao que preceitua o princípio da dignidade da pessoa humana, para que os jovens possam se relacionar, diante de tamanhas dificuldades psicológicas sofridas, em que as vítimas, acabam por ter reações nocivas a sua própria saúde, até mesmo com o uso de substâncias psicotrópicas, levando à depressão, podendo até mesmo chegar ao suicídio, pois o linchamento virtual sofrido vai além das possibilidades de conseguirem entender e conviver, no contexto das redes sociais.

O cancelamento virtual é uma cultura que consiste em um movimento que estimula a exclusão de uma pessoa, marca ou empresa que tenha tido atitudes consideradas erradas, como se a internet fosse o Tribunal de Justiça com as suas leis próprias, com julgamentos próprios e prolatando sentenças sem competência para tal, já punindo o cancelado e tendo em seus usuários os seus juízes, mas que na verdade são algozes que criticam sem ao menos tentar entender o que aconteceu, pois acreditam que seja uma forma de justiça social.

A pessoa que se sente cancelada pode sofrer diversas reações, que oscilam em doenças psicossomáticas, depressão, crises de ansiedade, podendo até mesmo tentativas de suicídio. Acredita-se que a cultura do cancelamento tenha surgido com o movimento *#MeToo*,

²⁴BRASIL. **Lei nº12.965, de 23 de abril de 2014.** Institui o Marco da Internet. Brasília. DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Acesso em: 14 ago. 2024.

²⁵BRASIL. **Lei nº13.709 de 14 de agosto de 2018.** Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.



em 2017.²⁶ Nele, as vítimas de assédio ou abuso sexual em Hollywood começaram a denunciar os crimes sofridos pelas redes sociais, em especial no Twitter.

As consequências que o cancelamento traz para a vida das pessoas que são cancelados, sobretudo para a saúde mental das jovens que não têm condições de lidar com a agressão virtual.

Os piores impactos na vida dessas jovens que são canceladas são os danos psicológicos, crise existencial e o isolamento social, sendo uma consequência direta do cancelamento, que é forçado pelos canceladores além da própria pessoa cancelada, pois se recolhe em seu universo particular, com medo de estar em sociedade e vir a sofrer outras agressões.

Como as vítimas dessa situação de violência virtual são pessoas jovens, as injustiças que decorrem da cultura do cancelamento são cruéis, porque não se sentem capazes de lutarem contra os canceladores, pois quem é cancelado sofre por atos que não cometeu, mas que foi a vítima e não encontra possibilidade de se defender e poder contar a sua versão da situação, pois tamanha é a agressão.

É nas redes sociais que a cultura do cancelamento acontece na maioria das vezes nas redes sociais, com o intuito de alcançar muitas pessoas rapidamente e sem chance de defesa, porque uma vez que esteja compartilhado, postado, não tem retorno.

Faz-se necessário que essa cultura do cancelamento seja modificada para a de inclusão, pois as pessoas precisam de acolhimento e sendo uma mudança efetiva do comportamento de cada cidadão, para que não tenha essa repercussão nociva na vida de tantas pessoas.

O *bullying* e o *cyberbullying* tornaram-se um grave problema de saúde pública. Depressão, baixa autoestima e tentativas de suicídio são alguns exemplos de consequências dessas condutas, evidenciando a necessidade de ampliar o esclarecimento e a discussão sobre o tema, aponta o sociólogo e cientista político Antonio Lavareda, presidente do Conselho Científico do IPESPE.²⁷

²⁶PSITTO. **Cultura do cancelamento**. Disponível em: <https://www.psitto.com.br/blog/cultura-do-cancelamento/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

²⁷O ESPECIALISTA. **Bullying e cancelamento como intimidação digital afeta os brasileiros**. Disponível em: <https://oespecialista.com.br/bullying-e-cancelamento-como-intimidacao-digital-afeta-os-brasileiros/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

A internet é como se fosse um instrumento de ameaça às diversas liberdades democráticas, que estão exemplificativamente mencionadas num rol *numerus apertus*, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁸.

Os autores dos cibercrimes se respalda em acreditarem que estão garantidos num anonimato absoluto, dentro do ambiente digital.

O *cyberbullying* está tipificado como um crime digital, que tem como cerne à violação ao direito fundamental à honra, foi enquadrado em um tipo penal específico, devido à necessidade de tratamento diferenciado que os jovens possuem.

Como as pessoas estão figurativamente inseridas em um ciberespaço, como se a própria humanidade fosse uma extensão da sociedade só que na rede de computadores, num mundo virtual, e que é através da prática do crime de *cyberbullying* com o uso da tecnologia para assediar indivíduos online.

O *cyberbullying* é uma prática que afeta o ambiente das redes sociais da internet, mas que as suas consequências são estendidas à vida real. Muitas são as jovens que ficam doentes ou até mesmo ficam exaustas e perdem a própria vida devido a tanta agressão sofrida.

A humanidade vive um dos seus maiores paradoxos, enquanto temosa disposição recursos tecnológicos nunca antes imaginados, acessíveis a grande parte, quiçá a maioria, da população, enfrentamos uma mais séria ameaça de retrocesso cultural.

Diante de uma verdadeira epidemia de ignorância e ódio gratuito que se espalham a uma velocidade jamais vista e com um alcance inimaginável, principalmente por meio das "redes sociais" de teleinformática.²⁹

A grande constatação é que apesar da internet ser um mecanismo facilitador para aproximar, muitas vezes ela faz o papel contrário.

Não se pode mais ficar indiferentes ao *cyberbullying*, pois as consequências são danosas e não só para as vítimas, que são as que mais sofrem, mas para os agressores, que não encontram o seu papel de cidadão no mundo globalizado. É preciso que se encontrem maneiras capazes de lidar com esse tipo de crime.

²⁸BRASIL. [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 10 ago. 2024.

²⁹UOL. Brasil Escola. **Cyberbullying. Práticas e consequências da violência virtual na escola**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm#:~:text=Consequ%C3%Aancias%20do%20cyberbullying,-O%20cyberbullying%20pode&text=Assim%20como%20ocorre%20com%20o,ansiedade%20e%20s%C3%ADndrome%20do%20p%C3%A2nico>. Acesso em: 14 ago. 2024.



O fenômeno do cancelamento virtual pode gerar impactos jurídicos profundos e variados para as vítimas do *cyberbullying*, pois são os alvos do referido assédio online.

Cabe às vítimas a compensação pelos danos morais sofridos, inclusive quanto aos danos materiais, pois muitos se utilizam da internet como fonte de renda e subsistência, contra os seus agressores, pois são violadas a reputação, a privacidade, a paz e o bem-estar, sendo cabível também ações legais por calúnia e difamação, por terem seus direitos violados.

O cancelamento virtual representa um desafio jurídico, quando se busca a reparação dos danos sofridos, pois atrelado à agressão em si sofrida no ambiente virtual, as consequências vão além do universo virtual, pois afetam negativamente a reputação, a privacidade e o bem-estar das vítimas.

Os danos causados pelos agressores que se pautam no possível anonimato, dificulta em identificar e responsabilizar os agressores, que deixam um rastro de danos econômicos e emocionais nas vítimas.

Com orientação jurídica especializada, utilizando as leis que estão em constante adequação e flexibilização advinda dos entendimentos jurisprudenciais, adaptando caso a caso, deve-se buscar evoluir, fazendo com que se possa garantir a proteção efetiva contra os impactos do cancelamento virtual causa em quem foi vítima do *cyberbullying*.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, este artigo demonstrou como o *cyberbullying* pode ser bastante prejudicial à saúde e à vida das vítimas que se sentem impotentes frente ao anonimato que se apoiam os autores do crime, que ultrapassa os limites do ambiente virtual.

O *cyberbullying* é a maneira mais moderna de se sofrer assédio, pois utiliza as plataformas digitais para atacar, intimidar ou humilhar principalmente os jovens que estão mais conectados que os demais indivíduos.

Manifestado em ambientes virtuais como as redes sociais, os aplicativos de mensagens e fóruns online, locais onde o anonimato pode ser um potencializador e vir a amplificar o impacto dos ataques sofridos pelas vítimas.

Esse tipo de agressão pode assumir várias formas, desde a disseminação de informações falsas e ameaçadoras até a exclusão deliberada de grupos online.

Acreditando ser possível se esconder atrás de uma tela, mas ainda sim alcançando um grande público, em de forma quase que instantânea, fazem com que o *cyberbullying* seja uma ameaça particularmente insidiosa.

As agressões sofridas trazem consequências devastadoras para as vítimas como graves transtornos emocionais, muita ansiedade e até mesmo quadros de depressão, além do suicídio.

Precisa-se adotar uma abordagem multifacetada, que por meio de educação digital desempenha um papel vital, ensinando tanto crianças quanto adultos a conseguirem identificar comportamentos prejudiciais do universo virtual.

Por meio da implementação de políticas rigorosas contra os autores do *cyberbullying*, as plataformas digitais e as instituições de ensino devem proporcionar apoio as vítimas e sancionar os agressores, direcionando os seus perfis às autoridades competentes.

São métodos variados que incluem mensagens de ódio e chantagem até a criação de perfis falsos para espalhar notícias mentirosas ou provocar o dito cancelamento dos grupos online, sendo uma tática perigosa, visto que são ataques constantes, replicados para um grande número de vítimas de forma persistente.

Estar atento aos jovens, vítimas desse tipo de crime tipificado pelo Código Penal brasileiro é também papel dos pais e educadores, para que possam estar em segurança no ambiente virtual, respaldados pelas empresas de tecnologia, sendo a chave para combater o *cyberbullying* e garantir um espaço digital que valorize o respeito e a integridade dos usuários.

Demonstrou-se que a luta contra o *cyberbullying* demanda um grande esforço dos envolvidos em ajudar as vítimas, quer sejam pais, responsáveis, educadores, do legislador, das plataformas digitais e até mesmo a sociedade como um todo. Na busca por uma efetiva colaboração o espaço virtual será mais seguro, inclusivo, para que se possa interagir sem precisar correr o risco de sendo assediado e de ter medo das agressões advindas desse crime.

Na busca por um espaço respeitoso onde todos possam interagir sem correr risco à integridade física e mental para que a internet possa ser efetivamente uma ferramenta de crescimento, aprendizado e entretenimento para as pessoas.

A relevância da pesquisa é evidenciada em síntese naqueles direitos personalíssimos que aborda, como a dignidade da pessoa humana e a sua privacidade.

Foi possível perquirir como um comportamento no ambiente virtual consegue transcender o espaço da internet e gerar danos à pessoa que é vítima também no mundo real,



principalmente em relação às jovens que são as mais atingidas e são as pessoas que se sentem mais vulneráveis em todos os ambientes a que estão expostas.

Por tudo que se expôs, demonstrou-se no trabalho apresentado que o *cyberbullying* é muito nocivo, pois trata-se de um crime tipificado no diploma penal brasileiro e que apesar das políticas públicas de conscientização nas escolas e na sociedade em geral ainda se precisa evoluir muito no entendimento dos danos causados para que as pessoas estejam protegidas desse tipo de ataque

A partir dos apontamentos da doutrina e da jurisprudência, o pesquisador buscou evidenciar que o tema vai além do contexto do ambiente virtual e que se projeta na vida real das pessoas envolvidas, provocando relevantes discussões sobre o comportamento humano, que em suas condutas delitivas acredita estar acobertado pelo anonimato.

Conclui-se assim que esse tipo de assédio digital compromete não só a segurança, mas também o bem-estar das pessoas, além de desafiar leis e o ordenamento jurídico como um todo, levando a consequências muitas vezes irreversíveis, devido aos danos causados à saúde das vítimas que acreditavam estar seguras no ambiente virtual, atrás das telas de seus computadores e telefones celulares.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL EBC. **Brasil registra 1000 suicídios de crianças e adolescentes por ano.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2023-09/brasil-registra-1000-suicidios-de-criancas-e-adolescentes-por-ano>. Acesso em: 14 ago. 2024.

BEANE, Allan L. Proteja seu filho do *bullying*. **Crimes no meio ambiente digital e a sociedade da informação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 82.

CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. **Crença no anonimato da rede potencializa crueldade do *bullying*, diz psicóloga.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/482198-crenca-no-anonimato-da-rede-potencializa-crueldade-do-bullying-diz-psicologa>. Acesso em: 10 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 10 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília. DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Institui o Marco da Internet. Brasília. DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Acesso em: 14 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº13.709 de 14 de agosto de 2018.** Institui a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 14 ago. 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 a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), e a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm. Acesso em: 14 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Crimes digitais o que são como denunciar e quais leis tipificam como crime.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/crimes-digitais-o-que-sao-como-denunciar-e-quais-leis-tipificam-como-crime/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

FIA. **Anonimato na internet.** Disponível em: <https://fia.com.br/blog/anonimato-na-internet/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no meio ambiente digital e a sociedade da informação.** 2. ed.São Paulo: Saraiva, 2016.

JUSBRASIL. **Breve análise sobre a lei 14.811 de 12 de janeiro de 2024.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/breve-analise-sobre-a-lei-14811-de-12-de-janeiro-de-2024/2144434619#:~:text=A%20Lei%2014.811%2F2024%2C%20faz,praticadas%20contra%20crian%C3%A7as%20e%20adolescentes>. Acesso em: 14 ago. 2024.

JUSBRASIL. **Cyberbullying: Responsabilidade civil e efeitos na família.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/cyberbullying-responsabilidade-civil-e-efeitos-na-familia/639767121>. Acesso em: 15 ago. 2024.

MIGALHAS. **Tipificação do cyberbullying na sociedade atual.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/400829/lei-14-811-24-e-da-tipificacao-do-cyberbullying-na-sociedade-atual>. Acesso em: 14 ago. 2024.

MOISÉS, Bruno da Silva. Legislação e políticas para combater o *cyberbullying*. **REVISTA FT.** Disponível em: <https://revistaft.com.br/legislacao-e-politicas-para-combater-o-cyberbullying/>. Acesso em: 14 ago. 2024.



O ESPECIALISTA. ***Bullying* e cancelamento como intimidação digital afeta os brasileiros.** Disponível em: <https://oespecialista.com.br/bullying-e-cancelamento-como-intimidacao-digital-afeta-os-brasileiros/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

PSITTO. ***Cultura do cancelamento.*** Disponível em: <https://www.psitto.com.br/blog/cultura-do-cancelamento/>. Acesso em: 14 ago. 2024.

RIBEIRO, Neide Aparecida. ***Cyberbullying –Prática e consequências da violência virtual na escola.*** Bahia: Juspodivm. 2019.

UOL. Brasil Escola. ***Cyberbullying. Práticas e consequências da violência virtual na escola.*** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm#:~:text=Consequ%C3%AAscias%20do%20cyberbullying,-O%20cyberbullying%20pode&text=Assim%20como%20ocorre%20com%20o,ansiedade%20e%20s%C3%ADndrome%20do%20p%C3%A2nico>. Acesso em 14 ago. 2024.

UOL. Brasil Escola. ***Sociologia/cyberbullying.*** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm>. Acesso em: 15 ago. 2024.

ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Renata Luiza Fernandes Caldas

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo – este artigo aborda a problemática do assédio moral no âmbito da administração pública, com ênfase na ausência de legislação específica para coibir essa prática. A pesquisa se baseia em uma análise doutrinária e jurisprudencial, destacando as lacunas normativas e as consequências econômicas, sociais e psicológicas geradas pela falta de regulamentação adequada. Discutem-se, ainda, os impactos sobre a saúde dos trabalhadores e a degradação do ambiente de trabalho, bem como a responsabilidade civil do Estado e a necessidade de implementação de políticas públicas preventivas. Por fim, conclui-se que o enfrentamento eficaz do assédio moral no serviço público exige a criação de uma legislação específica e a promoção de uma cultura institucional voltada para a dignidade e o respeito no ambiente laboral.

Palavras – chave – Direito Administrativo. Direito Constitucional. CRFB art. 5º. Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Assédio moral.

Sumário – Introdução. 1. Da ausência de legislação específica para coibir a prática de Assédio moral na Administração Pública. 2. Repercussões econômicas e sociais do assédio moral no ambiente administrativo. 3. A responsabilidade civil do estado e a implementação de políticas públicas para evitar casos de assédio no âmbito da Administração Pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta a problemática enfrentada pelo serviço público face à questão do assédio moral dada a inexistência de legislação específica nos casos de assédio moral no ambiente laboral da administração pública.

Embora já existam medidas jurídicas e sociais para o tratamento desse assunto no serviço privado, ainda urge estudos e medidas para o controle no serviço público, visto que a incidência, já confere a existência de fatos extremamente danosos e muitas das vezes trágicos à sociedade.

A prática do assédio moral está presente em todos os ambientes laborais, no entanto, no ambiente de trabalho, pode perdurar ou não ser devidamente identificado, pelas próprias características do emprego público, como a estabilidade por exemplo.

Em contrapartida, graças ao desenvolvimento e foco das mídias sociais, o assunto tem recebido uma maior abordagem no âmbito mundial e invocado tanto o poder judiciário, como o legislativo na elaboração de projetos voltados ao tema.



A natureza do assédio moral pode ser de origem subjetiva exercida no âmbito burocrático do espaço administrativo com predisposições ou tendências, conferidas através de atitudes de abuso, indiferença, dominação, discriminação, humilhação pontual ou reiteradamente.

São consideradas ações sociojurídicas com objetivos de controle, isolamento e até eliminação do trabalhador.

O reconhecimento da prática pode ser sensível à situação das relações interpessoais e ainda pela insegurança causada pela própria posição hierárquica dos envolvidos. O tema já é abordado de maneira eficaz pela justiça no âmbito privado, contando com ordenamentos e enquadramento na legislação vigente.

No âmbito público ainda caminham projetos que pretendem representar e fazer constar a prática do assédio moral nos códigos e representações normativas. O assunto ainda necessita de ordenamento jurídico específico, no sentido punitivo e sanador. Conta apenas com medidas preventivas de caráter social e enquadramento em legislações de apoio.

Qualquer ambiente de trabalho deve ser norteado por políticas e regulamentos que primem pela ordem e bem-estar. A autoconfiança é fator relevante no papel do agente público, para que, no exercício de suas funções, a ética possa estar presente em suas referências e valores. Um trabalhador em constante constrangimento ou intimidação pode reagir de modo a desestabilizar todo um ambiente pessoal e coletivo.

O primeiro capítulo deste artigo trata da ausência de legislação específica nos casos de assédio moral na administração pública que além de medidas preventivas, contam em seu âmbito jurídico, apenas com abordagens e aplicações amplas e genéricas do Direito, mesmo diante de um considerável número de jurisprudências e aumento de incidências.

A seguir, no segundo capítulo, é trazida a análise do impacto causado pela demanda de atenção ao tema abordado, nos cenários políticos sociais, econômicos e individuais, e conforme preza a Constituição Federativa do Brasil, a necessidade do respeito à dignidade e valores da pessoa humana no âmbito geral e enquanto trabalhador no ambiente do setor público.

Por fim, no terceiro capítulo, apresenta-se a importância do papel do Estado não apenas na prevenção do assédio moral no ambiente do serviço público, mas em sua responsabilidade em criar e implementar meios eficazes a fim de organizar, dirigir e fiscalizar seus órgãos, além de proteger seus servidores.

No que se refere aos aspectos metodológicos, trata-se de pesquisa bibliográfica, uma vez que serão utilizadas jurisprudência, legislação e doutrina acerca do tema. Nesse sentido, a

abordagem da pesquisa jurídica será qualitativa e explicativa, tendo em vista que se busca uma compreensão profunda, contextualizada e holística de um fenômeno complexo, subjetivo e influenciado pelo contexto.

1. DA AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA COIBIR A PRÁTICA DE ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O assédio moral é uma prática constante em ambientes de trabalho tanto no setor privado como no público. Ele é uma espécie de violação dos direitos humanos com variados objetivos e tem como consequência perturbações e danos de ordem física e psicológica, comprometendo tanto a qualidade de vida como a produção laboral de seus acometidos.

Dentre os conceitos encontrados na doutrina, destacam os seguintes:

por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho;¹

Ester Freitas conceitua o assédio moral como uma conduta abusiva e intencional, produzida de forma frequente e repetida no ambiente de trabalho com o objetivo de diminuir, humilhar, vexar, constranger, desqualificar e demolir psiquicamente um indivíduo ou um grupo, degradando as suas condições de trabalho, atingindo a sua dignidade e colocando em risco a sua integridade pessoal e profissional.²

Não obstante a regulação dos ambientes de trabalho, seus participantes acabam por meio de atos e condutas impróprias ao coletivo, cometendo falhas graves nas relações interpessoais, gerando, de modo intencional, desordem na convivência e organização do ambiente corporativo.

Para Helena Candido, uma das características imprescindíveis para que se caracterize assédio moral é a intencionalidade que visa a neutralizar a vítima por meio do poder. A humilhação, o constrangimento, a perseguição, o rebaixamento, a degradação que ocorre necessariamente de forma recorrente, causando o comprometimento da integridade física e emocional do assediado, da falta de respeito, bem como a abusividade da conduta e,

¹HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. Tradução: Maria Helena Kühner. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2010, p. 65.

²FREITAS, Ester; HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. **Assédio moral no trabalho**. São Paulo: Cengage, 2008, p. 37.



indubitavelmente, o efeito psíquico-emocional, atingindo diretamente a autoestima da vítima que sofreu a prática do assédio, cujas consequências necessitam de uma atenção efetiva do legislador em relação ao caráter indelével dessa conduta totalmente reprovável.³

Um conceito de Assédio Moral no serviço público mais especificamente, foi este encontrado no Projeto de Lei nº 2.213/2024

que consiste em condutas repetitivas do agente público que excedendo os limites das suas funções por ação, omissão, gestos ou palavras, tenham por objetivo tenham por objetivo atingir a autoestima, a autodeterminação, a evolução na carreira ou a estabilidade emocional de outro agente público.⁴

Embora seja uma realidade muito comum, ainda não existe legislação nacional que regulamente esse tema de forma mais específica, o que se faz, é a utilização de legislação paralela para buscar inibir tal conduta.

Em termos normativos, a Constituição da República de 1988, dispõe em seu artigo 1º, inciso III, sobre a dignidade da pessoa com um de seus Princípios Fundamentais

O inciso X do artigo 5º, da mesma norma, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”⁵.

Pode-se observar que a Lei de Improbidade Administrativa Lei nº 8.429 de 1992 em seu artigo 11, lista em seus incisos as condutas que atentam contra os princípios da administração pública do dever de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, era de se esperar que entre estes estivesse uma conduta que atentasse contra a dignidade da pessoa humana, honra, ou qualquer outra forma de violência contra outro agente público ou cidadão no exercício de sua função.

No entanto, nem seus incisos já revogados, nem seu texto atual, tratou de atos voltados à prática do assédio moral, mas apenas do que fere ao princípio da administração, o que urge a inclusão do que tange à violação do princípio da moralidade⁶.

³CANDIDO, Helena. **Assédio moral acidente laboral**. São Paulo: LTr, 2011, p. 67.

⁴ MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº 2.213, de 2024**. Institui o Dia Estadual de Combate ao Assédio Moral e Sexual no Âmbito da Administração Pública Direta e Indireta. Belo Horizonte: Câmara Municipal, Superintendência de Comunicação Institucional, 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: 19 out.2023.

⁶ BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 12 jan. 2024.

No Regime Jurídico dos Servidores Públicos (Lei nº 8.112/90), há previsão de sanções contra aqueles que afrontam a moralidade administrativa em seu artigo 117 inciso XV, definido como uma atuação de forma desidiosa⁷.

No entanto, ao analisar a definição de desídia, conforme orienta a Revista do TCU 108, tem-se, a contraposição entre Desídia Administrativa e o Princípio da Eficiência no que tange a acepção trazida pelos dicionários da língua portuguesa, pois desídia tem o mesmo sentido que inércia, negligência, desleixo, decaso ou incúria. Para os autores, no Direito Público, a desídia administrativa é sinônimo de falta de planejamento ou de ausência de previsão para necessidades perfeitamente previsíveis⁸.

Diante disto, percebe-se o quanto indireta se apresenta a classificação da desídia como forma de inserção no que se refere à prática do assédio moral, pois o assédio moral é consubstanciado no abuso de poder contra o qual é dever do servidor representar, conforme dispõe o referido Regime Jurídico em seu artigo 116, inciso VI do, bem como seu inciso IV que autoriza o descumprimento de ordens manifestamente ilegais, sendo esse artigo encontrado no título de deveres do Servidor⁹.

Embora o abuso de poder possa estar entre as características do assédio moral, não se encontra uma inferência aos atos praticados nesta modalidade de conduta de forma direta.

O Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, em seu Capítulo I, faz referência aos primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele, que seriam: a dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais. O Código destaca a importância destes primados na medida que as atitudes do servidor reflete o exercício da vocação do próprio poder estatal, de maneira que seus atos, comportamentos e atitudes serão voltados para a preservação da honra e da tradição dos serviços públicos.

Nesse mesmo capítulo, o Código de Ética dispõe que o servidor público jamais desprezará o elemento ético de sua conduta, de forma que não deverá deidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno,

⁷ BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 dez. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 07 ago. 2024.

⁸ DOTTE, Marinês Restelatto. Contratação emergencial e desídia administrativa. **Revista do TCU**, Brasília, v. 108, p. 51-62, 2007. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/469/520>. Acesso em: 02 jan. 2024.

⁹ BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 dez. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 07 ago. 2024.



mas principalmente entre o honesto e o desonesto¹⁰, consoante as regras contidas no artigo 37, caput, e § 4º, da Constituição da República.¹¹

É certo que a conduta antiética é presente no assédio em sua essência, mas ainda assim, há que se referir ao ato em questão a que está relacionada tal conduta.

No campo da punição esse tipo de comportamento pode configurar crimes já previstos no Código Penal, como Perseguição e Violência Psicológica contra a mulher (artigo 147-A e B), Difamação (artigo 139), Injúria (artigo 140), Calúnia (artigo 138), Ameaça (artigo 147) e até mesmo os recentes crimes de Intimidação Sistemática (artigo 146-A)¹².

Nos tribunais de primeira e segunda instância já existe jurisprudência sobre o assunto, contudo essas lacunas ainda dificultam tanto a investigação, quanto a tipificação e adequada punição ao assédio moral no ambiente público que aqui é tratado como desprovido de legislação específica.

As consequências são investigações, inquéritos, processos judiciais que não são devidamente embasados e orientados de forma direta e eficaz, confortando os agentes jurídicos em seu trabalho e trazendo uma melhor resposta às partes que configuram o ambiente público e a sociedade em geral.

2. REPERCUSSÕES ECONÔMICAS E SOCIAIS DO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE ADMINISTRATIVO

Considerando a conduta do assédio moral como um fato social, suas consequências refletem em todo e qualquer ambiente de relação humana. Desde o equilíbrio emocional, convivência e áreas de desenvolvimento.

A saúde do trabalhador interage com o ambiente de trabalho em duas vias. O que ele traz de casa e com o que ele para casa retorna em questão emocional. Assim, como o ambiente privado ou familiar, o local de trabalho necessita de harmonia e solidariedade, bem como empatia e respeito.

¹⁰ BRASIL. **Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994**. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em 02 de ago. 2024.

¹¹BRASIL. 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 out.2023

¹²BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. Disponível em: DEL2848compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 2 set. 2024.

Ao agente afetado pela inferiorização ou quaisquer condutas que acometem seu psicológico de modo recorrente, dá-se início a degradação do ambiente laboral e por conseguinte o desequilíbrio das funções e da própria produção.

De acordo com o Desembargador Federal do Trabalho, Dr. Sérgio Pinto Martins, o assédio moral:

é uma conduta ilícita, de forma repetitiva, de natureza psicológica, causando ofensa à dignidade, à personalidade e à integridade do trabalhador. Causa humilhação e constrangimento ao trabalhador. Implica guerra de nervos contra o trabalhador, que é perseguido por alguém¹³.

Para o autor, esse tipo de violência se caracteriza pela presença dos seguintes elementos: conduta abusiva; ação repetida; postura ofensiva à pessoa; agressão psicológica; finalidade de exclusão do trabalhador e dano psíquico emocional.

Quando alguém pratica o assédio moral contra outra pessoa no ambiente de trabalho, aquele que está sendo assediado acaba pedindo demissão ou a mudança de setor por achar que está contribuindo para a situação, quando, na verdade, está sendo uma vítima de tal conduta praticada pelo assediador.

No caso da Administração pública, fica muito mais difícil a questão pois, no caso de cargos efetivos, o indivíduo passou, muitas das vezes, por anos de estudo para alcançar um cargo público e após realizar seu sonho, é obrigado a sustentar esse tipo de assédio para não lançar mão de um sonho profissional.

Já no caso de agentes públicos que estão em cargo de comissão, ou seja, cargos de livre nomeação e exoneração, muitas vezes se sentem numa posição privilegiada, por terem sido nomeados pela autoridade máxima do órgão, e, portanto, numa posição de superioridade e de impunibilidade o que pode fazer surgir a prática de assédio moral destes agentes em face dos servidores efetivos do órgão.

Existe a degradação do ambiente de trabalho, quando um trabalhador sofre o assédio moral, afetando diretamente seu desempenho e sua produção. Deste impacto vários setores são atingidos, pondo em risco toda uma engrenagem laboral, desequilibrando a cadeia corporativa e as expectativas no desenvolvimento econômico.

¹³MARTINS, Sérgio Pinto. Assédio moral. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, [s. l.], v. 13, p. 433-448, 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/263>. Acesso em: 2 ago. 2024.



Para Ana Maria Teresa Benevides Pereira, o assédio moral pode ainda ser considerado causador da síndrome de Burnout, podendo não ser o único fator gerador, mas aquele do qual desencadeia uma série de sintomas que propiciam o aparecimento da síndrome.¹⁴

Além disso, as perdas ocorridas no ambiente de trabalho, atingem, muitas vezes, os demais trabalhadores envolvidos indiretamente, com a queda da produtividade e da qualidade dos serviços e ainda, com a ocorrência de doenças profissionais e acidentes de trabalho, causando a rotatividade de trabalhadores e o aumento de ações judiciais pleiteando direitos trabalhistas e indenizações em razão dos assédios materiais e morais sofridos pela vítima, visto possuir responsabilidade objetiva atribuída por lei, independente de prova de sua culpa.

Uma vez comprovados o fato e o dano, cabe ao Estado indenizar a vítima, podendo este, entretanto, processar o assediador, visando à reparação dos prejuízos que sofrer com tal conduta reprovável.

O assédio moral pode causar os seguintes danos:

Danos psíquicos: Consiste na desestruturação de todo o processo do pensamento, que fragmenta e degrada as relações da vítima em seu ambiente de trabalho, uma vez que bloqueia suas possíveis defesas criativas, retirando sua capacidade de decisão, atingindo a personalidade, identidade e autoestima dos indivíduos causando distúrbios mentais, como a depressão e burnout, distúrbios ansiosos e síndromes paranoides, que, por vezes, podem levar à perda de autocontrole emocional.

Danos físicos: referenciados por distúrbios psicofisiológicos e psicossomáticos que alteram o funcionamento do organismo, podendo levar à hipertensão arterial e até à morte súbita, bem como distúrbios digestivos, hipertensão, palpitações, tremores, dores generalizadas, alterações da libido, agravamento de doenças pré-existentes, alterações no sono (dificuldades para dormir, pesadelos e interrupções frequentes do sono, insônia), dores de cabeça, entre outros.

Danos sociais: como as consequências para as relações familiares, podendo torná-las igualmente violentas ou pode ocorrer uma situação inversa, um ambiente familiar violento pode levar à violência no trabalho; a perda de suportes sociais e afetivos, fragilização dos vínculos sociais, isolamento físico, deterioração da comunicação e dos vínculos de confiança, sentimentos de medo, humilhação, desânimo e de desmotivação.

¹⁴PEREIRA, Ana Maria Teresa Benevides. **Burnout**: quando o trabalho ameaça o bem-estar do trabalhador. Porto Alegre: Casa do Advogado, 2002.

Danos profissionais: Tanto na esfera econômica, quanto no desempenho e efetividade da Administração Pública. Os custos dos processos judiciais com causas que poderiam ter sido evitadas ou solucionadas na esfera organizacional, custos com tratamento médico e reabilitação, como despesas de benefícios sociais, frequentes licenças saúde (aposentadoria precoce); desmotivação interna e consequente enfraquecimento do projeto institucional, bem como da imagem da instituição diante da comunidade acadêmica.¹⁵

As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho são devastadoras tanto para o indivíduo quanto para a organização. No plano pessoal, o trabalhador é exposto a danos psíquicos e físicos, que comprometem sua saúde mental, emocional e, em muitos casos, sua vida social e familiar. No plano profissional, o ambiente de trabalho se torna insustentável, gerando desmotivação, queda de produtividade e, muitas vezes, um ciclo de isolamento e desestabilização emocional. Além disso, a organização enfrenta altos custos com processos judiciais, licenças de saúde e desmoralização interna, afetando a imagem institucional e a eficiência dos serviços prestados.

Diante dessas consequências, tanto para o trabalhador quanto para a corporação, é crucial pensar no papel do Estado na formulação de legislações que atuem de forma preventiva e punitiva. O Estado deve assumir uma postura proativa, garantindo a criação de políticas públicas eficazes, que não apenas punam os assediadores, mas também promovam ambientes de trabalho harmoniosos e respeitosos. Este papel será abordado com mais profundidade no próximo capítulo, onde será explorada a função do Estado na proteção dos direitos dos trabalhadores e na criação de um ambiente corporativo saudável.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EVITAR CASOS DE ASSÉDIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma vez ocorrido o assédio moral em ambiente do serviço público, a responsabilidade civil do Estado, passa a ser direta no tocante a proteção tanto do funcionário como de todo o sistema laboral, visando primar pela qualidade de todas as fases do serviço, bem como a sua consentânea finalidade.

¹⁵SCHLINDWEIN, Vanderléia de Lurdes Dal Castel; BARBOSA, Edcarlos Alfaia Galeno; SILVA, Mariana Oliveira da. **Cartilha Assédio Moral no Serviço Público: resistência à violência no trabalho**. Porto Velho: Universidade Federal de Rondônia, 2019, p. 17.



O Código Civil nos seus artigos 186 e 187 determina 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. O Código complementa em seu art. 927 que aquele que, por ato ilícito, ou seja, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo¹⁶.

De acordo com o jurista Rodolfo Pamplona Filho são requisitos que caracterizam o assédio moral: a) conduta abusiva; b) natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo; c) reiteração da Conduta; e d) finalidade de exclusão¹⁷.

Ao analisar tais características abordadas ante a natureza do assédio moral no ambiente de trabalho notou-se: a conduta abusiva em ato desconforme com o princípio da ética e integração colaborativa, a consequência do prejuízo a sanidade e equilíbrio de outrem, a reincidência no cometimento de tais abusos e a possível intenção de eliminar o força de trabalho de terceiro por meios e motivos iníquos.

Percebe-se, que mesmo estando sob a responsabilidade do empregador, não deixa de ser o trabalhador que sofre com o assédio moral, o mesmo ser humano que deu ao ente estatal o poder de lhe garantir direitos, como, por exemplo, proteção à sua dignidade onde quer que ele esteja, bem como penalizar aqueles que descumprem os deveres. Com isso, é dever do Estado garantir que os direitos elencados na Constituição da República sejam cumpridos quanto aos fatores externos, independentemente de quem seja o cidadão e do local onde ele se encontra, seja na organização privada ou pública.

Ao violar a dignidade da pessoa humana, fere-se o objetivo da função social do Estado: o bem comum.

Não obstante o homem ser um ser social, a integridade individual é base no alicerce das relações sociais. Uma sociedade formada por indivíduos acometidos por seus próprios coparticipantes em qualquer núcleo integrado, acarreta o desabar da função identificadora dos formadores e protetores da função social do Estado: o bem comum.

Tem-se por dignidade da pessoa humana, a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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

¹⁶ 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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 8 set. 2024.

¹⁷ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego. **Revista LTr**: São Paulo, SP, v. 70, n. 9, p. 1079-1089, set. 2006.

de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Com o surgimento de novas ideias políticas sobre os rumos que o Estado deveria adotar, especialmente sobre a finalidade ou função social do Estado, o conceito de dignidade da pessoa foi apresentado como protagonista nesse contexto. Isso porque, como visto, a dignidade humana é interpretada no papel central do objetivo do Bem Comum, que constitui a finalidade do Estado Contemporâneo. A ideia de Bem Comum, portanto, vem relacionada com o valor de identidade de todos os seres humanos.

No caso do assediador servidor público, o Estado (União Federal, Estado ou Município) pode ser responsabilizado pelos danos materiais e morais sofridos pela vítima, pelo fato de possuir responsabilidade objetiva atribuída por lei, pois uma vez fato e dano comprovados, cabe ao Estado indenizar a vítima, podendo, ainda, processar o assediador em regresso pelos prejuízos sofridos.

Nos casos de assédio que acontecem em empresas privadas, o Estado também é atingido na medida que suporta o alto custo com fornecimento de remédios, tratamentos psicológicos e até mesmo de aposentadorias precoces, tornando-se um assunto de saúde pública.

Ante a inexistência de legislação específica na abordagem dos casos de assédio moral no ambiente da administração pública, as medidas de prevenção estão sendo grande instrumento para coibir e remediar em muitos casos, como forma de educar o comportamento humano em caráter extraordinário, afim de aferir a problemática do reconhecimento de tais ocorrências não por motivos disciplinares, protetores ou reguladores: mas como recorrentes fatos de perturbação do meio de convivência e da pessoa relacionada a função colaboradora, atuante na área pública e em suas referências.

Frente às possíveis consequências graves relacionadas ao assédio moral, o Estado do Rio de Janeiro tomou medidas legislativas, como a Lei nº 3.921/2002, que proíbe qualquer comportamento que caracterize assédio moral nas repartições públicas. Essa lei se aplica a órgãos, entidades da administração pública, empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços estaduais. O artigo 1º da referida lei proíbe atos ou atitudes de superiores hierárquicos que possam ser classificados como assédio moral, violando a dignidade dos servidores ou empregados e sujeitando-os a condições de trabalho humilhantes ou degradantes.



O artigo 2º da Lei nº 3.921/2002 define o assédio moral no trabalho como a exposição do servidor a situações humilhantes e constrangedoras, praticadas de forma repetitiva e prolongada por superiores hierárquicos. A lei também destaca que o objetivo desse comportamento abusivo pode ser atingir a autoestima do trabalhador, comprometer sua estabilidade funcional e até prejudicar a prestação de serviços ao público¹⁸.

Em sede nacional, algumas medidas no combate ao assédio moral e sexual na administração pública, foram implementadas as seguintes políticas públicas:

Lei nº 14.540/2023 que implementou o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual, o qual abrange a administração pública direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal¹⁹.

A Controladoria-Geral da união (CGU) lançou o Guia Lilás que apresenta orientações para prevenção e tratamento ao assédio moral e sexual e à outras formas de discriminação no ambiente de trabalho destinada a todos os seus servidores, estagiários e terceirizados do governo federal, no qual os princípios adotados são a universalidade, o compromisso institucional, a abordagem centrada na vítima, a prevenção, a resolutividade, a confidencialidade, o respeito à diversidade e igualdade²⁰.

As consequências do assédio moral no setor público exigem uma resposta firme e estruturada por parte do Estado, que deve garantir a proteção integral aos trabalhadores e a integridade das relações laborais. Embora a legislação atual preveja a reparação de danos, ainda existem lacunas no que se refere à regulamentação específica para a administração pública.

É fundamental que o Estado atue de forma preventiva, estabelecendo políticas mais eficazes que promovam ambientes de trabalho éticos e justos. Iniciativas como a Lei nº 14.540/2023 e o Guia Lilás da CGU representam avanços importantes, mas é necessário expandir a conscientização e fortalecer os mecanismos de controle e fiscalização. Dessa forma,

¹⁸ RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Lei nº 3.921, de 2002**. Veda o assédio moral no trabalho, no âmbito dos órgãos, repartições ou entidades da administração centralizada, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, do poder legislativo, executivo ou judiciário do estado do rio de janeiro, inclusive concessionárias e permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou interesse público, e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 23 ago. 2002. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/3dcfce02b06be53903256c2800537184?OpenDocument>. Acesso em: 21 set. 2024.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 14.540 de 2023**. Institui o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/14540.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

²⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Guia Lilás**. Orientações para prevenção e tratamento ao assédio moral e sexual e à discriminação no Governo Federal. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/93176>. Acesso em: 21 set. 2024.

será possível assegurar um ambiente de trabalho mais saudável e harmonioso, além de garantir o respeito à dignidade dos servidores públicos.

CONCLUSÃO

A começar pela afirmação do jurista e economista Max Weber ao declarar que o trabalho dignifica o homem, tratar do assunto assédio moral na administração pública sugere a máxima conservação da dignidade tanto do agente como do ambiente de trabalho.

A abordagem responsável ao tema, bem como o impacto que causa nas relações sociais, traz a necessidade no tocante a presença de legislação própria no seu trato, análise das consequências nos setores diversos do sistema, e ainda, o papel do Estado como ser mantenedor da ordem pública, equalizando as forças e capacidades do indivíduo e seu espaço.

Reconhecer e enfrentar o assédio moral, bem se inicia com educação e prevenção. Confrontar princípios constitucionais vai além de uma simples transgressão.

Ao que possa desviar-se do rumo, a presença eficaz do setor jurídico se faz urgente e indispensável. A função do Estado, além de promover o bem comum, consiste ainda na criação, aplicação e observância do Direito.

Substanciar o ordenamento jurídico com referência ao tema é de relevante causa, o que trará, segundo jurisprudência já operante, segurança efetiva e sanções adequadas. Equilibrar, fiscalizar e harmonizar podem ser atribuições constantes e presentes na ordenação do trabalho público, gerando segurança, bem-estar e produtividade.

Uma boa colaboração de agentes diretos e indiretos na identificação e controle das atitudes e resultados das interações humanas no ambiente do trabalho público conferem ao órgão responsável e a própria sociedade a elaboração de programas e materiais para o reconhecimento e refreamento da prática do assédio moral,

Respeito, igualdade e liberdade, não desmerecem a competência e a capacidade produtiva, ao contrário disso, as engrandecem.

Empatia e solidariedade são valores para um cultivo saudável e promissora colheita.

Trata-se do ambiente em que indivíduos trabalham para um objetivo comum, em nome de um órgão público, em prol de toda a sociedade.

Assim, dignificar o homem, também significa existir condições de trabalho, assistidas pela justiça onde a consideração e o respeito sejam constantes entre os seus semelhantes.



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: 19 out.2023.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez 1940. Disponível em: DEL2848compilado (planalto.gov.br): Acesso em: 02 set. 2024.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Guia Lilás**. Orientações para prevenção e tratamento ao assédio moral e sexual e à discriminação no Governo Federal. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/93176>. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 dez. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em: 7 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 1.171, de 22 de junho de 1994**. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 jun. 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm. Acesso em: 7 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 12 jan. 2024.

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. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 8 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº14.540 de 2023**. Institui o Programa de Prevenção e Enfrentamento ao Assédio Sexual e demais Crimes contra a Dignidade Sexual e à Violência Sexual no âmbito da administração pública, direta e indireta, federal, estadual, distrital e municipal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/114540.htm. Acesso em: 21 set. 2024.

BRASIL. **Medida Provisória n. 2.225-45, de 4 de setembro de 2001**. Altera dispositivos das Leis n.º 8.627, de 19 de fevereiro de 1993, n.º 9.624, de 2 de abril de 1998, e n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 set. 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2225-45.htm. Acesso em: 12 fev. 2024.

CANDIDO, Helena. **Assédio moral acidente laboral**. São Paulo: LTr, 2011.

DOLORES, Hadassa; FERREIRA, Bonilha. **Assédio Moral nas Relações de Trabalho**. 1ª ed. Campinas: Russel Editores, 2004.

DOTTI, Marinês Restelatto. Contratação emergencial e desídia administrativa. **Revista do TCU**, Brasília, v. 108, p. 51-62, 2007. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/469/520>. Acesso em: 2 jan. 2024.

FERNANDES, Maíra; ALMEIDA, Natalia Genina Lugero de; FRONTEROTTA, Marina Bianchi. Prevenção contra o assédio moral: uma questão de tipificação? **Consultor Jurídico**, [S.l.], 17 abr. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-17/prevencao-contr-o-assedio-moral-uma-questao-de-tipificacao/> Acesso em: 22 jul. 2024.

FREITAS, Ester; HELOANI, Roberto; BARRETO, Margarida. **Assédio Moral no Trabalho**. São Paulo: Cengage, 2008.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. Tradução: Maria Helena Kühner. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertand Brasil, 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-Estar no Trabalho**: redefinindo o assédio moral. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. Assédio moral. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, [s. l.], v. 13, p. 433-448, 2015. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/263>. Acesso em: 2 ago. 2024.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº 2.213, de 2024**. Institui o Dia Estadual de Combate ao Assédio Moral e Sexual no Âmbito da Administração Pública Direta e Indireta. Belo Horizonte: Câmara Municipal, Superintendência de Comunicação Institucional, 2024.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego. **Revista LTr**: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 70, n. 9, p. 1079-1089, set. 2006.

PEREIRA, Ana Maria Teresa Benevides. **Burnout**: quando o trabalho ameaça o bem-estar do trabalhador. Porto Alegre: Casa do Advogado, 2002.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. **Lei nº 3.921, de 2002**. Veda o assédio moral no trabalho, no âmbito dos órgãos, repartições ou entidades da administração centralizada, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, do poder legislativo, executivo ou judiciário do estado do rio de janeiro, inclusive concessionárias e permissionárias de serviços estaduais de utilidade ou interesse público, e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 23 ago 2002 Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/3dcfce02b06be53903256c2800537184?OpenDocument>. Acesso em: 21 set. 2024.

SCHLINDWEIN, Vanderléia de Lurdes Dal Castel; BARBOSA, Edcarlos Alfaia Galeno; SILVA, Mariana Oliveira da. **Cartilha assédio moral no serviço público**: resistência à violência no trabalho. Porto Velho: Universidade Federal de Rondônia, 2019.



A RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO DO ESTADO NA FISCALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE

Robson Sanchez Cano França

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Servidor Público.

Resumo – a prestação do serviço de transporte público de ônibus deve ser adequada e observar a legislação vigente, bem como as cláusulas contratuais da concessão. O Estado tem o dever específico de atuar na fiscalização de referido serviço, não somente de forma penalizadora quando verificada a ineficácia da prestação do serviço, mas principalmente de maneira conjunta com a concessionária no planejamento e gestão da atividade, cooperando para que o usuário seja o principal beneficiado. Com a inércia da Administração Pública surge a responsabilidade civil do Estado por omissão específica, que é caracterizada pela responsabilidade civil objetiva. No presente trabalho, com fundamento no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, busca-se caracterizar a responsabilidade civil do Estado por omissão específica perante a prestação inadequada de serviço público de transporte de ônibus.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Serviço Público. Responsabilidade Civil do Estado. Transporte de Ônibus.

Sumário – Introdução. 1. O limite dos parâmetros legais que devem ser observados pela concessionária de serviço de transporte público de ônibus, com relação à eficiência e ao equilíbrio contratual. 2. A eventual necessidade de implementação de mudanças na fiscalização da prestação de serviço de transporte público. 3. A responsabilidade civil do Estado perante a ineficiência da prestação de serviço público de transporte de ônibus. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a questão da prestação do serviço de transporte público, que faz parte dos serviços tidos como essenciais nas cidades para a sociedade, principalmente no que tange à democratização da mobilidade urbana. Ele é primordial para a locomoção das pessoas e desempenha um papel fundamental, tanto social quanto econômico.

Nesse sentido, de acordo com o estudo realizado em 2022 pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano, o ônibus é o principal meio de locomoção de 85,7% das pessoas que utilizam transporte coletivo no Brasil. Tal levantamento demonstra a importância deste serviço para a sociedade, bem como a grande amplitude das consequências de sua má prestação.

Diante deste cenário, destaca-se a importância social do tema, pois a atividade administrativa do Estado merece atenção, visto que sua omissão pode acarretar prejuízo a uma parcela expressiva da população usuária de transporte público de ônibus.



Surge, assim, a questão jurídica relacionada ao presente estudo, qual seja, da responsabilidade civil por omissão do Estado quanto à fiscalização da prestação do referido serviço público e posterior análise quanto a tal responsabilidade ser subjetiva ou objetiva.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando até que ponto os parâmetros legais devem ser observados pela concessionária de serviço de transporte público, mais especificamente de ônibus, para que tal serviço seja eficiente para a população sem perder de vista o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Segue-se o estudo, no segundo capítulo, com indagação referente a uma maior efetividade na prestação do serviço público pela concessionária. Para tanto, questiona-se a necessidade de implementação de mudanças no que tange à fiscalização de tais serviços, de modo a garantir o atendimento ao interesse público e à legislação pertinente.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil do Estado no âmbito da prestação de serviço público de transporte terrestre. Nessa esteira de raciocínio, é analisada a viabilidade de responsabilização civil por omissão do Estado perante a ineficiência da prestação de referidos serviços, considerando os fundamentos jurídicos e tendo em vista a atual jurisprudência e a legislação aplicável.

O desenvolvimento do presente estudo é feito pelo método hipotético-dedutivo. Assim, o teor das ideias apresentadas utiliza a formulação de hipóteses, a dedução de consequências a partir dessas hipóteses e a realização de conclusões lógicas para verificar se as consequências estão de acordo com a realidade.

Desta forma, pretende-se fazer uso da bibliografia pertinente à temática em foco para fundamentar a tese exposta, por meio de legislação, doutrina e jurisprudência com o enfoque qualitativo do objeto do presente estudo jurídico.

1. O LIMITE DOS PARÂMETROS LEGAIS QUE DEVEM SER OBSERVADOS PELA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE ÔNIBUS, COM RELAÇÃO À EFICIÊNCIA E AO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

Neste capítulo será feita uma análise sobre os parâmetros legais que devem ser observados pela concessionária de serviço de transporte público, mais especificamente de ônibus, para que tal serviço seja prestado de forma adequada para a população sem perder de vista o equilíbrio econômico-financeiro contratual.



A prestação de serviços públicos pelo Poder Público está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu art. 175. Diante de tal dispositivo constitucional, a prestação de tais serviços será feita diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, de acordo com a lei e inexoravelmente na forma da lei¹. A obrigação da concessionária em manter um serviço adequado é um comando constitucional expresso, visto que é um dos itens de observância obrigatória inserido no rol de assuntos que deverão ser observados pela lei².

Nessa esteira de raciocínio, a legislação infraconstitucional atinente ao comando constitucional acima retratado regulamentou a questão do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dessa forma, essa lei é de fundamental importância para o objeto em estudo do presente artigo científico, sendo ela a principal base legislativa para a análise do tema neste capítulo.

De acordo com a Lei das concessões e permissões, em seu art. 2º, II, o conceito de serviço público trazido pela legislação é “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”³. Isso significa dizer que a concessionária assume o risco pela adequada prestação do serviço público concedido de acordo com os parâmetros legais e contratuais acordados mediante o procedimento licitatório.

Já em relação a serviço adequado, o conceito trazido expressamente pela mencionada lei em seu art. 6º, §1º, é “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”⁴. Verifica-se que a norma estabelece diretrizes a serem observadas pela concessionária para a adequada prestação do serviço aos consumidores, de acordo com o caput do citado artigo, quanto “ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido na lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”⁵.

Assim, é imperiosa a observação das disposições previstas no edital de licitação, pois de acordo com a Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021, em seu art. 89, §2º, é necessário

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: 28 ago.2024.

² *Ibid.*

³ BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da república, 1995, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987/cons.htm?origin=instituicao. Acesso em: 28 ago.2024.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*



estabelecer com a devida clareza e precisão as condições para a execução do contrato, as quais deverão estar expressas em cláusulas e deverão definir as responsabilidades das partes, as obrigações e os direitos de cada uma. Observando que tudo isso deverá estar de acordo com a proposta vencedora, com o edital de licitação, bem como com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta⁶. Nesse sentido, a concessionária de serviço público fica vinculada a sua proposta feita no procedimento licitatório, ou seja, em conformidade com o art. 31, I, da Lei 8.987/95, à concessionária incumbe a prestação de “serviço adequado, na forma prevista na lei, nas normas técnicas e no contrato”⁷.

Dessa forma, perante o disposto no art. 10, da Lei 8.987/95, “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”⁸. Esse instituto se caracteriza como sendo a dinâmica estabelecida entre a contraprestação do poder concedente e as obrigações da concessionária, de modo que haja uma justa retribuição pecuniária em favor dessa, sempre focando no interesse público e na continuidade da prestação do serviço, os fins maiores que devem ser atingidos.

A título de exemplo, pode-se citar a situação da pandemia do COVID-19 que trouxe de forma abrupta, inesperada e imprevisível uma grande redução de passageiros de transporte público, ocasionando um desequilíbrio econômico-financeiro nesses contratos. Desse modo, diante de momentos ou situações extraordinárias, é plausível e razoável que se tenha uma reavaliação do contrato e das tarifas.

Todavia, diante de eventos ordinários, previsíveis e cotidianos, o que se espera do serviço prestado pela empresa detentora da concessão é que seja conforme o previsto nas propostas pactuadas no momento da licitação em que foi vencedora. Nessa toada, cabe salientar, que é responsabilidade da empresa realizar o estudo financeiro e de viabilidade para garantir que a prestação do serviço público contratado seja concretizado de forma adequada conforme a norma requer.

De acordo com o art. 18, VIII, da Lei nº 8.987/95, “os critérios de reajuste e revisão da tarifa serão previstos no edital de licitação elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos”⁹.

⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 28 ago.2024. art. 89, parágrafo 2º.

⁷ BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm?origin=instituicao. Acesso em: 28 ago.2024.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*



No que tange à revisão das tarifas, com o intuito de manter-se o equilíbrio econômico financeiro, os contratos poderão prever mecanismos para esse fim, sendo que no caso de alteração contratual unilateral por parte do poder concedente, deverá ocorrer um restabelecimento concomitantemente à alteração, na hipótese de lesão ao referido equilíbrio¹⁰.

Portanto, ante o exposto e tendo em vista as especificidades do tema em questão, a prestação do serviço público tem que observar as normas legais, bem como a proposta vencedora na licitação, objetivando a adequada prestação do serviço e o interesse público. Nessa esteira de raciocínio, tendo em vista a péssima prestação do serviço fornecido, perante situações ordinárias, previsíveis e cotidianas não há base normativa que sustente o argumento das concessionárias de ônibus em aumentar as tarifas para que haja um serviço adequado.

Conforme o entendimento de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

[...] a inexecução sem culpa pressupõe a existência de uma causa justificadora do inadimplemento e libera o inadimplente de responsabilidade, em razão da aplicação da denominada “teoria da imprevisão”. Para que se caracterize uma causa justificadora de inadimplemento contratual é necessário que ocorra, após a celebração do ajuste, um evento imprevisível e extraordinário, que impeça, retarde ou torne excessivamente onerosa a execução do contrato como originalmente avençado. [...] ¹¹

A análise de viabilidade da adequada prestação do serviço tem que ser realizada anteriormente ao fornecimento da proposta no procedimento licitatório. Muitas empresas ao realizarem as propostas estão pensando apenas em ganharem a licitação e vencerem o certame. Muitas vezes as propostas realizadas não condizem com o montante de recursos financeiros necessários para a adequada prestação do serviço público.

No caso específico do transporte rodoviário de ônibus é perceptível a má qualidade da prestação do serviço, não somente nos centros urbanos com a insuficiência de quantidades de ônibus para atender a população que é obrigada a realizar viagens em ônibus lotados e a inconstância da frequência em que circulam pela cidade, mas principalmente nas localidades mais afastadas dos centros urbanos. Nesses casos, a pouca oferta de linhas, a precariedade dos veículos e a regularidade da oferta são ainda mais inadequadas.

Assim, é necessária a observância da legislação pertinente, bem como das cláusulas contratuais para a adequada prestação do serviço público de transporte público de ônibus. Não cabendo o argumento das empresas de que somente o aumento das tarifas permitiria a melhora da prestação do serviço, visto que, dentro da normalidade das condições externas, a

¹⁰ BRASIL. ref. 3, art. 9, parágrafos segundo e quarto.

¹¹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2021, p. 737.



proposta feita no momento do procedimento licitatório deve ser cumprida pela empresa vencedora.

Nesse momento, surge o importante papel da administração pública na fiscalização da prestação do serviço prestado pela concessionária. Esse papel será analisado no próximo capítulo objetivando inferir como a atuação fiscalizatória pode auferir maior efetividade à prestação do serviço público.

2. A EVENTUAL NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE MUDANÇAS NA FISCALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO

No segundo capítulo será feita uma indagação referente a uma maior efetividade na prestação do serviço público pela concessionária. Para tanto, questiona-se a necessidade de implementação de mudanças no que tange à fiscalização de tais serviços, de modo a garantir o atendimento ao interesse público e à legislação pertinente.

No âmbito da fiscalização do contrato de prestação de serviço público por concessionárias há dois pontos a serem observados, quais sejam, a legislação pertinente ao tema e as cláusulas específicas de cada contrato previstas no edital do procedimento licitatório.

A Instrução Normativa (IN) nº 5, de 26 de maio de 2017, dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. A referida IN trata da diferença entre Gestão e Fiscalização da execução dos contratos.

A gestão da execução do contrato, de acordo com a IN, é conceituada como:

[...] a coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, bem como dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para a formalização dos procedimentos quanto aos aspectos que envolvam a prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros [...]¹².

Já a fiscalização é dividida em três categorias. Uma das categorias é a fiscalização administrativa, caracterizada como “o acompanhamento dos aspectos administrativos da

¹² BRASIL. **Instrução Normativa nº 5 de 26 de maio de 2017**. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>. Acesso em: 29 ago.2024.



execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra”¹³. Nesse tipo de fiscalização é verificada a regularidade “quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento”¹⁴.

É prevista também a fiscalização setorial, descrita pela legislação como o “acompanhamento da execução do contrato nos aspectos técnicos ou administrativos quando a prestação dos serviços ocorrer concomitantemente em setores distintos ou em unidades desconcentradas de um mesmo órgão ou entidade”¹⁵.

Por último, há a fiscalização pelo público usuário, nesse caso é realizada uma pesquisa de satisfação perante o usuário do serviço, objetivando avaliar a prestação do serviço. Nessa fiscalização são averiguados também os recursos materiais e os procedimentos manejados pela concessionária, ou outros aspectos inerentes à prestação do serviço, de acordo com as especificidades e características de cada serviço¹⁶.

De forma que não comprometa o desempenho da amplitude das ações relativas à gestão contratual, tendo em vista o volume de trabalho e o reduzido número de pessoal na administração pública, a atuação da fiscalização deve ser efetivada de maneira “preventiva, rotineira e sistemática, podendo ser exercida por servidores equipes de fiscalização ou único servidor, desde que, no exercício dessas atribuições fique assegurada a distinção dessas atividades”¹⁷.

Nesse sentido, há uma obrigatoriedade legal para que os contratos estabeleçam com “clareza e precisão as condições para a sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes”¹⁸. Não perdendo de vista o disposto no edital de licitação e o constante na proposta vencedora, bem como o previsto no ato autorizador da contratação direta e os da sua respectiva proposta¹⁹.

¹³ BRASIL. **Instrução Normativa nº 5 de 26 de maio de 2017**. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>. Acesso em: 29 ago.2024.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 28 ago.2024. art. 89, parágrafo 2º.

¹⁹ *Ibid.*



No que tange ao recebimento do contrato, será realizado provisoriamente pelo gestor e fiscal do contrato, quando tratar de obras e serviços, mediante termo detalhado, momento em que será verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico²⁰.

Em relação à execução do contrato, a legislação afirma expressamente que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas previstas na lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”²¹. Importante salientar, que a lei expressamente afirma que “o não cumprimento ou cumprimento irregular das normas editalícias ou de cláusulas contratuais constitui motivo para extinção do contrato, conforme previsto expressamente na nova Lei de Licitações”²².

O não cumprimento dessas cláusulas e normas acarreta a responsabilização administrativa do contratado. A Lei de licitações traz um rol das possíveis infrações que podem ser praticadas no caso do descumprimento das obrigações por parte da concessionária, dentre as quais se encontram:

[...] dar causa à inexecução parcial do contrato, à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à administração, ao funcionamento dos serviços ou ao interesse coletivo, à inexecução total do contrato e não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado[...]”²³.

Aos responsáveis pelas citadas infrações serão aplicadas as sanções previstas em lei, quais sejam, advertência, multa, impedimento de licitar ou contratar ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar²⁴. Cabe salientar que na aplicação das referidas sanções deverão ser considerados a natureza e a gravidade da infração cometida, as peculiaridades do caso concreto, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, os danos que dela provieram para a Administração Pública e a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle²⁵.

Portanto, ante o exposto e tendo em vista as especificidades do tema em questão, é notória a tentativa do controle da prestação do serviço público das concessionárias pela Administração Pública através das diversas normas citadas. Não obstante todo esse esforço legislativo, a existência de leis, de cláusulas contratuais e de normas quanto a fiscalização do

²⁰BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 28 ago.2024. art. 89, parágrafo 2º.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*



contrato não se mostram eficazes para que se tenha uma adequada prestação de serviço de transporte público de ônibus, sendo essa última, o ponto focal do presente estudo.

Assim, a atuação da fiscalização deve ser mais ativa e ocorrer simultaneamente com a prestação do serviço. Não pode ser apenas uma fiscalização de documentos ou meramente a vistoria da legalidade da documentação e sua atualidade, resultando na aplicação de sanções conforme o não cumprimento de preceitos legais e perante um serviço inadequado. A relação entre os fiscais dos contratos e os prepostos das empresas deve ocorrer de forma mais proativa e participativa, com um pensamento anterior ao resultado, de forma a adequar a prestação do serviço ao esperado e de acordo com as normas vigentes, priorizando sempre o interesse público e o atendimento adequado às demandas dos usuários. Nesse sentido, afirma José dos Santos Carvalho Filho que:

[...] não há propriamente forma especial para que o Poder Público exerça a fiscalização sobre os concessionários. No entanto, a fiscalização só pode ter eficácia se a administração destinar órgão centralizado específico para esse controle, agindo com zelo e severidade em tudo quanto possa proteger a coletividade beneficiária do serviço [...]²⁶.

Para a melhoria da atuação da fiscalização é importante um maior controle sobre a gestão da execução do serviço público. No caso da prestação de serviço de transporte público de ônibus, um exemplo de uma fiscalização mais eficaz seria, tendo em vista o avanço tecnológico que pode ser implementado nesta atividade, um controle amplo da distribuição da frota pelo itinerário da respectiva linha da empresa que permitiria a correta adequação da alocação dos ônibus evitando a espera demasiada dos usuários em determinados momentos bem como o acúmulo de ônibus da mesma linha em outros momentos. Ou seja, haveria uma distribuição equânime por todo o trajeto ocasionando em uma menor espera pelos usuários. Dessa forma, o fiscal do contrato atuaria de forma conjunta com a empresa contratada para orientar a gestão da frota conforme a necessidade e especificidades de cada atividade. Corroborando com tal argumento, José dos Santos Carvalho Filho instrui que:

[...] frequentemente são noticiadas reclamações de usuários do serviço de transporte coletivo urbano, executado por empresas que alteram as condições estipuladas, sobretudo deixando de manter circulando alguns ônibus em horários de menor movimento. Diminuindo os custos e aumentando os lucros à custa do sacrifício da população, tais empresas só receberiam a devida censura se fossem fiscalizadas com rigor e eficiência, o que realça a circunstância de que, mais que um poder, a

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 37.ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 773.



fiscalização constitui um dever para a Administração responsável pela transferência do serviço²⁷ [...].

Agindo dessa forma, a fiscalização contribuirá para a melhoria da prestação do serviço público no decorrer da prestação e não somente com uma análise posterior com a consequente aplicação de sanções. Isso favorece também a própria empresa prestadora dos serviços, pois evitaria uma possível punição devido à inadequada prestação do serviço.

Nesse ponto, busca-se evitar a consequente má prestação do serviço o que ocasiona a responsabilização civil dos causadores do eventual dano. Assim, a questão que surge é se o Estado, que tem como dever a prestação de serviço público, que pode ser prestado de forma direta ou mediante delegação, conforme o art. 175, CRFB/88, pode ser responsabilizado pela inadequada prestação do serviço público pela concessionária. Esse assunto será o tema do próximo capítulo do presente estudo.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE A INEFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE ÔNIBUS

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil do Estado no âmbito da prestação de serviço público de transporte terrestre. Nessa esteira de raciocínio, é analisada a viabilidade de responsabilização civil por omissão do Estado perante a ineficiência da prestação dos referidos serviços, considerando os fundamentos jurídicos e tendo em vista a atual jurisprudência e a legislação aplicável.

No que tange à responsabilidade civil do Estado, há uma sequência histórica de teorias que se debruçam em explicar a responsabilização estatal ao longo do tempo. Atualmente, a teoria que prevalece é a do risco administrativo, a qual representa a base para o entendimento da responsabilidade civil objetiva do Estado cujo fundamento está no art. 37, §6º, CRFB. Assim, três elementos são necessários para se configurar tal responsabilidade, são eles: a conduta administrativa, o dano e o nexo causal²⁸.

No âmbito dessa teoria, existem causas excludentes da responsabilidade civil do Estado, ou seja, estando presentes tais causas o Estado não será responsabilizado. Nesse sentido, encontram-se o caso fortuito ou a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato exclusivo de terceiro. Contrariamente a esse entendimento, a teoria do risco integral não

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 37.ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 773.

²⁸ ALEXANDRINO, ref.11, p. 900.



admite a aplicação de tais excludentes. De acordo com essa última teoria, em qualquer caso o Estado deverá arcar com os danos gerados a terceiros, não havendo possibilidade de aplicação das excludentes previstas na teoria do risco administrativo²⁹.

Por outro lado, o Estado pode ser responsabilizado por omissão. Neste ponto, não se vislumbra uma atuação concreta do Estado que cause um dano, mas sim um não agir estatal em determinada circunstância que gera uma lesão³⁰. No âmbito da responsabilidade por omissão há ainda uma diferença entre omissão genérica e específica.

A omissão genérica é caracterizada pela ausência de norma no ordenamento jurídico, o que obriga o Estado a agir em determinada circunstância³¹. Assim, a inércia estatal não se identifica como a causa imediata e direta da lesão, cabendo ao lesado fazer prova que o dano foi consequência da omissão. Desse modo, a responsabilidade será subjetiva, tendo em vista que deverá ser demonstrado que o Estado agiu com dolo ou culpa (negligência, imperícia ou imprudência)³².

Já na omissão específica, há um dever específico de atuação do Estado previsto no ordenamento jurídico. Nesse caso, a responsabilidade é objetiva e pressupõe um dever específico do Estado, que o determine a agir a fim de evitar uma lesão³³. Ou seja, na omissão específica, a inércia governamental é causa direta e imediata do não impedimento do dano, o que a diferencia da genérica.

A diferença entre a omissão genérica e a específica é verificada na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal. No tema 366, com repercussão geral, que tratou sobre a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de omissão do dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício em residência, o STF decidiu que a responsabilidade por omissão da fiscalização impõe de violação de um dever jurídico específico de agir³⁴. Ficou assim a tese da Suprema Corte sobre o assunto:

[...] para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de

²⁹ ALEXANDRINO, ref.11, p. 900.

³⁰ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 585.

³¹ *Ibid.*

³² BALTAZAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2019. p. 478.

³³ MAZZA, ref.30, p. 588.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 136861/SP**. Tema 366 - Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de omissão do dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício em residência. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=1515920&numeroProcesso=136861&classeProcesso=RE&numeroTema=366>. Acesso em: 19 set.2024.



um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular [...]³⁵.

Nesse caso, o STF afastou a responsabilidade civil do Estado decorrente da omissão de fiscalizar, pois o fato do comércio funcionar clandestinamente, ou seja, sem licença, não impõe o dever de fiscalizar. Interpretando em sentido contrário, caso o comércio obtenha a licença para funcionamento nascerá o dever jurídico específico de agir. Assim, da mesma maneira, ocorre com as concessionárias de serviço público de transporte de ônibus. Quando a concessionária inicia a prestação do serviço de transporte já nasce para o Estado o dever jurídico específico de agir.

Já no Tema 362 de Repercussão Geral do STF, ao tratar da responsabilidade civil do Estado em relação a crime cometido por fugitivo do sistema prisional, foi editada a seguinte tese:

[...] nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexos causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada [...]³⁶

Nesse julgado, o STF aplicou a omissão genérica, visto que a responsabilidade do Estado somente se configura com a demonstração do nexos causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada.

Nessa esteira de raciocínio, no que tange à atuação do Estado na prestação de serviço público de transporte de ônibus, a responsabilidade é objetiva, visto que se trata de uma omissão específica. Pois, conforme analisado nos capítulos anteriores deste estudo e perante o entendimento do STF sobre o tema, há no ordenamento jurídico diversos mandamentos impondo ao Estado uma fiscalização sobre a prestação de serviço de transporte público.

Enquadra-se, assim, como um dever específico do Estado garantir uma adequada prestação de serviço de transporte público através de uma atuação fiscalizatória. Nesse prisma, é plenamente possível a atuação estatal no sentido de garantir o pleno e eficaz

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 136861/SP**. Tema 366 - Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de omissão do dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício em residência. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=1515920&numeroProcesso=136861&classeProcesso=RE&numeroTema=366>. Acesso em: 19 set.2024.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 608880/MT**. Tema 362 - Responsabilidade civil do Estado por ato praticado por preso foragido. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3838114&numeroProcesso=608880&classeProcesso=RE&numeroTema=362>. Acesso em 19 set.2024.



funcionamento dos serviços de transporte coletivo, caracterizando a responsabilidade objetiva no caso de ser infrutífera a sua missão de proteção dos direitos dos usuários de tais serviços.

CONCLUSÃO

Portanto, ante o exposto e tendo em vista as especificidades do tema, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que, diante das normas jurídicas e do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade civil por omissão do Estado é objetiva, no que tange a prestação de serviço público de transporte de ônibus. Não obstante a responsabilidade das concessionárias, buscou-se analisar particularmente a responsabilidade por omissão do Estado, que pode ser desmembrada em duas classificações, a saber, genérica e específica.

Verificou-se o arcabouço legislativo que norteia a prestação de serviço pela concessionária de transporte coletivo, bem como o equilíbrio econômico-financeiro contratual que amparam o oferecimento adequado do serviço.

Nesse âmbito, constatou-se a existência de normas que regulamentam a matéria e que impõem às concessionárias a assunção do risco pela adequada prestação do serviço público. E, por sua vez, o conceito de serviço adequado também é conteúdo expresso na legislação, previsto no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. De modo que ficou demonstrado a existência de parâmetros claros e definidos para a direção e atuação das prestadoras do serviço de transporte.

Esse serviço deve ser realizado não somente em observância aos ditames legais, mas também tendo em vista o equilíbrio econômico-financeiro que será pautado principalmente pelas regras do contrato de concessão estabelecido entre a empresa e o Estado. Tal equilíbrio deve ser observado conforme a especificidade de cada caso, como o exemplo trazido da pandemia da COVID-19, a qual foi imprevisível e gerou consequências sociais gravíssimas, impactando inclusive no equilíbrio contratual.

Dessa forma, foi estabelecida uma diferença entre situações ordinárias e extraordinárias que possibilitam, ou não, a reavaliação dos contratos, especialmente no que tange à alteração das tarifas dos transportes públicos de ônibus. Contudo, é responsabilidade da concessionária o estudo e o planejamento prévio das circunstâncias favoráveis e desfavoráveis que irá encontrar no decorrer da prestação do serviço. Assim, concluiu-se que não é válido o argumento das empresas em aumentar as tarifas para que seja fornecido um



serviço de melhor qualidade, pois a prestação do serviço adequado já era esperada no momento da contratação com o valor da tarifa programada.

Nesse contexto, foi explorada a necessidade de realização de mudanças na fiscalização da prestação de serviço de transporte público, destacando-se a legislação atinente e as cláusulas contratuais. Mencionou-se a Instrução Normativa (IN) nº 5, de 26 de maio de 2017, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

Referida IN diferencia o gestor do contrato do fiscal do contrato, bem como aduz sobre a existência de três tipos de fiscais, quais sejam, o administrativo, o setorial e o técnico, cada um com atribuições específicas. Tratando inclusive da fiscalização pelo público usuário, realizada mediante pesquisa de satisfação.

Esse intuito de fiscalizar a prestação do serviço deve ocorrer de maneira preventiva, rotineira e sistemática, de modo que sejam observadas as cláusulas contratuais que definam direitos, obrigações e responsabilidades de ambas as partes. A atuação da fiscalização é amparada por preceitos legais expostos ao longo do presente estudo. Todavia, foi demonstrado que referida legislação não garante a efetividade do serviço prestado à população. Assim, chegou-se à conclusão de que é necessária uma atuação mais dinâmica pela fiscalização, possibilitando uma atuação conjunta com a concessionária em relação ao planejamento e execução do serviço.

Nesse íterim, a real mudança sugerida é a cooperação entre a administração na figura dos fiscais de contrato com os gestores das concessionárias. Inclusive, foi trazido um exemplo em relação a distribuição da frota de ônibus de acordo com a demanda e as localidades, visto que não é interesse das empresas a existência de ônibus com lugares desocupados e em localidades mais afastadas. Porém, é dever do Estado fornecer o transporte com equidade tendo em vista as características de cada área da cidade. Portanto, a fiscalização atuará de forma a evitar a distribuição desigual e em todos os horários de forma a atender os usuários de forma digna, sem infringir a legislação e as normas contratuais.

Aludida atuação foi explicitada para demonstrar que o intuito da fiscalização deve ser em prol da melhoria do serviço público de transporte de ônibus e não meramente uma atuação finalística penalizadora pelo Estado em relação à empresa que não cumpre ou observa as regras legais e contratuais. Entretanto, essa cooperação deve ter como objetivo o interesse público, sem se perder de vista que o Estado também pode ser responsabilizado caso ocorra dano aos usuários.



Com isso, surge a possibilidade de responsabilização civil do Estado perante a ineficiência da prestação de serviço público de transporte de ônibus. Foi visto que a teoria que prevalece atualmente é a do risco administrativo, cujo fundamento está no art. 37, §6º, da CRFB e é base para a responsabilidade objetiva do Estado. Esse responde no caso de estarem presentes a conduta administrativa, o dano e o nexo de causalidade.

A referida teoria admite três excludentes, quais sejam, o caso fortuito ou a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato exclusivo de terceiro. Em tal aspecto se diferencia da teoria do risco integral que não admite a aplicação das aludidas excludentes.

O Estado também pode ser responsabilizado por sua omissão, que é dividida em genérica e específica. O Tema 366 do STF, com Repercussão Geral, serviu como parâmetro para a aplicação da responsabilidade civil do Estado por omissão específica, que é objetiva. Essa se caracteriza quando há um dever específico de atuação do Estado previsto no ordenamento jurídico e ele permanece inerte.

No caso da prestação de serviço de transporte de ônibus, conforme apresentado no decorrer do presente estudo, há uma determinação normativa para a atuação da administração pública na fiscalização da prestação do citado serviço. Nesse ponto, tem-se a caracterização do dever específico do Estado, que deve atuar de maneira eficaz para que o serviço prestado à população seja adequado e eficaz.

Citado dever jurídico de agir é a imposição de agir advinda de uma norma jurídica, diante da qual o Estado deve se posicionar de acordo com os ditames legais. Assim, fiscalizar a prestação de serviço de transporte público de ônibus é um dever do Estado previsto no ordenamento jurídico. Caso esse serviço não seja prestado de maneira adequada, o Estado deve ser responsabilizado por sua omissão específica, independentemente de dolo ou culpa, pois nesse caso a responsabilidade é objetiva.

Portanto, ante o exposto e tendo em vista as especificidades do caso em tela, bem como o entendimento jurisprudencial do STF, Tema 366 com repercussão geral, a inadequada prestação do serviço público de transporte de ônibus gera a responsabilidade civil do Estado por omissão específica. Visto que essa omissão vai de encontro à imposição expressa do ordenamento jurídico, qual seja, o dever de fiscalizar a prestação do referido serviço público, caracteriza a omissão específica e a responsabilidade objetiva do Estado.

REFERÊNCIAS



ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2021.

BALTAZAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 9. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 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: 28 ago.2024.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017**. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>. Acesso em: 29 ago.2024.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da república, 1995, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm?origin=instituicao. Acesso em: 28 ago.2024.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 28 ago.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 136861/SP**. Tema 366 - Responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de omissão do dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício em residência. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=1515920&numeroProcesso=136861&classeProcesso=RE&numeroTema=366>. Acesso em: 19 set.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 608880/MT**. Tema 362 - Responsabilidade civil do Estado por ato praticado por preso foragido. Relator: Min. Marco Aurélio, 19 de novembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3838114&numeroProcesso=608880&classeProcesso=RE&numeroTema=362>. Acesso em: 19 set.2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 37.ed. São Paulo: Atlas, 2023.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: SaraivaJur, 2023.



INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ALGORITMOS COMO INSTRUMENTOS DO PODER PUNITIVO: LIMITES DEMOCRÁTICOS AO USO DAS NOVAS TÉCNICAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Rodrigo Guedes de Carvalho.

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

Resumo – o exponencial desenvolvimento de algoritmos de Inteligência Artificial (IA) é um fenômeno multidisciplinar que tem relevantes consequências para as ciências jurídicas. Nesse sentido, surgiram relevantes controvérsias acerca dos limites democráticos ao uso da nova tecnologia, sobretudo no processo penal. Visa-se a analisar que, se mal aplicada, a IA tem potencial para violar direitos fundamentais daqueles submetidos ao poder punitivo estatal. Para tanto, defende-se a adoção de medidas aptas a reduzir a incidência de vieses discriminatórios nos algoritmos, a impossibilidade do uso da IA para proferir decisões de mérito e a urgente necessidade de regulamentação legal acerca do tema.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Inteligência artificial. Viés algorítmico. Tomada de decisão. Regulamentação legal.

Sumário – Introdução. 1. Inteligência artificial e viés algorítmico: o impacto do uso da tecnologia na criminalização de minorias raciais. 2. Limites ao uso de algoritmos como método auxiliar de tomada de decisão pelo juiz. 3. A necessidade e as dificuldades da plena adequação da legislação ao novo contexto tecnológico. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva examinar criticamente alguns dos principais efeitos sociais e jurídicos advindos da crescente influência de modelos de inteligência artificial (IA) e de algoritmos sobre o processo penal pátrio, de modo a demonstrar que tais tecnologias, quando mal utilizadas, ameaçam garantias constitucionais e legais do réu.

O mundo vem passando por uma nova revolução tecnológica que, diferente das que a precederam, busca não apenas substituir pessoas por máquinas na consecução de tarefas, mas tenta efetivamente emular o comportamento humano da maneira mais fidedigna possível. É nesse cenário que os algoritmos e demais ferramentas que utilizam inteligência artificial desafiam o estudo dos limites éticos e jurídicos da aplicação, na Justiça Criminal, de novas tecnologias automatizadas, mormente em face de uma realidade socioeconômica marcada por profundas desigualdades.

Outrossim, em se tratando do seu uso no âmbito do sistema penal, mostra-se ainda mais importante o exame de até que ponto é legítimo a substituição do juiz, com toda a sua sensibilidade frente ao caso concreto, por um aparato eletrônico. É, imprescindível, portanto,

analisar como técnicas de simulação do comportamento humano interferem no Direito, ciência humana por excelência.

Inicia-se o primeiro capítulo com breve contextualização do que é e como funciona a inteligência artificial, bem como suas principais falhas, de modo a demonstrar que o viés algorítmico recai principalmente sobre os acusados que pertencem a minorias étnico-sociais, um fenômeno que amplifica o encarceramento em massa de grupos vulnerabilizados.

O segundo capítulo busca refletir se é possível, nos dias atuais, compatibilizar plenamente os direitos e garantias fundamentais do réu com a atividade jurisdicional auxiliada pela inteligência artificial, chegando-se à conclusão de que seu uso pelo magistrado deve se dar com parcimônia, sendo reservado apenas a questões acessórias, não podendo permear tópicos relevantes das decisões.

Por fim, o terceiro capítulo expõe a necessidade de aperfeiçoamento da legislação processual penal vigente para adequá-la ao novo contexto, a fim de assegurar um processo efetivamente justo.

O desenvolvimento da pesquisa se dá pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se elabora proposições hipotéticas hábeis a analisar o objeto observado, ao final as comprovando ou rejeitando fundamentadamente. Para tanto, a abordagem do objeto é qualitativa-quantitativa, dado que o pesquisador, para sustentar sua tese, intenta cotejar dados estatísticos com a bibliografia pertinente à temática em foco.

1. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E VIÉS ALGORÍTMICO: O IMPACTO DO USO DA TECNOLOGIA NA CRIMINALIZAÇÃO DE MENORIAS RACIAIS

Quando se fala em inteligência artificial, uma conceituação única e singela é insuficiente para compreender o avanço tecnológico que vem pautando grande parte das discussões acadêmicas nos mais variados ramos da produção de conhecimento. Trata-se, pois, de um fenômeno interdisciplinar derivado da ciência da computação, da engenharia, da matemática, entre outras áreas.¹ A preocupação com os impactos da IA no Poder Judiciário levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a regulamentar sua utilização por meio da

¹ QUEIROZ, Guilherme Matheus. **A inteligência artificial e o reconhecimento facial: impactos à população negra no Brasil**. 2023. 105 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP-SP), 2023. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/4800/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O_GUILHERME%20MATHEUS%20QUEIROZ_MESTRADO%20PROFISSIONAL%20E%20INTERDISCIPLINAR%20EM%20DIREITO_2023.pdf. Acesso em: 21 set. 24.



Resolução nº 332² e da Portaria nº 271, ambas de 2020³. Desde então, o CNJ apresenta anualmente um relatório da presença de IA nos tribunais Brasil afora, sendo que, conforme a última pesquisa, de 2023, mais da metade já se socorrem dela. Resta evidente, então, que o uso desses programas já é uma realidade também brasileira, o que leva muitos a chamar tal modelo de atuação judicial de Justiça 4.0. Segundo os números do CNJ:

Dos tribunais respondentes, 62 (66% do total) informaram ter projetos de IA em desenvolvimento: 63 projetos (45% do total) estão em produção, ou seja, já há uma aplicação prática da IA no cotidiano judiciário; 17 (12,1% do total) encontram-se em estágio inicial; 46 (32,9% do total) estão em andamento; e 11 (7,9% do total) foram finalizados. Por fim, 3 projetos citados nas respostas (2,1% do total) foram declarados como não iniciados⁴.

Entre os diversos métodos aplicados no aperfeiçoamento das ferramentas de IA, destaca-se o chamado *machine learning*, caracterizado pela preparação de algoritmos para identificar certos padrões que, após analisados pela própria máquina, embasarão uma decisão, também da máquina, à luz dos elementos informativos coletados⁵. A referida técnica é hoje uma das mais comuns, uma vez que auxilia os usuários a não mais estarem sujeitos a certas limitações humanas como a incapacidade de escrutinizar enormes quantidades de informações de modo confiável e o maior dispêndio de tempo para tanto.

² A Resolução nº 332/2020 assim conceitua os principais institutos relacionais à IA: “Art. 3º Para o disposto nesta Resolução, considera-se: I – Algoritmo: sequência finita de instruções executadas por um programa de computador, com o objetivo de processar informações para um fim específico; II – Modelo de Inteligência Artificial: conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana; III – Sinapses: solução computacional, mantida pelo Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de armazenar, testar, treinar, distribuir e auditar modelos de Inteligência Artificial; IV – Usuário: pessoa que utiliza o sistema inteligente e que tem direito ao seu controle, conforme sua posição endógena ou exógena ao Poder Judiciário, pode ser um usuário interno ou um usuário externo; V – Usuário interno: membro, servidor ou colaborador do Poder Judiciário que desenvolva ou utilize o sistema inteligente; VI – Usuário externo: pessoa que, mesmo sem ser membro, servidor ou colaborador do Poder Judiciário, utiliza ou mantém qualquer espécie de contato com o sistema inteligente, notadamente jurisdicionados, advogados, defensores públicos, procuradores, membros do Ministério Público, peritos, assistentes técnicos, entre outros.” BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 332, de 25 de agosto de 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. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 15 ago. 2024.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 271, de 04 de dezembro de 2020**. Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa uso de inteligência artificial IA no Poder Judiciário - 2023**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/06/pesquisa-uso-da-inteligencia-artificial-ia-no-poder-judiciario-sumario-executivo-2023.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁵ QUEIROZ, Guilherme Matheus. **A inteligência artificial e o reconhecimento facial: impactos à população negra no Brasil**. 2023. 105 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP-SP), 2023.

Por se tratar do que há de mais vanguarda em termos de desenvolvimento tecnológico e proporcionar a automatização de ocupações outrora impensáveis, não é incomum que as IA causem certo deslumbramento aos olhos menos atentos ou críticos. Assim sendo, embora seja o mais absoluto óbvio, inclusive pelo termo “artificial” no nome que recebe, é imperioso ressaltar que a inteligência artificial não é uma obra da natureza, mas sim uma invenção humana. A ressalva é necessária na medida em que muitas vezes se celebra a autonomia com que funcionam os *softwares* quando os resultados são positivos, ao tempo em que se despreza o fator humano nos casos em que há violação de algum direito. É dizer, em suma, que se trata de uma tecnologia indissociável das pessoas que a criam, desenvolvem ou operam, indivíduos esses que, nesse processo, invariavelmente transportarão para o resultado final, em maior ou menor grau, traços de personalidade, inclusive preconceitos e vieses.

Nessa esteira, o dicionário define viés como a “tendência associada ou determinada por fatores externos”⁶, um conceito que abre portas para graves violações de direitos e garantias fundamentais quando relacionado ao uso de IA. Segundo a *International Business Machines Corporation* (IBM), uma das maiores e mais tradicionais empresas do ramo de informática, o viés de IA, também chamado de viés de aprendizado de máquina ou viés de algoritmo, refere-se “à ocorrência de resultados tendenciosos devido a vieses humanos que distorcem os dados de treinamento originais ou o algoritmo de IA, levando a resultados distorcidos e potencialmente prejudiciais.”⁷ Por sua vez, O CNJ reconhece expressamente no art. 7º da Resolução nº 332/2020⁸ a existência de vieses discriminatórios em ferramentas de IA utilizadas no Poder Judiciário

O problema é acentuado ao se constatar a tendência de alguns algoritmos em perpetuar ou reforçar padrões sociais de preconceito contra grupos vulnerabilizados e minorias étnico-raciais, sobretudo a população negra e parda. Neste país, esse é o grupo demográfico mais comumente alvo da perseguição penal estatal⁹, assim como é aquele que constitui a maior parcela do enorme contingente carcerário que mantém o sistema prisional brasileiro em um estado de coisas inconstitucional por superencarceramento, conforme reconhecido pelo

⁶ MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da Língua Portuguesa**. 2024. São Paulo: Melhoramentos. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=vi%C3%A9s>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁷ HOLDSWORTH, James. **O que é viés de IA?**. 2023. International Business Machines Corporation. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/ai-bias#:~:text=IBM&text=22%2F12%2F23-O%20que%20%C3%A9%20vi%C3%A9s%20de%20IA%3F,resultados%20distorcidos%20e%20potencialment%20prejudiciais>. Acesso em: 10 ago. 2024.

⁸ BRASIL, ref.2, p.3.

⁹ BRANDÃO, Juliana; LAGRECA, Amanda. O delito de ser negro - atravessamentos do racismo estrutural no sistema prisional brasileiro. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023**. 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/08/anuario-2023-texto-14-delito-de-ser-negro-atravessamentos-do-racismo-estrutural-no-sistema-prisional-brasileiro.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024.



Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347.¹⁰

Em que pese tais mazelas sejam fruto da incidência de diversos fatores discriminatórios simultâneos dentro de uma noção mais abrangente de racismo estrutural, certamente o racismo algorítmico se insere nesse contexto, conforme afirma o especialista Tarcízio Silva¹¹. O encarceramento em massa no Brasil é uma consequência advinda de diversas causas, e, no caso do indivíduo negro ou pardo, o mais comumente preso de forma injusta, o racismo algorítmico hoje se apresenta como uma delas.

No processo criminal, a IA vem sendo utilizada de diversas formas, fazendo-se presente desde as fases de investigação por meio de auxílio na identificação de pessoas em vídeos; passando pelo planejamento de políticas de segurança pública com a análise de dados a respeito de áreas de risco e o monitoramento de padrões comportamentais visando à prevenção de crimes; e assim chegando até a fase instrutória do processo penal, quando serão produzidas as provas que embasarão uma sentença condenatória¹². No primeiro e no último caso, os algoritmos de reconhecimento facial objetivam tanto a identificação de indivíduos foragidos ou com mandado de prisão em aberto, quanto o auxílio ao reconhecimento do acusado em juízo nas hipóteses em que a testemunha não consegue fazê-lo de modo satisfatório.

Todavia, sem embargo da validade da iniciativa, que a princípio se mostra acertada, as estatísticas revelam a cruel realidade: apesar da utilidade dos *softwares*, vêm se multiplicando os casos de prisões ilegais e erros judiciais em decorrência do mal reconhecimento feito pelos algoritmos¹³. Tais disfunções, em última, vitimizam precipuamente pessoas negras e pardas.¹⁴

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal federal. (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Direitos fundamentais dos presos. ADPF. Sistema carcerário. Violação massiva de direitos. Falhas estruturais. Necessidade de reformulação de políticas públicas penais e prisionais [...]. Relator: Min Marco Aurélio. 04 de outubro de 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20347%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 10 ago. 2024.

¹¹ FIOCRUZ. **Entrevista concedida ao Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz Antonio Ivo de Carvalho (CEE-Fiocruz), em março de 2023**. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Tarcizio-Silva-O-racismo-algoritmico-e-uma-especie-de-atualizacao-do-racismo-estrutural>. Acesso em: 13 ago. 2024.

¹² BORGES, G. S.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. de M. Viés racial em sistemas de inteligência artificial: desafios para a responsabilidade civil e a necessidade de parametrização do risco. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 100–128, 2023. DOI: 10.37963/iberc.v6i2.237. Disponível em: <https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/237>. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹³ CANI, Luiz Eduardo; ALCANTARA NUNES, João. Erros judiciais em tempos de digital surveillance: os algoritmos de reconhecimento facial em questão. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 8, n. 2, 2022. DOI: 10.22197/rbdpp.v8i2.720. Disponível em: <https://rbdpp.emnuvens.com.br/RBDPP/article/view/720>. Acesso em: 16 ago. 2024.

¹⁴ MAGNO, Madja Elayne da Silva Penha; BEZERRA, Josenildo Soares. Vigilância negra: O dispositivo de reconhecimento facial e a disciplinaridade dos corpos. **Novos Olhares**, São Paulo, Brasil, v. 9, n. 2, p. 45–52,

Vê-se, portanto, que hodiernamente o racismo algorítmico é um dos grandes problemas a serem enfrentados pelos operadores do Direito no âmbito do direito penal e do processo penal, uma vez que, ao contrário do que se inicialmente pensava, a IA não é uma tecnologia neutra, mas sim mais um meio de reprodução de vieses raciais observados na sociedade. Por tais motivos, a busca de soluções urgentes é medida que se impõe, sob pena de serem violados direitos e garantias fundamentais como a igualdade e o devido processo legal, previstos no artigo 5º, *caput* e inciso LIV da Constituição da República¹⁵, entre outros.

2. LIMITES AO USO DE ALGORITMOS COMO MÉTODO AUXILIAR DE TOMADA DE DECISÃO PELO JUIZ

A relação entre IA e tribunais pode ser visualizada sob um duplo aspecto: a inteligência artificial “no” tribunal e a inteligência artificial “como” tribunal. Em primeiro, se caracteriza tanto como um instrumento auxiliar ao advogado, quanto como um facilitador na resolução de tarefas repetitivas e mecanizadas por todos os operadores do Direito. Já a IA “como” tribunal se manifesta, a priori, na total substituição do magistrado por um robô no processo de tomada de decisão, ou, ainda, pela confecção de relatórios com pontos que embasarão o julgamento, mas sem que se estabeleça um pronunciamento final sem a análise dos autos pela pessoa natural do juiz¹⁶.

Sem embargo da distinção anterior, é possível afirmar: há uma incompatibilidade estrutural entre a jurisdição e as ferramentas de IA. Enquanto as últimas trabalham a partir de generalizações e agrupamentos de dados parametrizados e predeterminados segundo uma fórmula pré-programada, a função jurisdicional se manifesta por meio da individualização de cada demanda. Em outras palavras, o pronunciamento judicial concretiza a lei geral e abstrata ao aplicá-la à situação cujas circunstâncias particulares a conferem singularidade em relação aos fatos e sujeitos que a compõem, de modo que a incidência de algoritmos na maioria das manifestações judiciais de cunho decisório acaba por esvaziar os elementos que tornam determinado caso único.

2020. DOI: 10.11606/issn.2238-7714.no.2020.165698. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/novosolhares/article/view/165698>. Acesso em: 16 ago. 2024

¹⁵ 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 ago.2024.

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inteligência Artificial e aplicabilidade prática no Direito**. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 11 ago. 2024.



Por conta disso é que a ideia de singularidade de cada demanda é imprescindível para as ciências jurídicas, desaguando em princípios jurídicos basilares do direito penal, tais como o da individualização da pena, da responsabilidade pessoal e da proporcionalidade.¹⁷ Nesse sentido, Magalhães elenca quais são os limites na aproximação entre o conhecimento jurídico e a IA, isto é, os limites que demonstram a impossibilidade de se plenamente associar o uso de algoritmos com o arcabouço argumentativo exigido do juiz. São eles:

De ordem subjetiva, em razão das ideologias, valores e interesses que estão presentes nas formulações do dever ser: [...] Lógicos, referem-se à incapacidade de os modelos lógico-matemáticos abarcarem, na automatização do raciocínio jurídico, a possibilidade de simular ou reproduzir a complexidade de inferências analógicas que se perfazem no raciocínio jurídico; Jusfilosóficos, relativos às questões éticas e de responsabilidade da IA quanto à tomada de decisão.¹⁸

Outro fundamento que demonstra a problemática da aproximação entre Direito e IA é o fato de que, em regra, nem mesmo os criadores de algoritmos com capacidade de aprendizado sabem porque, ao fim do processo, o *software* toma as decisões de certa forma e por aquelas razões. Conforme já explicado, os algoritmos passam a autonomamente aprender e a reconhecer padrões relevantes passado certo tempo da inserção dos dados no programa.

Ocorre que as informações que alimentam a IA servirão de base para suas decisões sem que muitas vezes se possa apontar precisamente quais critérios ou elementos relevantes foram cotejados para oferecer as conclusões exaradas. Veja-se a precisa crítica de André Tavares Ramos:

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. Assim, essa modelagem impacta negativamente nosso senso de Justiça e promove a desconfiança em decisões de máquina, que não poderá sequer questionada a fim de conhecermos as reais razões ou padrões utilizados na emissão de uma certa decisão.¹⁹

¹⁷ TOLEDO, Claudia; PESSOA, Daniel. O uso de inteligência artificial na tomada de decisão judicial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 10, n. 1, e237, jan./abr. 2023. DOI: 10.5380/rinc.v10i1.86319. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rinc/a/qRC4TmVXVDJ8Wkv7Ns49jxH/>

¹⁸ MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. *Automatización del raciocinio jurídico: perspectivas y límites en la aplicación de la inteligencia artificial al derecho*. Burgos, 2004. 627 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de Burgos, p. 390-477 *apud* TOLEDO, Claudia; PESSOA, Daniel. O uso de inteligência artificial na tomada de decisão judicial. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 10, n. 1, e237, jan./abr. 2023. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/qRC4TmVXVDJ8Wkv7Ns49jxH/>. Acesso em: 09 ago. 2024.

¹⁹ TAVARES, André R. **O Juiz Digital: da atuação em rede à Justiça algorítmica**. (Coleção direito, tecnologia, inovação e proteção de dados num mundo em transformação). Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786555599954. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599954/>. Acesso em: 19 ago. 2024.

Não à toa o art. 19 da Resolução nº 332/2020 do CNJ²⁰ prevê expressamente que a IA servirá apenas como ferramenta auxiliar na elaboração da decisão judicial, e que os sistemas computacionais “observarão, como critério preponderante para definir a técnica utilizada, a explicação dos passos que conduziram ao resultado”²¹.

Mais especificamente no âmbito da Justiça Criminal, destaca-se o art. 23 da Resolução nº 332/2020 do CNJ²², o qual dispõe, no *caput*, que a aplicação de IA “em matéria penal não deve ser estimulada, sobretudo com relação à sugestão de modelos de decisões preditivas.” Ademais, merece especial atenção o que dispõe o art. 23, §1º²³, do mesmo ato normativo: nele está previsto que a vedação contida no *caput* não se aplica quando os modelos de IA forem destinados “à automação e ao oferecimento de subsídios destinados ao cálculo de penas, prescrição, verificação de reincidência, mapeamentos, classificações e triagem dos autos para fins de gerenciamento de acervo”.

Assim sendo, extrai-se do texto que, embora não excluam totalmente os algoritmos das decisões judiciais, as normativas do CNJ apresentam, acertadamente, clara finalidade de limitar o uso de *softwares* automatizados, restringindo sua incidência apenas à resolução das controvérsias de cunho precipuamente objetivo. No mesmo sentido é a doutrina:

A substituição do agir humano pelo ato robotizado, em um contexto de substituição parcial que não envolva um momento decisório de mérito, mais sensível, é comumente considerada pela literatura como um passo mais simples nesse avançar tecnológico, e apresenta nitidamente uma menor rejeição por parte da comunidade jurídica. Já a sua forma mais elaborada, a robotização do “coração” do agir judicial é, em geral, resultado de recursos heterogêneos e de elevadíssima complexidade (como a computação neural), e que pretende entregar uma automação integral de um núcleo sensível de atividades, com várias frentes altamente polêmicas²⁴

A iniciativa do CNJ vem colhendo frutos, uma vez que o órgão atesta que as ferramentas de inteligência artificial não estão sendo utilizadas especificamente no contexto de decisões interlocutórias e/ou sentenças.²⁵ Há de se celebrar tais resultados, sobretudo na seara penal. Não se pode admitir que seja delegada um programa de computador a análise da eventual

²⁰ BRASIL, ref.16, p.7.

²¹ BRASIL, ref.2, p.3.

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*

²⁴ TAVARES, ref.19, p.8.

²⁵ HOCH, Patrícia Adriani. **Inteligência Artificial E Juiz-Robô: Os Algoritmos Na Tomada De Decisões Pelo Poder Judiciário.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). 2022. Disponível em: https://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/12684/Patr%C3%ADcia%20Adriani%20Hoch_PROTEGIDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 ago. 2024.



presença das condições para limitar o direito fundamental de ir e vir, previsto no art. 5º, XV da CRFB/88²⁶, como é a consequência da prisão.

Não se ignora que, ao tempo da elaboração da Carta Magna de 1988, o Constituinte Originário não tinha como conceber a futura existência de uma tecnologia nos moldes da inteligência artificial. Nada obstante, consagrou no texto constitucional princípios como a isonomia, prevista no art. 5º, *caput*, da CRFB/88²⁷, sobretudo na sua dimensão de igualdade material ou substancial, bem como assentou a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, conforme o art. 93, IX²⁸. A leitura conjunta desses dispositivos deve se dar sempre à luz do princípio da dignidade humana, previsto no art. 1º, III, da CRFB/88²⁹ como fundamento do Estado Democrático de Direito que constitui a república brasileira, e em consonância à atual conjectura das ciências informáticas.

Em tempos de Justiça 4.0, portanto, a isonomia deve ser interpretada como o direito que o acusado tem de ser julgado por seus pares. Por pares, nesse contexto, entende-se não apenas aqueles que compõem com o réu uma mesma classe ou grupo social, mas sim os magistrados também seres humanos. Se o conceito de igualdade material propõe o tratamento desigual para os desiguais, na medida de sua desigualdade, incabível aceitar que o acusado no processo penal, situação excepcional por excelência, seja submetido ao escrutínio de um pretenso julgador inanimado, o qual sequer tem condições mínimas de compreender a vulnerabilidade em que se encontra aquele que é alvo da pretensão punitiva estatal.

Defender posição contrária importaria em subverter o próprio conceito de jurisdição. Desse modo, o resultado de eventual substituição do juiz por uma AI é que seja tido como inexistente qualquer pronunciamento judicial que dela exclusivamente decorra, bem como das decisões que se debrucem para além de questões meramente acessórias da causa. No mais, por consectário lógico da sequência do raciocínio, também se reconhece que não haveria como ser cumprido o dever de motivação imposto pelo art. 93, IX da CRFB/88³⁰.

As características inerentes ao ser humano, tais como empatia, compaixão, capacidade de valoração de provas e interpretação sistemática do ordenamento jurídico são atributos essenciais para que o julgador chegue à melhor decisão de mérito possível. São também, até o momento, impossíveis de serem fielmente reproduzidas por um programa de computador.

²⁶ BRASIL, ref.15, p.7.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ BRASIL, ref.15, p.7.

3. A NECESSIDADE E AS DIFICULDADES DA PLENA ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO AO NOVO CONTEXTO TECNOLÓGICO

Conforme exposto nos capítulos anteriores, a utilização de IA no âmbito do Poder Judiciário é balizada sobretudo pelo que dispõe o Conselho Nacional de Justiça. Assim, vê-se, de pronto, como ainda é alarmantemente insuficiente a regulamentação acerca do tema, mormente por se estar diante de atos normativos que tratam de direitos e garantias fundamentais da mais alta estima sem que haja exauriente debate no campo político, requisito essencial para a caracterização de um regime democrático pleno.

Nessa esteira, desde o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/DF³¹, em diversas ocasiões o Supremo Tribunal Federal reafirmou entendimento acerca da validade do poder regulamentar exercido pelo CNJ, o qual se manifesta pela edição de atos normativos instrumentalizados por Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações, conforme prevê o art. 102, *caput*, do Regimento Interno³² do órgão. Nessa toada, cumpre mencionar que, de acordo com o parágrafo 4º do mesmo dispositivo³³, as Resoluções e Enunciados Administrativos têm força vinculante.

Destaque-se que na apreciação da ADC nº 12/DF³⁴, e desde então, a Corte assentou também um muito criticado entendimento de que as Resoluções do CNJ ostentam natureza jurídica de ato normativo primário. Isso se daria porque o poder regulamentar do órgão tem fundamento direto e expresso na Constituição da República, mais precisamente no seu art. 103-B, §4º, I³⁵.

Por consequência, os regulamentos editados pelo CNJ não teriam que extrair validade de qualquer outra normativa positivada senão da Carta Magna, o que, por sua vez, acaba por conferir ao Conselho um poder regulamentar autônomo, isto é, além do âmbito de sua competência inicialmente idealizada de mero controle administrativo-financeiro do Poder

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE**, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. [...]. Relator: Min. Carlos Britto, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur171166/false>. Acesso em 20 set. 2024.

³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regimento Interno nº 67 de 03/03/2009**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 20 set. 24

³³ *Ibid.*

³⁴ BRASIL, ref.31, p.11.

³⁵ BRASIL, ref.15, p.7.



Judiciário e da supervisão do cumprimento dos deveres funcionais pelos juízes, nos termos do art. 103-B, *caput*, da CRFB/88³⁶. Em suma, o CNJ estaria autorizado a inovar na ordem jurídica.

Em que pese o julgamento da ADC nº 12/DF³⁷ date de 2008, a persistência da controvérsia acerca dos limites do poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça decerto é um elemento demonstrativo da robustez das críticas direcionadas ao Supremo Tribunal Federal, mormente em face da contínua expansão dos temas em que se opta por deixar para serem tratados por atos normativos do CNJ, os quais não raro extrapolam o caráter de mero controle administrativo, financeiro ou disciplinar internos. Sendo assim, apesar de no primeiro momento serem recebidas de bom grado, a Portaria nº 271/2020 e a Resolução nº 332/2020 sem dúvida se imiscuem de maneira inadequada em pontos sensíveis e diretamente ligados à direitos e garantias fundamentais cuja salvaguarda é imprescindível para o reconhecimento do país como um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, conforme já ostensivamente exposto, as dificuldades no enfrentamento da questão da harmonização entre a IA e o Direito se acentuam quando se fala da presença da tecnologia na Justiça Criminal. Diante dos valores, princípios e direitos em jogo no processo penal, não se pode admitir que a pretensão punitiva estatal seja instrumentalizada por outro meio que não um diploma editado em respeito aos trâmites do regular processo legislativo, ou seja, após amplo debate público culminado na aprovação do texto pelos representantes democraticamente eleitos pelo povo.

Ressalte-se que tal tese não importa em afastar a possibilidade de posterior controle judicial de validade das leis eventualmente editadas, tampouco despreza a utilidade prática do já existente regramento imposto pelo Conselho Nacional de Justiça. O que se busca é provar que, em virtude de a discussão acerca do uso da IA na seara criminal se distanciar sobremaneira de questões puramente procedimentais, e, ainda, em vista do modelo de democracia representativa adotado pelo Constituinte Originário, não se pode aceitar que a regulamentação de tal temática seja relegada ao CNJ, órgão do único dos três Poderes que não conta com representantes eleitos por voto popular.

Antes que se avance nesse ponto, contudo, é preciso dar um passo atrás para rememorar os primeiros momentos em que o Estado brasileiro tentou estabelecer oficialmente diretivas internas para o uso da IA. Na esfera do Poder Executivo, a empreitada teve início em

³⁶ BRASIL, ref.15, p.7.

³⁷ BRASIL, ref.31, p.11.

2018, com a elaboração da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital)³⁸, aprovada pelo Decreto nº 9.319/2018³⁹ e pela Portaria nº 1.556/2018⁴⁰, do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), ocasião em que, por conta dos impactos transversais da IA sobre o país, se afirmou a importância e a prioridade das discussões a seu respeito. Ademais, em 2020, a Portaria nº 1.122/2020⁴¹ do MCTIC tornou prioritário o tema da IA como objeto de projetos de pesquisa e desenvolvimento de tecnologias entre os anos de 2020 e 2023. Logo após, em 2021, o mesmo Ministério confeccionou a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA)⁴², um documento visando a melhor direcionar o Estado brasileiro na construção de ações que impulsionassem pesquisas e a busca por inovações e soluções em IA.

Ainda assim mantinha-se o cenário de ausência de regulamentação legal propriamente dita. Como resultado, e calcado na necessidade de modernização da legislação brasileira seguindo o rito previsto na Constituição, desde 2020 tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 21/2020⁴³ (PL 21/2020), o qual visa a estabelecer fundamentos, princípios e diretrizes de governança para a utilização dos algoritmos no país. Trata-se de importante marco legal regulatório que, se aprovado, terá aplicabilidade direta tanto para o Poder Público, quantos para pessoas e entidades do Direito Privado.

Em sucinta análise, o art. 4º⁴⁴ do PL 21/2020 prevê como fundamentos do uso da IA, entre outros, o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos, bem como a igualdade,

³⁸ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Digital Brasileira**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/centrais-de-conteudo/comunicados-mcti/estrategia-digital-brasileira/estrategiadigital.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.

³⁹ BRASIL. **Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018**. Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9319-21-marco-2018-786355-publicacaooriginal-155087-pe.html>. Acesso em: 20 set. 2024.

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. **Portaria MCTIC nº 1556, de 21 de março de 2018**. Brasília, DF. Disponível em: https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/Portaria_MCTIC_n_1556_de_21032018.html. Acesso em: 20 set. 2024.

⁴¹ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. **Portaria MCTIC nº 1122, de 19 de março de 2020**. Brasília, DF. Disponível em: https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/Portaria_MCTIC_n_1122_de_19032020.html. Acesso em: 20 set. 2024.

⁴² BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial**: documento de referência. 2021. Brasília, DF. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 set. 2024.

⁴³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 21, de 2020**. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil e dá outras providências. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 20 set. 2024.

⁴⁴ *Ibid.*



a não discriminação e a pluralidade. Por sua vez, o art. 6º⁴⁵ elenca os princípios regentes do diploma legal, entre os quais se encontram os princípios da centralidade no ser humano, não discriminação, transparência e explicabilidade, responsabilização e prestação de contas. Extrai-se do segundo rol clara intenção do legislador em estabelecê-lo como exemplificativo, seja por reproduzir trechos e princípios da CRFB/88, seja por igualmente se utilizar de principiologia e fundamentos consagrados no Código Civil. Cumpre mencionar que o projeto também reprisa, entre outras, normativas trabalhistas e consumeristas⁴⁶.

À vista disso, tem-se que o projeto acertadamente incumbe não apenas ao Poder Público o dever de usar os algoritmos de forma responsável. Exige de todos os usuários e desenvolvedores de *softwares*, assim como dos indivíduos que compõem a sociedade civil, o emprego dos algoritmos de forma congruente com a ética e a ordem constitucional que assegura direitos e garantias fundamentais.⁴⁷ Todavia, ainda que apenas em fase de deliberações preliminares, o PL nº 21/2020⁴⁸ não está isento de críticas, dentre as quais aponta-se aquela acerca da real efetividade da futura lei.

Recai sobre o diploma relevante dúvida sobre a sua plena aplicabilidade, uma vez que o texto que tramita no Congresso Nacional teria disposições demasiadamente abstratas que criariam embaraços para o operador do Direito conferir integral concretude à vontade do legislador. Estar-se-ia diante de regras meramente simbólicas, confeccionadas puramente para responder a anseios populares fundamentados na falaciosa concepção de que a produção legislativa sobre determinado assunto tem o condão de resolver os problemas a ele relacionados.⁴⁹ Nesse ponto, sob a perspectiva criminal, Nucci define o direito penal simbólico como a “produção de tranquilidade mediante a edição de normas penais, ainda que não efetivamente aplicadas”⁵⁰.

⁴⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 21, de 2020**. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil e dá outras providências. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 20 set. 2024.

⁴⁶ BIANCHINI, Flavia de Jesus. **A regulamentação das novas tecnologias diante do cenário social do trabalho e a inteligência artificial: uma análise do Projeto de Lei 21/2020**. 2023. 113 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias) – Faculdades Londrina, Londrina, 2023. Disponível em: https://sucupira-legado.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=13968139. Acesso em: 20 set. 2024.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ BRASIL, ref.45, p.14.

⁴⁹ LACERDA, ref.44, p.13.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**: arts. 1º a 120. v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646852. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646852/>. Acesso em: 21 set. 2024.



A despeito da pertinência das críticas e da legitimidade das dúvidas levantadas acerca do PL nº 21/2020⁵¹, não se pode olvidar, primeiramente, que se trata de um projeto de regulamentação legal ainda em estado embrionário. É dizer, está sujeito a alterações e aperfeiçoamento do texto e a mais discussões enquanto perpassa pelas Casas do Poder Legislativo, fator que, por si só, já garante ao projeto maiores contornos de normativa gerada em observância de ideais democráticos, o que não se vê com a mesma clareza na Portaria nº 271/2020⁵² e na Resolução nº 332/2020⁵³, ambas do CNJ.

Ademais, ainda que a futura lei venha a ser dotada de exacerbada abstração, a sua mera existência já seria um importante marco legal regulatório, sobretudo porque sequer há outra sobre essa temática, tampouco uma editada seguindo o processo legislativo previsto na CRFB/88. Por fim, tal abstração exagerada ou “simbolismo” não pode servir de escusa para a insuficiente prestação da tutela jurisdicional, uma vez que, restando positivada a norma, cabe ao juiz interpretá-la e dela extrair a concretude devida, independentemente da intangibilidade dos conceitos ali enunciados.

Isso posto, face a novidade e a complexa multidisciplinariedade que caracterizam os impactos dos novos modelos de IA na sociedade, é salutar reconhecer o esforço hercúleo que se exigirá nos próximos anos tanto dos representantes eleitos, quanto dos operadores do Direito para superar a dificuldade de compatibilizar o uso de *softwares* automatizados com o devido processo legal democrático, sem que isso importe em eximir as autoridades públicas de responsabilidade por eventuais falhas nesse interregno. Não é razoável, portanto, neste momento inaugural, qualquer tentativa de deslegitimar o empenho em buscar soluções ponderadas e democráticas para demandas extremamente delicadas.

Em síntese: a tarefa é árdua e o percurso é longo, mas a caminhada tem que começar de algum lugar.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar alguns dos efeitos deletérios de se admitir o uso de *softwares* de Inteligência artificial de forma ostensiva no âmbito judicial. Buscou-se, com base na doutrina e na jurisprudência, evidenciar que os

⁵¹ BRASIL, ref.45, p.14.

⁵² BRASIL, ref.3, p.4.

⁵³ BRASIL, ref.2, p.3.



algoritmos podem servir de mecanismos de violação a direitos e garantias fundamentais, com especial prejuízo suportado por pessoas componentes de grupos étnico-raciais vulnerabilizados.

Verificou-se, pois, que a mecanização do Direito, sobretudo no que tange ao exercício da pretensão punitiva estatal, não é integralmente alheia a fatores humanos. Embora as IA atuem de forma automatizada, eventuais vieses discriminatórios dos seus usuários, isto é, da sociedade, transbordam para os algoritmos, que então passarão a reproduzir tais vieses quando instados a tomarem decisões baseadas na análise de dados. Assim, nesse ponto concluiu-se que, diferentemente do que muito se pensa, a IA não é uma tecnologia neutra, mas sim outro modo de se perpetuar desigualdades.

Ademais, à luz das fontes bibliográficas trazidas à baila, pode-se afirmar que, por hora, as autoridades judiciárias têm obstado de maneira razoável certa tendência averiguada em outros ramos do conhecimento, consistente em adotar de braços abertos e de maneira acrítica a massiva quantidade de novos modelos de IA que surgem diuturnamente. Nesse sentido, com base em apontamentos doutrinários e disposições normativas, defendeu-se que a utilização de algoritmos pelos magistrados, no exercício da função judicante, deve-se se dar de modo sobremaneira limitado.

Para tanto, mostrou-se imperioso tecer comentários sobre a Portaria nº 271 de 2020 e a Resolução nº 332 de 2020, ambas do Conselho Nacional de Justiça. Segundo ora exposto, o CNJ acertadamente estabeleceu que o uso das ferramentas de IA pelos juízes, quando na ocasião de decidir uma causa, deve ser restrito a tópicos secundários do processo, tal como a aferição de prazos, e nunca como método substitutivo do magistrado no exame do mérito.

A relevância da pesquisa nesse tópico se realçou diante da variada gama de direitos e garantias fundamentais possivelmente malferidos com a admissão da IA como um meio de auxílio mais ostensivo à tomada de decisão pelo magistrado. Outra fosse a conclusão do segundo capítulo, estar-se-ia admitindo inaceitável e injustificada relativização de alguns dos principais postulados do Estado Democrático de Direito, tais como o princípio da isonomia, do devido processo legal e o dever de motivação das decisões judiciais.

Ainda com o ideal de democracia plena em destaque, a parte final do trabalho orientou-se em direção oposta ao anteriormente exarado. Até aquele ponto a pesquisa se preocupou em refletir sobre a origem e o atual momento da influência da Inteligência Artificial no Direito. Foi proposto, então, um olhar para frente, para o futuro, concluindo-se pela absolutamente urgente necessidade de regulamentação legal do uso da IA, uma vez que as atuais normativas em vigor, principalmente as editadas pelo CNJ, são insuficientes para que se harmonize a tecnologia com os fundamentos éticos e jurídicos de uma democracia saudável.

Por fim, em que pese a ampla gama de argumentos externados ao longo do texto, o estudo do tema não se exaure aqui, seja pela complexidade do fenômeno jurídico-social que é a IA, seja porque os esforços em compreender seus impactos certamente seguirão em paralelo ao seu desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Flavia de Jesus. **A regulamentação das novas tecnologias diante do cenário social do trabalho e a inteligência artificial: uma análise do Projeto de Lei 21/2020**. 2023. 113 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito, Sociedade e Tecnologias) – Faculdades Londrina, Londrina, 2023.

BORGES, G. S.; FALEIROS JÚNIOR, J. L. de M. **Viés racial em sistemas de inteligência artificial: desafios para a responsabilidade civil e a necessidade de parametrização do risco**. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 100–128, 2023.

BRANDÃO, Juliana; LAGRECA, Amanda. **O delito de ser negro - atravessamentos do racismo estrutural no sistema prisional brasileiro**. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023, 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 21, de 2020**. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil e dá outras providências. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340&fichaAmigavel=nao>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria nº 271, de 04 de dezembro de 2020**. Regulamenta o uso de Inteligência Artificial no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3613>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regimento Interno nº 67 de 03/03/2009**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>. Acesso em: 20 set. 24

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 332, de 25 de agosto de 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. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2024. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **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 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 9.319, de 21 de março de 2018**. Institui o Sistema Nacional para a Transformação Digital e a Estratégia Brasileira para a Transformação Digital. Diário Oficial da



União: seção 1, Brasília, DF, 22 mar. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9319-21-marco-2018-786355-publicacaooriginal-155087-pe.html>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial**: documento de referência. 2021. Brasília, DF. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. **Portaria MCTIC nº 1122, de 19 de março de 2020**. Brasília, DF. Disponível em: https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/Portaria_MCTIC_n_1122_de_19032020.html. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. **Portaria MCTIC nº 1556, de 21 de março de 2018**. Brasília, DF. Disponível em: https://antigo.mctic.gov.br/mctic/opencms/legislacao/portarias/Portaria_MCTIC_n_1556_de_21032018.html. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. **Estratégia Digital Brasileira**. Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/centrais-de-conteudo/comunicados-mcti/estrategia-digital-brasileira/estrategiadigital.pdf>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF**. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. [...]. Relator: Min. Carlos Britto, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur171166/false>. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Direitos fundamentais dos presos. ADPF. Sistema carcerário. Violação massiva de direitos. Falhas estruturais. Necessidade de reformulação de políticas públicas penais e prisionais [...]. Relator: Min Marco Aurélio. 04 de outubro de 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20347%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 10 ago. 2024.

CANI, Luiz Eduardo; ALCANTARA NUNES, João. Erros judiciais em tempos de digital surveillance: os algoritmos de reconhecimento facial em questão. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 8, n. 2, 2022. DOI: 10.22197/rbdpp.v8i2.720. Disponível em: <https://rbdpp.emnuvens.com.br/RBDPP/article/view/720>. Acesso em: 16 ago. 2024.

CARVALHO, Antonio Ivo de. **Entrevista concedida ao Centro de Estudos Estratégicos da Fiocruz (CEE-Fiocruz)**. FIOCRUZ. Rio de Janeiro, mar. 2023. Disponível em: <https://cee.fiocruz.br/?q=Tarcizio-Silva-O-racismo-algoritmico-e-uma-especie-de-Atualizacao-do-racismo-estrutural>. Acesso em: 13 ago. 2024.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Inteligência Artificial e aplicabilidade prática no Direito**. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 11 ago. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa uso de inteligência artificial IA no Poder Judiciário - 2023**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/06/pesquisa-uso-da-inteligencia-artificial-ia-no-poder-judiciario-sumario-executivo-2023.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024.

HOLDSWORTH, James. **O que é viés de IA?** 2023. International Business Machines Corporation. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/topics/ai-bias#:~:text=IBM&text=22%2F12%2F23-,O%20que%20%C3%A9%20vi%C3%A9s%20de%20IA%3F,resultados%20distorcidos%20e%20potencialmente%20prejudiciais>. Acesso em: 10 ago. 2024.



PREScrição DA PRETENSÃO PUNITIVA VIRTUAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR ESTADUAL

Rodrigo Machado de Souza

Graduado pela Universidade Estácio de Sá.
Pós-Graduado em Direito Militar.

Resumo – A prescrição da pretensão punitiva virtual, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício ou por provocação pela autoridade administrativa. O Superior Tribunal de Justiça por meio de entendimento sumulado vedou sua aplicação ao processo penal, entretanto, nada dispôs sobre o seu cabimento no processo administrativo disciplinar. Com o advento da lei 13.655/2018, o legislador ordinário determinou que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas. O presente artigo busca arguir acerca do cabimento da prescrição da pretensão punitiva no processo administrativo disciplinar militar, em homenagem aos princípios da legalidade, segurança jurídica e autotutela administrativa. Para tanto, se analisa a legislação, bem como os princípios constitucionais que orientam o tema.

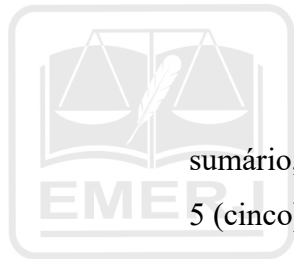
Palavras-chave – Direito Administrativo. Prescrição virtual. Processo Administrativo Disciplinar Militar. Segurança Jurídica.

Sumário – Introdução. 1. A prescrição virtual no ordenamento jurídico pátrio. 2. Singularidades do processo administrativo disciplinar em âmbito militar estadual. 3. O (não) cabimento da prescrição da pretensão punitiva virtual antecipada no processo administrativo disciplinar militar estadual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto analisar o cabimento da prescrição da pretensão virtual, de forma antecipada, no processo administrativo disciplinar militar, intitulado de documento de razões de defesa, processo hábil para aplicação de punição disciplinar em face de policiais militares do estado do Rio de Janeiro. Procura-se demonstrar a possibilidade da autoridade administrativa militar para reconhecer a prescrição antecipada sem que isso incorra em desobediência às normas administrativas ou a lei, prestigiando o princípio constitucional da eficiência, moralidade, razoabilidade, autotutela, segurança jurídica, dentre outros.

Ante a falta de norma que regule o prazo prescricional em âmbito administrativo militar, teve a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, a heroica missão de pacificar a lide, aplicando a lei de processo administrativo do estado do Rio de Janeiro no processo administrativo disciplinar



sumário, intitulado documento de razões de defesa, aplicando-se o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a solução do processo.

A instauração do documento de razões de defesa poderá ser determinada como resultado de uma apuração por meio de averiguação, sindicância, inquéritos policiais militares ou de forma imediata após o surgimento de indícios de transgressão à disciplina militar. Nas três primeiras hipóteses, entre a data da transgressão, passando pelo tempo de apuração do ilícito administrativo, até a decisão para a instauração do documento de razões de defesa, poderá incorrer na hipótese de, ao instaurar o documento de razões de defesa, invadir o prazo de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva administrativa.

Nesta senda, é possível verificar-se que tanto a autoridade administrativa militar poderá reconhecer a prescrição virtual de ofício, quanto seria possível à defesa do administrado ou o próprio, requerer o seu reconhecimento, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

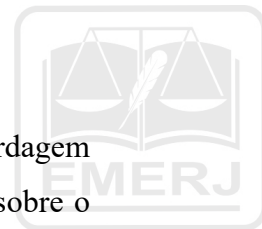
Evidente que o não reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva administrativa dá ensejo a que o administrado ajuíze ação judicial, hipótese a qual poderia ser evitada caso a autoridade administrativa reconhecesse de forma antecipada a prescrição da pretensão punitiva, evitando gastos desnecessários com a instauração de processos administrativos inúteis com fim certo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o surgimento da prescrição virtual no ordenamento jurídico pátrio e as hipóteses às quais poderá ser reconhecida essa espécie de prescrição.

No segundo capítulo, analisa-se a singularidade do processo administrativo disciplinar sumário em âmbito militar estadual e as formas pelas quais poderá dar ensejo a morosidade no reconhecimento do ilícito administrativo.

O terceiro capítulo tem por finalidade arguir acerca do cabimento, em âmbito processual administrativo disciplinar militar, da prescrição virtual, ponderando os princípios constitucionais administrativos e a disciplina castrense, buscando assim, a celeridade na apuração das infrações disciplinares sem que incorra em prejuízo à defesa do administrado devido ao decurso do tempo na apuração dos fatos.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois o pesquisador planeja selecionar um conjunto de bases argumentativas em que considera viáveis e apropriadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las por meio de argumentação.



Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica adota uma abordagem qualitativa, uma vez que o pesquisador planeja utilizar a bibliografia relevante sobre o tema em questão, bem como servir de espeque na legislação, nos princípios constitucionais e na jurisprudência dos Tribunais Superiores para sustentar a tese.

1. A PRESCRIÇÃO VIRTUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Para bem clarificar acerca do tema prescrição é fundamental trazermos um conceito sobre a matéria. Na ótica do Direito Penal Brasileiro, entende-se prescrição “como instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido a capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorra a extinção da punibilidade”.¹

Para Cleber Masson, o conceito de prescrição trata-se da “perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto”.²

Portanto, pode-se conceituar a prescrição no direito penal brasileiro como uma das causas de extinção da punibilidade que ocorre quando o Estado, diante de sua inércia, deixa de promover a correta persecução penal no tempo exigido pela lei.

A pretensão punitiva pode ser entendida como “o interesse em aplicar uma sanção penal ao responsável por um crime ou por uma contravenção penal, enquanto a pretensão executória é o interesse em executar, em exigir seja cumprida uma sanção penal já imposta”.³

O fundamento precípua da prescrição penal está consolidado nos direitos e garantias individuais contido na Constituição da República Federativa do Brasil⁴, com base no art. 5º, inciso XLVII, que veda as penas de caráter perpétuo. Assim como não há pena de caráter perpétuo, também não poderá haver persecução penal perpétua, com específicas exceções feitas na própria Constituição da República sobre as hipóteses em que ocorrerá a imprescritibilidade, que são as hipóteses de crimes de racismo e as ações

¹ GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal**: artigos. 1º a 120 do Código Penal. 26. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Atlas, 2024, p.685.

² MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). 18. ed. rev., atual. e ampl. - [2. Reimp.] - Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*.

³ *Ibid.*

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: 29 ago.2024.



de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, na forma do art. 5º, incisos XLII e XLIV, da CRFB/88.⁵

No ramo do Direito Penal, a prescrição é uma das causas de extinção da punibilidade.

No ramo do Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho ensina que “prescrição e a decadência são fatos jurídicos por meio dos quais a ordem jurídica confere destaque ao princípio da estabilidade das relações jurídicas, ou, como se tem denominado atualmente, ao princípio da segurança jurídica”.⁶

Com base no art. 107, IV, do Decreto 2.848, de 7 de dezembro de 1940, alterado pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984⁷, dispõe que extingue-se a punibilidade pela prescrição, decadência ou perempção.

A legislação penal prevê duas espécies de prescrição: prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. Como o tema do trabalho trata-se do cabimento da prescrição da pretensão punitiva no processo administrativo disciplinar, despidiendas adentrar ao estudo da prescrição da pretensão executória.

No campo da prescrição da pretensão punitiva, uma das modalidades reconhecidas pela doutrina é a prescrição pela pena em perspectiva, também conhecida por ideal, hipotética ou pela pena virtual.

Ney Fayet Júnior *et al.*, com maestria, definem a prescrição em perspectiva, ou antecipada, como uma avaliação hipotética do possível desfecho da lide penal, de cuja avaliação, também abstratamente, se projetariam os efeitos para, a segui, declará-los, *in casu*, em virtude dos fatores de estruturação da pena criminal, insubsistentes.⁸

Essa espécie de prescrição nasce através de construções doutrinárias e da jurisprudência pátria. Muitos eram os tribunais de primeira instância que sustentavam o cabimento dessa modalidade de prescrição no processo penal. No entanto, essa temática era rechaçada pelos Tribunais Superiores, em especial, o Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 438, que assim dispõe: “É inadmissível a extinção da

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: 19 set.2024.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 37. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023, p.32.

⁷ BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

⁸ FAYET JÚNIOR, Ney *et al.* **Prescrição penal: temas atuais e controvertidos**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 158.



punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.⁹

Sustenta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que não cabe o reconhecimento da prescrição pela pena em perspectiva, virtual ou hipotética, sob o fundamento de que não há previsão em lei. Com base nisso, colaciona-se a decisão manifestada no Recurso Especial 991.860/RS, Relatoria do Ministro Jorge Mussi da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa:

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CÁLCULO BASEADO NA PENA HIPOTETICAMENTE FIXADA. INADMISSIBILIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 109 E 110 DO CP. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA. 1. Viola o disposto nos arts. 109 e 110 do Código Penal e dissente da orientação adotada neste Tribunal decisão que declara extinta a punibilidade, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, com suporte na sanção hipoteticamente calculada, pois o ordenamento jurídico pátrio não admite o reconhecimento da referida causa em perspectiva, antecipada ou virtual.¹⁰

Por outro lado, a Jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça vem admitindo o cabimento da prescrição retroativa no processo administrativo disciplinar comum quando se adotar na instância administrativa, o modelo do prazo prescricional vigente na instância penal, aplicando-se no processo administrativo disciplinar nos mesmos moldes daqueles aplicados ao processo criminal. Sendo assim, aponta-se o julgado da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AgInt no Recurso em Mandado de Segurança nº 51.200-PE, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, cuja ementa transcreve-se:

ADMINISTRATIVO. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. [...]. [...] 1. Esta Corte consolidou a orientação de que ao se adotar, na instância administrativa, o modelo do prazo prescricional vigente na instância penal, deve-se aplicar os prazos prescricionais ao processo administrativo disciplinar nos mesmos moldes daqueles aplicados no processo criminal; vale dizer, prescreve o poder disciplinar contra o Servidor com base na pena cominada em abstrato, nos prazos do artigo 109 do Código Penal, enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 438**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27438%27.num.&O=JT>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial 991.860/RS**. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. Cálculo baseado na pena hipoteticamente fixada. Inadmissibilidade [...]. Relator: Min. Jorge Mussi, 13 de outubro de 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=%27RESP%27.clas.+e+@num=%27991860%27&thesaurus=JURIDICO&fr=veja>. Acesso em: 29 ago. 2024.

acusação, e, após o referido trânsito ou o não provimento do recurso da acusação, com base na pena aplicada em concreto. [...].¹¹

Feitas estas considerações, passa-se a introdução das especificidades do processo administrativo disciplinar sumário em âmbito militar estadual e as hipóteses em que poderá incorrer em prescrição da pretensão punitiva, seja antecipada ou até mesmo, pela pena em perspectiva.

2. SINGULARIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR SUMÁRIO EM ÂMBITO MILITAR ESTADUAL

O processo administrativo disciplinar da Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro subdivide-se em: Processo administrativo ordinário, que são: o conselho de disciplina, que, conforme dispõe o art. 1º, *caput*, do Decreto nº 2.155, de 13 de outubro de 1978¹², julga a incapacidade do Aspirante-a-Oficial PM ou BM e das demais praças PM ou BM da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro com estabilidade assegurada, para permanecerem na ativa; conselho de justificação, cuja base legal está na Lei nº 427, de 10 de junho de 1981¹³, e no seu art. 1º, *caput*, dispõe que é destinado a julgar, através do processo especial, a incapacidade do Oficial da Polícia militar e do Corpo de Bombeiros, para permanecer na ativa; e, por fim, a comissão de revisão disciplinar, regulamentada por meio da Resolução SEPM nº 971, de 21 de dezembro de 2020, publicada por meio do Boletim da PM nº 001, de 4 de

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **AgInt noRecurso em Mandado de Segurança 51.200 - PE**. Servidor Público. Punição Disciplinar. Prescrição. Infração disciplinar identificada como crime. Prescrição retroativa no âmbito administrativo. [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 24 de setembro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601371489&dt_publicacao=03/10/2019. Acesso em: 29 ago. 2024

¹² RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto nº 2.155, de 13 de outubro de 1978**. Dispõe sobre o Conselho de Disciplina da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 1978. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/decreto-n-2155-1978-rio-de-janeiro>. Acesso em: 29 ago. 2024.

¹³ RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei nº 427, de 10 de junho de 1981**. Dispõe sobre o Conselho de Justificação para oficiais da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 1981. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/b00688bedce9ca040325658600820992?OpenDocument#:~:text=Lei%20Ordin%C3%A1ria&text=LEI%20N%C2%BA%20427%2C%20DE%2010,BOMBEIROS%20E%20D%C3%81%20OUTRAS%20PROVID%C3%81NCIAS>. Acesso em: 29 ago. 2024.



janeiro de 2021¹⁴, cujo objetivo visa julgar as Praças da Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro sem estabilidade assegurada em permanecerem nas fileiras da Corporação.

A Administração Pública Militar também possui um instrumento jurídico mais célere, que é o processo administrativo disciplinar sumário, denominado Documento de Razões de Defesa, criado por meio das instruções complementares ao regulamento disciplinar da Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro, publicado no boletim da PM nº 156, de 24 agosto de 2005.¹⁵

Esses processos têm por finalidades apurar infrações administrativas disciplinares de Policiais Militares do estado do Rio de Janeiro, visando aplicar punições administrativas, que se subdivide, da mais branda até a mais gravosa, sendo: advertência, repreensão, detenção, prisão, e, licenciamento *ex-officio* para as praças e demissão *ex-officio* para os Oficiais.

No que concerne ao cabimento da prescrição nos processos administrativos anteriormente citados, o Decreto nº 2.155, de 13 de outubro de 1978¹⁶ prevê no art. 17, *caput*, que prescrevem em 6 anos, computados da data em que forem praticados, os casos previstos neste decreto; o parágrafo único do mesmo artigo prevê que os casos previstos como crime prescrevem nos mesmos prazos para ele estabelecidos.

A Lei nº 427, de 10 de junho de 1981¹⁷, segue a mesma ritualística do Decreto nº 2.155, de 13 de outubro de 1978¹⁸, prescrevendo o processo administrativo em 6 anos. Quanto ao conteúdo da Portaria nº 971, de 21 de dezembro de 2020¹⁹, não previu prazo prescricional, no entanto, aplicar-se-á, por analogia, os mesmos prazos previstos no Decreto nº 2.155, de 13 de outubro de 1978.²⁰

No que tange ao processo administrativo disciplinar sumário, teve a jurisprudência a heroica missão de pacificar a lide, que, conforme decisão por meio de diversas ações judiciais, dentre estas, podemos citar a decisão da Egrégia Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, Relatoria da Desembargadora Suimei Meira Cavalieri, nos autos do Habeas Corpus 0023738-27.2014.8.19.0000, em que se assentou o entendimento a seguir exposto:

¹⁴ POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Boletim da PM nº 001**. Rio de Janeiro, 4 jan. 2021, p. 94-99.

¹⁵ POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Boletim da PM nº 156**. Rio de Janeiro, 24 ago. 2005, p. 62-65.

¹⁶ RIO DE JANEIRO, ref. 12.

¹⁷ RIO DE JANEIRO, ref. 13.

¹⁸ RIO DE JANEIRO, ref. 12.

¹⁹ POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, ref. 14. p.94-99.

²⁰ RIO DE JANEIRO, ref. 12.

[...] O Decreto nº 6.579/83 (Regulamento Disciplinar da PMERJ) não prevê prazo prescricional para aplicação de punições disciplinares. Assim, silente a norma especial, utiliza-se a Administração Pública a Lei nº 5.427 de 2009, que estabelece as diretrizes dos processos administrativos em âmbito estadual e prescreve em seu artigo 74 o prazo de cinco anos para apurar infrações administrativas. *In verbis*: [...].

Por sua vez, o artigo 75 determina expressamente a aplicação subsidiária dessa norma no caso de omissão nos processos administrativos específicos: [...].²¹

Assim sendo, passou-se a aplicar o prazo de 5 anos para que fosse reconhecida a prescrição da ação punitiva da Administração Pública Estadual em âmbito de processo administrativo disciplinar sumário militar.

A instauração do processo administrativo disciplinar sumário militar em âmbito estadual, pode se dar por variados motivos, seja por meio de uma transgressão da disciplina, violando as regras contidas no Decreto nº 6.579, de 5 de março de 1983 - RDPMERJ²², seja por conclusão de Inquérito Policial Militar, Sindicância, Averiguação ou outro procedimento administrativo disciplinar em que tenha sido reconhecida a hipótese de transgressão da disciplina militar.

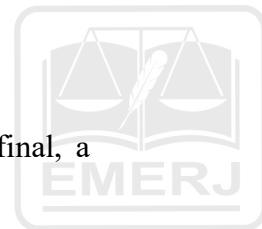
O Documento de Razões de Defesa, após instaurado, é concedido o prazo de 5 (cinco) dias úteis para que o Defendente possa apresentar defesa, conforme as instruções complementares ao regulamento disciplinar publicadas no Boletim da PM nº 156, de 24 de agosto de 2005.²³

Apresentada as razões de defesa, serão devolvidos os autos do Documento de Razões de Defesa à seção competente para tramitar o processo, onde o encaminhará para ser submetido ao exame, em regra, da Chefia Imediata e do Subcomandante da

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Habeas Corpus 0023738- 27.2014.8.19.0000**. Habeas Corpus. Transgressão disciplinar em âmbito militar. Alegação de prescrição da pretensão punitiva administrativa que se afasta. [...]. Relatoria: Des(a) Suimei Meira Cavalieri. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0023738-27.2014.8.19.0000>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²² RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto nº 6.579, de 05 de março de 1983**. Aprova o regulamento disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro - RDPM. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 1983. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/532ff819a4c39de50325681f0061559e/85d7a32b4f996d5903256c230061d4c6?OpenDocument>. Acesso em: 29 ago. 2024.

²³ POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ref. 15. p. 62-65.



Unidade Militar, que darão seus pareceres, sendo pareceres opinativos e, no final, a Autoridade Militar Superior dará a sua decisão final.

Após decisão da autoridade competente, terá a decisão que ser publicada em Boletim Interno para fins de dar publicidade ao ato e, após, dar ciência ao Defendente, que, tomado ciência da punição aplicada, terá mais 2 (dois) dias úteis para interposição de recurso de reconsideração de ato, na forma do art. 57, *caput* e §2º, do Decreto nº 6.579, de 5 de março de 1983 – RDPMERJ.²⁴

Tomando por base que os efeitos deste recurso é suspensivo, só poderá ser considerado efetivamente possível a aplicação da punição ao policial militar estadual do estado do Rio de Janeiro após a publicação da decisão no documento de razões de defesa ou da publicação da decisão da reconsideração de ato.

Como se percebe, do cometimento da transgressão, apurado por meio de procedimentos apuratórios como: averiguação, sindicância, inquérito policial militar e outros, até a instauração do documento de razões de defesa, ou em sua tramitação ordinária ou em fase recursal, poderá ensejar na prescrição da pretensão punitiva, seja ela na modalidade retroativa ou antecipada ou virtual, pois, alcançados os 5 anos de prazo, reconhecidos por força de jurisprudência do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro.

3. O (NÃO) CABIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA VIRTUAL ANTECIPADA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR ESTADUAL

A prescrição da pretensão punitiva virtual, também chamada de antecipada, em perspectiva, projetada, é incabível no processo penal por força da Súmula nº 438²⁵, do Superior Tribunal de Justiça. A inteligência do julgado que deu origem à Súmula está no sentido de que não há previsão legal para o seu reconhecimento bem como que a aplicação deste instituto no processo criminal afrontaria o princípio da presunção de não-culpabilidade. Entretanto, nada dispôs a Súmula quanto ao reconhecimento da prescrição virtual no processo administrativo disciplinar.

É sabido que o processo administrativo disciplinar contém especificidades distintas do processo judicial criminal, neste último caso, a relação jurídica é trilateral,

²⁴ RIO DE JANEIRO, ref. 22.

²⁵ BRASIL, ref. 9.

divide-se as partes em autor, réu e o juiz. Já no processo administrativo disciplinar, a relação é entre a Administração Pública e o administrado transgressor. Nesta hipótese, a Administração age em interesse próprio para fins de aplicar a devida punição disciplinar em face de seu agente que viola a lei, regulamento, normas etc.

Imperioso citar, que a autoridade administrativa militar, no ato da aplicação da punição no processo administrativo disciplinar possui uma margem interpretativa mais restritiva que a do juiz, quando no julgamento dos processos judiciais, pois, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei determina. Em razão disso, não cabe ao administrador público margem interpretativa que o autorize a deixar de observar o que está previsto na lei.

O fundamento principal desta premissa está no sentido de que o princípio da legalidade, contido no art. 37, *caput*, da CRFB/88²⁶, para a Administração Pública, tem conceito distinto em relação ao mesmo princípio para as relações entre particulares.

Na clássica conceituação deste princípio, Hely Lopes Meirelles ensina que legalidade “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”.²⁷

Um outro princípio que deve ser observado para o reconhecimento da prescrição no processo administrativo disciplinar é o da segurança jurídica.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, introduziu no ordenamento jurídico o artigo 30, que prevê que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.²⁸

Despiciendas comentar, contudo, o ordenamento jurídico brasileiro é uno, pois toda a norma pátria advém da Constituição da República. Assim sendo, deve-se fazer um diálogo entre as fontes do direito. Fazendo-se um enlace entre o Direito Penal e o Direito Administrativo para fins de aplicação do instituto da prescrição virtual, também chamada de antecipada, em perspectiva, projetada, e a sua possível aplicação no

²⁶ BRASIL, ref. 4.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015.** São Paulo: Malheiros, 2016. p. 93

²⁸ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 16 set.2024.



processo administrativo disciplinar, é necessário que se empregue uma interpretação vanguardista da norma.

A prescrição, por ser matéria de ordem pública, o seu reconhecimento deve ser dado de ofício ou por provocação do administrado ou de seu defensor, quer seja pelo juiz em controle jurisdicional, quer pela autoridade administrativa militar.

Nas hipóteses em que o desenrolar das investigações ou de quaisquer dos procedimentos administrativos apuratórios encontrar-se em vias de alcançar o prazo de 5 anos, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro²⁹, para as hipóteses de instauração de documento de razões de defesa, ou 6 anos, para os conselhos de disciplina³⁰ e para o conselhos de justificação³¹, conforme as legislações que tratam desses processos administrativos disciplinares, em homenagem aos princípios da segurança jurídica, autotutela, proporcionalidade, razoabilidade, etc., deve-se fazer um diálogo entre as fontes, aplicando-se o instituto da prescrição virtual, reconhecendo-a de ofício ou por meio de provocação.

Importante mencionar ainda que os prazos previstos para a instauração dos conselhos de disciplina e dos conselhos de justificação poderão ser menores que os de 6 anos, quando observado a redação do art. 17, parágrafo único da Lei nº 427, de 10 de junho de 1981³², nas hipóteses em que a transgressão disciplinar também caracteriza indícios de cometimento de crime.

Nestes casos, deverá ser feita uma leitura do art. 125, incisos VI e VII do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969³³, que prevê respectivamente prazos prescricionais de 4 anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois e de 3 anos, se o máximo da pena é inferior a 1 ano, esta última hipótese, trazida pela Lei 14.688, de 2003.³⁴

A autoridade administrativa militar poderá levar em consideração o tempo em que o processo administrativo demora para tramitar: desde a sua instauração;

²⁹ BRASIL, ref. 21.

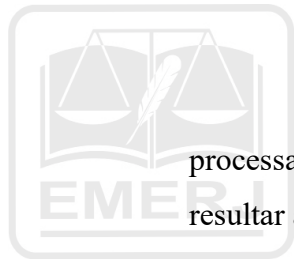
³⁰ RIO DE JANEIRO, ref. 12.

³¹ RIO DE JANEIRO, ref. 13.

³² *Ibid.*

³³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.** Código Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 17 set. 2024.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023.** Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar). Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14688.htm#art2. Acesso em: 17.set.2024.



processamento; publicação; e aplicação das punições administrativas, que poderão resultar até em medidas administrativas restritivas de liberdade.

Nas hipóteses em que o prazo de 5 anos se encerra no curso do processo administrativo disciplinar militar, pode a autoridade administrativa reconhecer a prescrição de ofício, deixando de extrair o documento de razões de defesa ou a instauração dos processos administrativos ordinários, sem que isso importe em violação ao princípio da legalidade, pois estaria a autoridade administrativa privilegiando um princípio base do estado democrático de direito, que é o da segurança jurídica.

Fazendo-se uma análise percuciente acerca do cabimento da prescrição virtual nos processos administrativos disciplinares militar, cabe à autoridade administrativa militar fazer uma ponderação de valores entre os princípios da legalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade, autotutela e segurança jurídica, dando ênfase a este último, buscando assim, o melhor interesse da Administração Pública para assegurar aos administrados a confiança legítima, sem deixar a sensação de impunidade, bem como não transferindo a responsabilidade de sua inércia para o possível transgressor.

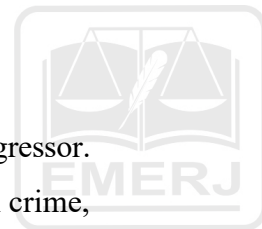
CONCLUSÃO

O presente artigo buscou persuadir acerca do cabimento da prescrição virtual, também chamada de antecipada, em perspectiva ou projetada, no processo administrativo disciplinar militar em âmbito estadual, seja o de natureza sumária ou o ordinário, que visam aplicar uma punição disciplinar em face do Militar Estadual do estado do Rio de Janeiro.

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, determina as autoridades públicas, dentre estas se engloba as autoridades militares estaduais, que empreguem seus esforços para fins de aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas.

Conforme exhaustivamente exposto, prescrição é instituto de ordem pública, devendo sê-la reconhecida de ofício pela autoridade pública, sendo assim, não é crível que esta autoridade ignore o seu cabimento de forma antecipada, resultando em instauração de processos administrativos disciplinares inúteis com fim certo

Impende mencionar que existem procedimentos administrativos apuratórios que possuem certa carga de complexidade, que importará em anos de apuração, mas



isso não pode, de forma alguma, ser transferido esse encargo ao administrado transgressor.

Conforme preceitua a legislação castrense, sendo a transgressão também crime, o prazo prescricional poderá ser ainda menor, o que requer maior celeridade na apuração, sem que viole outros princípios constitucionais, como ampla defesa e o contraditório.

Por fim, entende-se que é possível que seja reconhecida a prescrição virtual, antecipada, ou em perspectiva, nos processos administrativos disciplinares militares, seja no documento de razões de defesa, comissão de revisão disciplinar, conselhos de disciplina ou nos conselhos de justificação, quando, no curso destes, fatalmente, ocorrer a consumação do prazo, cabendo a autoridade administrativa militar aplicar o seu reconhecimento, seja de ofício ou por provocação, garantindo segurança jurídica para os administrados, prezando integridade do ordenamento jurídico em busca da melhor justiça.

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: 29 ago.2024.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 16 set.2024.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Brasília, DF: Presidência da República, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023**. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar). Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Lei/L14688.htm#art2. Acesso em: 17.set.2024.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **AgInt noRecurso em Mandado de Segurança 51.200 - PE**. Servidor Público. Punição Disciplinar. Prescrição. Infração disciplinar identificada como crime. Prescrição retroativa no âmbito administrativo. [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 24 de setembro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601371489&dt_publicacao=03/10/2019. Acesso em: 29 ago. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso Especial 991.860/RS**. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. Cálculo baseado na pena hipoteticamente fixada. Inadmissibilidade [...]. Relator: Min. Jorge Mussi, 13 de outubro de 2008. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=%27RESP%27.clas.+e+@num=%27991860%27&thesaurus=JURIDICO&fr=veja>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 438**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27438%27.num.&O=JT>. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Habeas Corpus 0023738-27.2014.8.19.0000**. Habeas Corpus. Transgressão disciplinar em âmbito militar. Alegação de prescrição da pretensão punitiva administrativa que se afasta. [...]. Relatoria: Des(a) Suimei Meira Cavalieri. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#!/consultapublica?numProcessoCNJ=0023738-27.2014.8.19.0000>. Acesso em: 29 ago. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. 37. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023.

FAYET JUNIOR, Ney; PETEK, João Pedro; QUEIJO, Maria Elizabeth; FAYET, Paulo, DOTTI, René Ariel; SIEGMANN, Roberto Teixeira *et al.* **Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal: artigos. 1º a 120 do Código Penal**. 26. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Atlas, 2024.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 18. ed. rev., atual. e ampl. - [2. Reimp.]. Rio de Janeiro: Método, 2024. *E-book*.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO RIO DE JANEIRO. **Boletim da PM nº 156**. Rio de Janeiro, 24 ago. 2005.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO RIO DE JANEIRO. **Boletim da PM nº 001**. Rio de Janeiro, 04 jan. 2021.



RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto nº 2.155, de 13 de outubro de 1978.** Dispõe sobre o Conselho de Disciplina da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 1978. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/decreto-n-2155-1978-rio-de-janeiro>. Acesso em: 29 ago. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Decreto nº 6.579, de 05 de março de 1983.** Aprova o regulamento disciplinar da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro - RDPM. Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 1983. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/532ff819a4c39de50325681f0061559e/85d7a32b4f996d5903256c230061d4c6?OpenDocument>. Acesso em: 29 ago. 2024.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Lei nº 427, de 10 de junho de 1981. Dispõe sobre o Conselho de Justificação para oficiais da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros.** Rio de Janeiro, RJ: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 1981. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/b00688bedce9ca040325658600820992?OpenDocument#:~:text=Lei%20Ordin%C3%A1ria&text=LEI%20N%C2%BA%20427%2C%20DE%2010,BOMBEIROS%20E%20D%C3%81%20OUTRAS%20PROVID%C3%81NCIAS>. Acesso em: 29 ago. 2024.

A PENHORABILIDADE DO IMÓVEL FINANCIADO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA POR DÍVIDAS CONDOMINIAIS

Rodrigo Zimetbaum

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado.

Resumo – a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento consolidado de que, nos termos do Recurso Especial 2.036.289/RS, devido a regime jurídico especial, não se admitia, na alienação fiduciária em garantia, a penhora do imóvel objeto do contrato por dívidas de condomínio. A questão tornou-se controvertida com a decisão proferida no Recurso Especial 2.059.278/SC, que, reconhecendo a natureza *propter rem* da obrigação condominial, permitiu a constrição do bem para sua satisfação. No presente trabalho, visa-se a análise da divergência jurisprudencial à luz da doutrina e legislação para que se compreendam as razões de cada uma das decisões. Ao fim, pretende-se identificar qual delas é mais consentânea com os interesses jurídicos tutelados, compatibilizando a alienação fiduciária em garantia com a função social da propriedade no condomínio edilício, sem perder de vista a função socioeconômica do instituto.

Palavras-chave – Direito Civil. Alienação fiduciária em garantia. Dívidas condominiais. Penhora.

Sumário – Introdução. 1. A controvérsia jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça acerca da penhorabilidade do imóvel alienado fiduciariamente por dívidas condominiais. 2. A natureza *propter rem* das obrigações condominiais e seu impacto na alienação fiduciária em garantia. 3. Compatibilização da função socioeconômica da alienação fiduciária em garantia e da função social da propriedade no condomínio edilício. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa a atual divergência existente no Superior Tribunal de Justiça quanto à penhorabilidade do imóvel financiado com alienação fiduciária em garantia por dívidas condominiais contraídas pelo devedor fiduciário. Pretende-se demonstrar que deve prevalecer a orientação segundo a qual é possível a constrição do referido bem.

A alienação fiduciária é negócio jurídico de extrema relevância na atualidade, demonstrando-se mais vantajoso que os demais direitos reais de garantia em função de sua eficiência na tutela dos interesses dos contratantes. Para o credor fiduciário, a transferência da propriedade confere maior proteção ao seu crédito e facilita sua satisfação. Com isso, os riscos da operação de financiamento são reduzidos, o que diminui, também, os custos, tornando mais acessível a aquisição de bens a prazo pelo consumidor.

Apesar do reconhecimento de sua utilidade, a alienação fiduciária para financiamento de imóvel em condomínio edilício traz consigo grande dúvida, qual seja, de quem seria a



responsabilidade patrimonial pelos débitos condominiais contraídos pelo condômino-devedor. Isso, porque, embora tenham sido assumidas por ele, possuidor direto da coisa, as obrigações em questão têm natureza *propter rem* e, assim, poderiam ser exigidas do proprietário do bem, isto é, o credor fiduciário. Nesse contexto, questiona-se a possibilidade de penhora do imóvel alienado fiduciariamente em garantia para satisfazer o crédito de titularidade do condomínio edilício.

No Superior Tribunal de Justiça, o estado atual da jurisprudência sobre o tema é totalmente controvertido. Em 18 de abril de 2023, no Recurso Especial 2.036.289/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, a Terceira Turma da Corte entendeu pela impossibilidade de penhora do imóvel que dá origem ao débito condominial. No entanto, em 23 de maio do mesmo ano, a Quarta Turma, no Recurso Especial 2.059.278/SC, cujo acórdão fora redigido pelo Ministro Raul Araújo, manifestou-se em sentido contrário, admitindo a constrição do bem pelo condomínio exequente, independentemente da existência de alienação fiduciária. Dessa maneira, percebe-se a atualidade da divergência, que pode colocar em risco a segurança jurídica que reveste o instituto, elevando a álea do negócio e afastando-o de sua função socioeconômica.

Inicia-se o primeiro capítulo deste artigo com a apresentação dos argumentos sustentados por cada uma das turmas do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que se compreenda o atual estágio da controvérsia jurisprudencial instaurada.

Em sequência, no segundo capítulo, busca-se demonstrar que, apesar da posição da Terceira Turma da Corte Superior, a legislação atual não descaracteriza a natureza *propter rem* das obrigações oriundas de débitos condominiais na alienação fiduciária em garantia, o que permite a penhora do imóvel objeto do negócio.

Por fim, no terceiro capítulo, sustenta-se a compatibilização da função socioeconômica da alienação fiduciária em garantia com a função social da propriedade no condomínio edilício, viabilizando a utilidade prática daquele instituto mesmo diante da possibilidade de constrição do bem.

A presente pesquisa jurídica se desenvolve a partir do método qualitativo, em que o pesquisador pretende se valer de pesquisa exploratória prévia na doutrina, jurisprudência e legislação para, com base na bibliografia reunida, expor os argumentos que sustentam a sua tese.

1. A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA PENHORABILIDADE DO IMÓVEL ALIENADO FIDUCIARIAMENTE POR DÍVIDAS CONDOMINIAIS

Em abril de 2023, no julgamento do Recurso Especial 2.036.289/RS¹, reforçando a jurisprudência que vinha se consolidando na Corte, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça declarou, por unanimidade, a impenhorabilidade do imóvel alienado fiduciariamente para satisfação de dívidas condominiais contraídas pelo devedor fiduciante, ressalvada a possibilidade de penhora do seu direito real de aquisição do bem.

Dentre os argumentos apresentados pela Ministra Nancy Andrigli, relatora do acórdão, destaca-se a afirmação de que, embora débitos condominiais tenham, em regra, natureza *propter rem*, conforme se extrai do art. 1.345, do Código Civil², nada impede que o ordenamento jurídico preveja exceções³. Nesse sentido, a responsabilidade patrimonial na alienação fiduciária de imóveis teria regramento próprio, insculpido no art. 1.368-B, parágrafo único, do Código Civil⁴ e art. 27, §8º, da Lei nº 9.514/97⁵, que excluiriam a sujeição passiva do credor fiduciário pelo pagamento de despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, antes de sua consolidação na propriedade plena da coisa. Segundo a magistrada, o objetivo da norma seria proteger o credor fiduciário, que tem a propriedade resolúvel como mero direito real de garantia⁶.

Consequentemente, restou definido que, como o credor fiduciário não responde pela dívida contraída pelo devedor fiduciante perante o condomínio, não poderia ter seu patrimônio atingido na persecução do referido crédito, razão pela qual o imóvel, de sua propriedade, não poderia ser penhorado⁷.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2.036.289/RS**. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Embargos à Execução. Alegação de violação de dispositivo constitucional [...]. Relatora: Min. Nancy Andrigli, 18 de abril de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203441647&dt_publicacao=20/04/2023. Acesso em: 16 jun. 2024, p. 10.

² 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: 16 fev. 2024.

³ BRASIL, ref.1, p. 10.

⁴ BRASIL, ref.2.

⁵ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/lei-n-9.514-de-20-de-novembro-de-1997>. Acesso em: 19 fev. 2024.

⁶ BRASIL, ref.1, p. 13.

⁷ BRASIL, ref.1, p. 16.



A conclusão do julgado aponta que, por força do arcabouço normativo que regula a alienação fiduciária em garantia, apenas o devedor fiduciante, possuidor direto da coisa, arcaria com os débitos condominiais originados de sua relação jurídica material com o bem. Assim, finaliza a Ministra afirmando que:

[...] se o devedor fiduciante responde pelos débitos condominiais, por força dos arts. 27, § 8º, da Lei nº 9.514/1997 e 1.368-B, parágrafo único, do CC/2002, todos os bens e direitos que integram o seu patrimônio respondem pela satisfação da dívida, no qual não está incluído o imóvel, mas está o direito real de aquisição derivado da alienação fiduciária (art. 1.368, caput, do CC/2002), que pode ser penhorado, por expressa autorização legal no art. 835, XII, do CPC/2015⁸.

Diante da posição jurisprudencial firmada, a doutrina especializada passou a se orientar no mesmo sentido, negando a possibilidade de penhora do imóvel por dívidas de condomínio assumidas pelo devedor fiduciante. São estes os comentários de Marco Aurélio Bezerra de Melo⁹ sobre o tema:

[...] se o credor fiduciário recuperar a posse do bem com a consolidação da propriedade, o que se dará com o inadimplemento do devedor, observadas as garantias processuais, será dele a responsabilidade por todas as obrigações *propter rem* que incidirem sobre o bem objeto da garantia, a partir da data da efetiva imissão na posse. Enquanto tal fato não ocorrer, ainda que juridicamente o bem seja do credor pela incidência da condição resolutiva dos direitos do devedor, será deste a responsabilidade por tais pagamentos. Essa regra objetiva preservar os interesses patrimoniais do credor fiduciário, esclarecendo que enquanto este não estiver com o bem gravado em suas mãos, não poderá ser cobrado por dívida decorrente dessa titularidade.

No entanto, pouco mais de um mês depois de publicada a decisão supracitada, sobreveio julgamento do Recurso Especial 2.059.278/SC¹⁰, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que se exarou entendimento diametralmente oposto ao anteriormente firmado. Reconhecendo o rompimento com a jurisprudência que se formava na Corte, decidiu-se, por maioria, pela possibilidade de penhora do imóvel alienado fiduciariamente em garantia por conta de dívidas condominiais.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2.036.289/RS**. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Embargos à Execução. Alegação de violação de dispositivo constitucional [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de abril de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203441647&dt_publicacao=20/04/2023. Acesso em: 16 jun. 2024, p. 18.

⁹ SCHREIBER, Anderson, *et al.* **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1149.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 2.059.278/SC**. Civil. Recurso Especial. Ação de Cobrança. Contribuições condominiais [...]. Relator: Min. Marco Buzzy, 23 de maio de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200869885&dt_publicacao=12/09/2023. Acesso em: 19 fev. 2024.

O voto vencedor, de autoria do Ministro Raul Araújo, é pautado na compreensão de que a interpretação que vinha sendo empregada aos diplomas normativos que regem a alienação fiduciária estaria equivocada¹¹. Isso, porque, segundo ele, ao contrário do sustentado pela Ministra Nancy Andrighi, os dispositivos legais que regulam a responsabilidade do credor fiduciário por débitos de condomínio teriam aplicabilidade somente entre as partes contratantes da alienação fiduciária. Desse modo, não estaria descaracterizada a ambulatoriedade das obrigações em questão, o que permitiria a penhora do imóvel a elas vinculado por terceiros.

Além disso, o julgado se estrutura na noção de proporcionalidade para concluir que “[...] a natureza *propter rem* (das obrigações condominiais) se sobreleva ao direito do próprio credor fiduciário”¹², posto que não seria razoável conferir tratamento especial à instituição financeira credora, impedindo a penhora de imóvel do qual detém propriedade resolúvel e limitada, em detrimento dos demais condôminos, que, embora plenos proprietários, seriam forçados a suportar o ônus da inadimplência do fiduciante.

No mesmo sentido, o Ministro João Otávio de Noronha, em seu voto vogal, acompanhando a divergência instaurada, sustenta que a relação contratual entabulada na alienação fiduciária em garantia não seria capaz de afastar a imposição legal de que o proprietário se responsabiliza pelas obrigações próprias da coisa. Arremata afirmando que:

[...] o fato de termos precedentes não impede que a jurisprudência evolua. Com efeito, não podemos ficar estratificados em erros do passado ou numa visão que, às vezes, já não corresponde àquilo que realmente traduz a natureza das coisas¹³.

Assim sendo, da análise dos julgados, percebe-se que o atual estado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema é completamente controvertido, criando um cenário de grande insegurança jurídica. Embora sejam diversos os argumentos usados por cada um dos magistrados para determinar a (im)penhorabilidade do imóvel alienado fiduciariamente por dívidas de condomínio, nota-se que o ponto fulcral do debate reside na identificação da natureza jurídica das obrigações advindas das relações condominiais na seara da alienação fiduciária em garantia.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 2.059.278/SC**. Civil. Recurso Especial. Ação de Cobrança. Contribuições condominiais [...]. Relator: Min. Marco Buzzy, 23 de maio de 2023.

Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200869885&dt_publicacao=12/09/2023. Acesso em: 19 fev. 2024, p. 21.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, p. 26.



2. A NATUREZA *PROPTER REM* DAS OBRIGAÇÕES CONDOMINIAIS E SEU IMPACTO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

As obrigações *propter rem*, ou ambulatorias, podem ser conceituadas como aquelas que decorrem da titularidade de um direito real sobre determinada coisa, tratando-se de dever que acompanha a qualidade de sujeito ativo desse direito. Tradicionalmente, dá-se o exemplo da dívida condominial, eis que, conforme leciona o art. 1.345, do Código Civil¹⁴, o adquirente de um imóvel em condomínio edilício responde pelos débitos do alienante, inclusive multas e juros moratórios.

Na alienação fiduciária, contudo, é adicionado um complicador à questão, qual seja, o fato de o credor fiduciário apenas titularizar a propriedade da coisa para fins de garantia. Ou seja, embora seja ele o proprietário, é o devedor fiduciante quem estabelece uma relação material com o bem. Nesse contexto, poderia surgir dúvida acerca da responsabilidade patrimonial pelo pagamento das dívidas condominiais.

A definição da controvérsia é relevante não apenas para determinar a legitimidade passiva na cobrança de obrigações inadimplidas, mas para aferir a existência de eventual direito regressivo no caso concreto. Isso, pois, à luz das lições de José Roberto de Castro Neves¹⁵, faz-se mister lembrar que as obrigações *propter rem* não prestigiam o enriquecimento sem causa, de modo que aquele que realizar o pagamento perante o credor poderá cobrar regressivamente do antigo proprietário, se a dívida se originou antes da transferência do domínio.

Não há que se confundir, no entanto, a responsabilidade patrimonial pela dívida com a natureza ambulatorial da obrigação. No primeiro caso, determina-se qual é o patrimônio que poderá ser atingido para a satisfação do crédito. Já no segundo, a relação obrigacional assume uma série de características peculiares, dentre as quais se destaca o fato de que o próprio bem, do qual decorre a dívida, é garantia do seu pagamento¹⁶. Com bem pontua Luiz Antonio Scavone Junior¹⁷, “não se deve confundir a penhora que sempre deve recair sobre a unidade

¹⁴ 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: 16 fev. 2024.

¹⁵ NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**. 7. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 77-78.

¹⁶ A jurisprudência pátria é firme ao afirmar que, tratando-se de dívida de condomínio, obrigação de natureza *propter rem*, o próprio imóvel gerador das despesas constitui garantia de pagamento da dívida, podendo o proprietário do imóvel ter esse bem penhorado na ação de cobrança. Para conferir julgados nesse sentido, ver: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1049-1052.

¹⁷ *Ibid.*, p. 1053.

condominial em razão da natureza *propter rem* da despesa (CC, art. 1.345) com a legitimidade para responder pela ação, que nem sempre recai sobre o proprietário”¹⁸.

Em discussão similar à analisada na presente pesquisa, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, em sede de contrato de compromisso de compra e venda, o que define a responsabilidade do promitente comprador ou promitente vendedor pelos débitos condominiais não é o registro da avença, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação¹⁹. Nota-se, entretanto, que, independentemente da parte onerada pela obrigação, a natureza desta continua sendo ambulatorial, o que significa que, seja o devedor o promitente comprador ou vendedor, o imóvel do qual advém o débito poderá ser penhorado para satisfazê-lo²⁰.

Na alienação fiduciária em garantia, a responsabilidade de cada uma das partes contratantes encontra-se expressamente prevista em lei. Dispõe o art. 1368-B, parágrafo único, do Código Civil²¹, que o credor fiduciário só responderá pelo pagamento de despesas condominiais e outros encargos a partir de sua consolidação na propriedade plena do bem, com sua imissão na posse direta do imóvel. Igualmente, prevê o art. 27, §8º, da Lei nº 9.514/97²², que o devedor arcará com os débitos de condomínio enquanto tiver a posse da coisa.

Interpretando os dispositivos, a Ministra Nancy Andrighi conclui, na fundamentação do Recurso Especial 2.036.289/RS²³, que as normas supracitadas configurariam uma exceção à

¹⁸ Em sentido contrário, Sérgio Ulpiano Itagiba, para quem “[...] em momento algum o ordenamento estabelece que os imóveis aos quais se relacionam as dívidas *propter rem* estão em posição de garanti-las [...]”. ITAGIBA, Sérgio Ulpiano. Da manutenção da natureza jurídica do crédito de obrigação *propter rem* cedido a terceiro.

Revista IBRADIM de Direito Imobiliário, n. 1, p. 183, nov/2018.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). **Recurso Especial 1.345.331/RS**. Processo Civil. Recurso Especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Condomínio [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 8 de abril de 2015. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46363834&num_registro=201201992764&data=20150420&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 18 jun. 2024.

²⁰ A título de exemplo, cita-se: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (22. Câmara Cível).

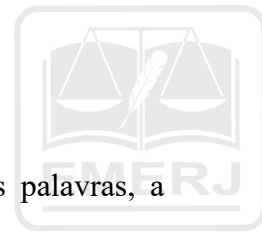
Agravo de Instrumento 0013379-37.2022.8.19.0000. Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Satisfação de débito oriundo de cotas condominiais. Promessa de compra e venda não levada a registro. Decisão agravada que determinou a penhora o imóvel [...]. Relatora: Des. Monica de Faria Sardas, 7 de julho de 2022. Disponível em:

<https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043A295144527D4864BABCBC6D89D95F20C51219344F03>. Acesso em: 12 set. 2024.

²¹ 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: 16 fev. 2024.

²² BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/lei-n-9.514-de-20-de-novembro-de-1997>. Acesso em: 19 fev. 2024.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2.036.289/RS**. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Embargos à Execução. Alegação de violação de dispositivo constitucional [...].



regra geral de que o proprietário suporta as dívidas condominiais. Em outras palavras, a legislação específica do contrato de alienação fiduciária em garantia afastaria a natureza *propter rem* das obrigações em tela. Contudo, não é essa a melhor leitura a ser empregada ao caso.

Conforme exposto acima, a alienação fiduciária instaura um cenário de maior complexidade em relação à responsabilidade pelas dívidas decorrentes da própria coisa, em razão do desdobramento da posse do imóvel e dos interesses de cada dos contratantes. Essa peculiaridade inspirou o legislador a regular especificamente os deveres das partes, antecipando a discussão acerca da sujeição passiva das obrigações no período em que o devedor fiduciante estava com o bem, embora a propriedade plena tenha retornado ao credor fiduciário.

Basta cogitar o exemplo em que o fiduciante não tenha honrado com as despesas condominiais, nem com as parcelas do financiamento do imóvel, o que enseja a retomada da unidade pelo fiduciário. Compatibilizando a redação do art. 1.345, do Código Civil²⁴, com os arts. 1.368-B, parágrafo único, do Código Civil e 27, §8º, da Lei nº 9.514/97²⁵, é possível afirmar que, ainda que o credor fiduciário, como proprietário, esteja obrigado a arcar com as dívidas decorrentes do bem frente ao condomínio, poderá, em respeito à natureza *propter rem* da obrigação, exigir em regresso a restituição das quantias que se originaram antes de sua imissão na posse, em face do devedor fiduciante.

Vale ressaltar que a referida interpretação, desenvolvida no voto vencedor do Ministro Raul Araújo no Recurso Especial 2.059.278/SC²⁶, não é inédita, tendo em vista que existem previsões legislativas que operam em lógica idêntica. É o caso da Lei nº 8.245/91²⁷, cujo art. 23, inciso XII expõe ser dever do locatário pagar as despesas ordinárias do condomínio. Disso, extrai-se que a responsabilidade pelo pagamento das referidas verbas é do inquilino, o que

Relatora: Min. Nancy Andrichi, 18 de abril de 2023. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203441647&dt_publicacao=20/04/2023. Acesso em: 16 jun. 2024.

²⁴ 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: 16 fev. 2024.

²⁵ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/lei-n-9.514-de-20-de-novembro-de-1997>. Acesso em: 19 fev. 2024.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 2.059.278/SC**. Civil. Recurso Especial. Ação de Cobrança. Contribuições condominiais [...]. Relator: Min. Marco Buzzy, 23 de maio de 2023. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200869885&dt_publicacao=12/09/2023. Acesso em: 19 fev. 2024.

²⁷ BRASIL. **Lei 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/8245.htm. Acesso em: 10 ago. 2024.

significa dizer que, uma vez paga a dívida pelo locador que reassume a posse do imóvel locado, as quantias originadas ao tempo da locação poderão ser reavidas regressivamente do locatário.

Destaca-se, dessa forma, que, ao contrário da tese sustentada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a repartição da responsabilidade pelos débitos condominiais no curso da alienação fiduciária em garantia não institui nenhum tipo de regra excepcional desse contrato em relação ao regime geral do art. 1.345, do Código Civil²⁸.

Além disso, é possível, em ao menos três ocasiões, extrair da própria Lei nº 9.514/97²⁹ razões para crer que as obrigações condominiais mantêm a natureza *propter rem* no contrato de alienação fiduciária em garantia, de modo que se torna interesse tanto do credor fiduciário quanto do devedor fiduciante saldá-las, sob pena de o imóvel poder ser penhorado para tanto.

A primeira delas é o art. 26, §1º, da Lei nº 9.514/97³⁰, que possibilita ao credor fiduciário mandar intimar o devedor fiduciante para satisfazer as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel que estiverem vencidas e não pagas. O dispositivo é elucidador tanto ao indicar claro interesse do credor fiduciário no pagamento dessas verbas, quanto ao expressar, em sua literalidade, que as dívidas de condomínio são imputáveis ao próprio imóvel³¹.

A segunda ocasião é a do art. 27, §2º, da Lei nº 9.514/97³², ao exigir que o lance dado em segundo leilão para arrematar o imóvel contemple não apenas o valor integral da dívida garantida pela alienação fiduciária em garantia, mas uma série de encargos legais, dentre os quais se inserem as contribuições condominiais. É evidente o objetivo do legislador em assegurar que tais verbas sejam pagas, resguardando o legítimo interesse dos demais condôminos, terceiros de boa-fé, e a realização da função social do contrato. Ademais, se o próprio imóvel garante o pagamento das obrigações *propter rem* a ele vinculadas, a arrematação do bem é o momento ideal para que sejam incluídos no preço da coisa tais custos.

Por fim, o art. 27, §2º-B, da Lei nº 9.514/97³³ leciona que para que o devedor fiduciário exerça seu direito de preferência e arremate o bem, ele deverá, também, pagar o preço

²⁸ 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: 16 fev. 2024.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/lei-n-9.514-de-20-de-novembro-de-1997>. Acesso em: 19 fev. 2024.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Na doutrina, Scavone Junior cita mais uma série de exemplos em que a lei expressa que a obrigação recai sobre o imóvel, e não sobre o titular, deixando clara a sua natureza *propter rem*. Ver: SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1048.

³² BRASIL, ref.29.

³³ *Ibid.*



correspondente aos encargos condominiais em atraso. Ora, se a alienação fiduciária em garantia fosse regida por um regime diferenciado de responsabilidade patrimonial que impedisse o credor fiduciário de ser exigido das dívidas de condomínio anteriores à sua imissão na posse, não haveria qualquer necessidade de embutir a referida verba no preço de arrematação, posto que o credor fiduciário não teria nenhum interesse na satisfação desse débito. Ao contrário, o que se nota é que, aos olhos do legislador, tanto o credor fiduciário quanto o devedor fiduciante têm, perante terceiros, o dever de arcar com as obrigações *propter rem* decorrentes do imóvel alienado fiduciariamente em garantia, embora, na relação interna entre eles, o fiduciante tenha sido eleito o sujeito legítimo a suportar o encargo final, nos termos do art. 1.368, parágrafo único, do Código Civil³⁴ e arts. 23, §2º e 27, §8º, da Lei nº 9.514/97³⁵.

Assim sendo, em virtude dos argumentos expostos, conclui-se, em linha com os fundamentos apresentados pelo Ministro Raul Araújo no voto vencedor do Recurso Especial 2.059.278/SC³⁶, que as regras próprias que regulam a alienação fiduciária em garantia não descaracterizam a natureza *propter rem* das obrigações condominiais decorrentes do imóvel objeto do contrato. Em última instância, o raciocínio adotado, com fulcro na interpretação sistemática do ordenamento jurídico, admite a penhora do imóvel alienado fiduciariamente em garantia para a satisfação de débitos de condomínio. Conclui Scavone Junior³⁷:

[...] por interpretação extensiva e sistemática, a alienação do imóvel em execução de despesas de condomínio promovida em face do usufrutuário, do promitente comprador, do fiduciante ou de outro titular qualquer sobre o imóvel que deve responder pelas despesas condominiais [...], tratando-se de despesas de condomínio, pela sua natureza *propter rem* como se tem insistido, não serão os direitos, mas o próprio imóvel que deverá ser penhorado.

Como se verá a seguir, tal posição revela-se compatível com a função social do referido contrato, bem como da propriedade.

³⁴ 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: 16 fev. 2024.

³⁵ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/lei-n-9.514-de-20-de-novembro-de-1997>. Acesso em: 19 fev. 2024.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 2.059.278/SC**. Civil. Recurso Especial. Ação de Cobrança. Contribuições condominiais [...]. Relator: Min. Marco Buzzy, 23 de maio de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200869885&dt_publicacao=12/09/2023. Acesso em: 19 fev. 2024.

³⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1048.

3. COMPATIBILIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIOECONÔMICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO CONDOMÍNIO EDILÍCIO

Como exposto ao longo do presente trabalho, antes do julgado paradigmático proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a jurisprudência pátria se orientava a partir das lições exaradas no Recurso Especial 2.036.289/RS³⁸, que nega a possibilidade de penhora do imóvel alienado fiduciariamente por dívidas condominiais. Restaria, alternativamente, a via da penhora dos direitos aquisitivos do devedor fiduciante para saldar o débito existente.

A decisão tem por fundamento a noção de que, segundo a Ministra Nancy Andrighi, o credor fiduciário não integraria a relação jurídica de direito material frente ao condomínio e, por isso, não poderia ter seu patrimônio atingido por dívida que não lhe pertence, nos termos do art. 789, do Código de Processo Civil³⁹. Assim, restaria ao condomínio buscar bens e direitos integrantes do acervo patrimonial do devedor fiduciante, dentre os quais se inseriria o direito aquisitivo sobre o imóvel alienado fiduciariamente. A solução proposta não se mostra, contudo, consentânea com os interesses jurídicos que merecem tutela no caso concreto.

Sua operacionalização se daria a partir do leilão judicial do direito real do devedor fiduciante, cujo valor seria representado pela quantia já quitada do financiamento, dispensada qualquer avaliação. Com isso, o eventual arrematante paga aquilo que já fora despendido pelo devedor fiduciante e se sub-roga em sua posição contratual, assumindo o pagamento das prestações vincendas perante o credor fiduciário e mantendo intacta a garantia constituída sobre o imóvel, desde que mediante previsão expressa no edital de leilão. Já o preço pago pelo arrematante se destinaria à satisfação da dívida condominial, sendo o remanescente restituído ao devedor fiduciante, que já não mais terá direito algum sobre o imóvel⁴⁰. Embora engenhosa, a lógica apresenta algumas inconveniências.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2.036.289/RS**. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Embargos à Execução. Alegação de violação de dispositivo constitucional [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de abril de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203441647&dt_publicacao=20/04/2023. Acesso em: 16 jun. 2024.

³⁹ 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.gov.br/planalto/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/codigo-de-processo-civil-lei-n-13.105-de-16-de-marco-de-2015>. Acesso em: 9 set. 2024.

⁴⁰ ANDRADE, Carolina de; DURAZZO, Kelly; LEAL, Rebeca. Mudança de entendimento do STJ coloca em risco alienação fiduciária. **Migalhas**, São Paulo, 7 jun. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/387896/mudanca-de-entendimento-do-stj-coloca-em-risco-alienacao-fiduciaria>. Acesso em: 9 set. 2024.



Primeiramente, não se pode perder de vista que as obrigações condominiais estão indissociavelmente atreladas à função social da propriedade, insculpida no art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal da República⁴¹. Nesse aspecto, é forçoso reconhecer que, ao reduzir o patrimônio alcançável pelo condomínio na busca pelo pagamento de seu crédito, a interpretação restritiva acerca da responsabilidade do credor fiduciário acaba por repartir entre todos os demais condôminos a inadimplência do devedor fiduciante. Em outras palavras, torna-se mais oneroso ao condomínio perseguir as quantias devidas, já que o devedor fiduciante, no mais das vezes, não tem patrimônio suficiente para responder pela dívida que gerou.

Paralelamente, a partir do entendimento adotado pelo Recurso Especial 2.036.289/RS⁴², o credor fiduciário tem seu patrimônio – ressalta-se, vultoso – imune a qualquer tipo de constrição, exercendo seu domínio sobre o bem de modo totalmente alheio à sua função social. Constata-se, a partir disso, verdadeira negativa de vigência ao art. 1.315 do Código Civil⁴³, segundo o qual o condômino é obrigado a concorrer para as despesas de conservação da coisa. O mero fato de a propriedade fiduciária ter como escopo a garantia de dívida oriunda de contrato de financiamento não desnatura a condição de proprietário do credor fiduciário e, como consagrado pela doutrina, a propriedade obriga. Afinal, “o rateio das despesas é inerente à propriedade de uma unidade em um condomínio edilício”⁴⁴.

Existe, na realidade, um contrassenso na posição adotada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, a um só tempo, relega o direito de propriedade do credor fiduciário ao *status* de mera garantia contratual, mas assegura a ele maior proteção jurídica do que aos demais condôminos, cuja propriedade é plena. Ora, se todos os condôminos têm o dever de arcar com os custos comuns do condomínio edilício, inclusive aqueles que cedem a posse direta de suas unidades autônomas a terceiros, razão não há para que o credor fiduciário se

⁴¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2.036.289/RS**. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Embargos à Execução. Alegação de violação de dispositivo constitucional [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de abril de 2023. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203441647&dt_publicacao=20/04/2023. Acesso em: 16 jun. 2024.

⁴³ 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: 16 fev. 2024.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 2.059.278/SC**. Civil. Recurso Especial. Ação de Cobrança. Contribuições condominiais [...]. Relator: Min. Marco Buzzy, 23 de maio de 2023. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200869885&dt_publicacao=12/09/2023. Acesso em: 19 fev. 2024, p. 21.

abstenha dessa obrigação. A situação não passou despercebida pelo Ministro Raul Araújo, no voto que instaurou divergência no Recurso Especial 2.059.278/SC⁴⁵:

A interpretação que se vem dando a tais dispositivos, portanto, mostra-se equivocada e sem apoio em boa lógica jurídica, ao estender as disposições da legislação especial a terceiros não contratantes e ao pretender conferir ao credor fiduciário, titular da propriedade resolúvel de coisa imóvel, um direito de propriedade mais privilegiado ou superior ao direito de propriedade plena de qualquer proprietário de imóvel condominial.

[...] Com isso, a dívida daquele condômino voluntariamente inadimplente é acumulada mensalmente e assumida, na prática, por todos os demais condôminos, até que, algum dia, se alcance uma solução para a dívida.

Ademais, é imperioso destacar que até mesmo a proteção ao credor fiduciário, que parece ser o objetivo maior almejado pela vedação de penhora do imóvel alienado fiduciariamente por dívidas condominiais, demonstra-se insuficiente, já que:

[...] os credores fiduciários que se sentem blindados com a impossibilidade da excussão do imóvel por dívidas condominiais, estão, na verdade, sendo indiretamente atingidos pela depreciação da garantia ocasionada pelos efeitos da mora de tais despesas, sem que, na maioria das vezes, tenham sequer conhecimento dessa situação⁴⁶.

Outra questão de ordem prática diz respeito à baixa atratividade da penhora de direitos aquisitivos, o que conduz à sua ineficiência na satisfação de dívidas. Na seara de leilões judiciais, a aquisição de imóveis por terceiros é interessante, na medida em que os valores dos bens costumam ser inferiores àqueles praticados no mercado imobiliário. Em contrapartida, a adjudicação de direitos aquisitivos se dá pela quantia já despendida pelo devedor fiduciante.

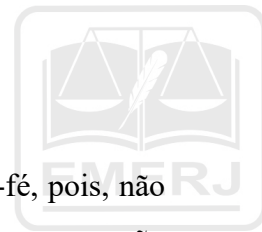
Outrossim, não se esqueça que o terceiro adjudicante não se tornará proprietário da coisa, mas se sub-rogará nos direitos e deveres do devedor fiduciante frente ao credor fiduciário, assumindo contrato de financiamento longo e com juros que oneram a avença. Por conta disso, são comuns os casos em que potenciais arrematantes demonstram desinteresse na adjudicação de direitos aquisitivos⁴⁷.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 2.059.278/SC**. Civil. Recurso Especial. Ação de Cobrança. Contribuições condominiais [...]. Relator: Min. Marco Buzzy, 23 de maio de 2023. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200869885&dt_publicacao=12/09/2023. Acesso em: 19 fev. 2024, p. 21.

⁴⁶ BACKHEUSER, Luana. Condomínio versus credor fiduciário: um falso conflito. **Migalhas**, São Paulo, 14 set. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/393464/condominio-versus-credor-fiduciario-um-falso-conflito>. Acesso em: 9 set. 2024.

⁴⁷ ANDRADE, Carolina de; DURAZZO, Kelly; LEAL, Rebeca. Mudança de entendimento do STJ coloca em risco alienação fiduciária. **Migalhas**, São Paulo, 7 jun. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/387896/mudanca-de-entendimento-do-stj-coloca-em-risco-alienacao-fiduciaria>. Acesso em: 9 set. 2024.



Existe, ainda, uma preocupação prática com terceiros adquirentes de boa-fé, pois, não raro, editais de leilão mal formulados induzem arrematantes a erro, fazendo-os crer que estão adquirindo a propriedade do imóvel arrematado, quando, na realidade, apenas se sub-rogam no direito real do devedor fiduciante⁴⁸.

Mais problemas podem ser encontrados com a solução sugerida no Recurso Especial 2.036.289/RS⁴⁹. Na doutrina, Scavone Júnior⁵⁰ elucida que a penhora de direitos:

[...] pode gerar situações insolúveis, notadamente quando a dívida do possuidor legitimado com o proprietário suplantar o valor do imóvel, hipótese na qual os direitos dele nada valem. Nesse caso, do que adiantará a penhora de direitos que não existem?

Diante das considerações acima expostas, merece ser comemorada a virada jurisprudencial promovida no Recurso Especial 2.059.278/SC⁵¹, que consagrou a possibilidade de penhora do imóvel alienado fiduciariamente em garantia por dívidas condominiais. A nova orientação, firmada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu a natureza *propter rem* das obrigações condominiais e, em razão disso, passou a admitir que o condomínio buscasse a satisfação de seu crédito não só no patrimônio do devedor fiduciante, mas do credor fiduciário, cujo *status* de proprietário foi corretamente identificado. Com isso, tornou-se possível a penhora do próprio bem objeto da alienação fiduciária, facilitando a busca pelo pagamento daquilo que é devido.

Para tanto, considerando a necessidade de que o responsável patrimonial integre a relação jurídica processual para que possa ter seu patrimônio atingido no processo executivo, é preciso que o condomínio exequente promova a citação do credor fiduciário na ação de cobrança. Isso, porque a referida demanda é, na esmagadora maioria dos casos, direcionada ao devedor fiduciante, que exterioriza os atributos da propriedade para terceiros. Dessa forma,

⁴⁸ ANDRADE, Carolina de; DURAZZO, Kelly; LEAL, Rebeca. Mudança de entendimento do STJ coloca em risco alienação fiduciária. **Migalhas**, São Paulo, 7 jun. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/387896/mudanca-de-entendimento-do-stj-coloca-em-risco-alienacao-fiduciaria>. Acesso em: 9 set. 2024.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2.036.289/RS**. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Embargos à Execução. Alegação de violação de dispositivo constitucional [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de abril de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203441647&dt_publicacao=20/04/2023. Acesso em: 16 jun. 2024.

⁵⁰ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 1048-1049.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 2.059.278/SC**. Civil. Recurso Especial. Ação de Cobrança. Contribuições condominiais [...]. Relator: Min. Marco Buzzy, 23 de maio de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200869885&dt_publicacao=12/09/2023. Acesso em: 19 fev. 2024.

torando-se parte do processo de execução da dívida condominial, o credor fiduciário terá a opção de quitar a dívida exequenda, ou manter-se inerte.

No primeiro caso, preservará a garantia fiduciária instituída sobre o imóvel e se subrogará nos direitos de credor do condomínio, nos termos do art. 346, inciso III, do Código Civil⁵². Posteriormente, poderá cobrar, em regresso, a quantia despendida em face do devedor fiduciante, posto que a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais é a ele atribuída, conforme art. 23, §2º, da Lei nº 9.514/97⁵³. De todo modo, mantida a alienação fiduciária, não se perca de vista que o imóvel continua afetado à satisfação dos débitos do devedor fiduciante frente ao credor fiduciário e, sem o pagamento em regresso das dívidas de condomínio, este poderá consolidar-se na propriedade do imóvel e levá-lo a leilão, nos moldes do art. 26, §1º e art. 27, ambos da Lei nº 9.514/97⁵⁴.

Já na segunda hipótese, a inércia do credor fiduciário permitirá ao condomínio penhorar o próprio imóvel atrelado à dívida executada. Nesse caso, a adjudicação do bem a terceiro permitirá a satisfação do débito condominial, mas culminará na extinção da garantia, embora se mantenha a relação entre credor fiduciário e devedor fiduciante quanto à restituição do financiamento.

Como se pode perceber, a solução apresentada se mostra capaz de equilibrar as pretensões em conflito de modo muito mais eficaz do que aquela sustentada no Recurso Especial 2.036.289/RS⁵⁵. O reconhecimento de que as dívidas condominiais possuem natureza *propter rem* e que, por isso, o próprio imóvel poderá ser constrito para a sua satisfação permite que se privilegie a efetiva tutela do condomínio, abandonando-se a ideia de que o credor fiduciário, cujos interesses no imóvel são meramente patrimoniais, ostenta posição jurídica mais favorável no ordenamento que os demais proprietários. Dessa forma, consagra-se o princípio da função social da propriedade também na alienação fiduciária, imputando a todos os condôminos, inclusive ao fiduciário, o dever de arcar com os custos inerentes ao imóvel.

⁵² 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: 16 fev. 2024.

⁵³ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/lei-n-9.514-de-20-de-novembro-de-1997>. Acesso em: 19 fev. 2024.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 2.036.289/RS**. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Embargos à Execução. Alegação de violação de dispositivo constitucional [...]. Relatora: Min. Nancy Andriighi, 18 de abril de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203441647&dt_publicacao=20/04/2023. Acesso em: 16 jun. 2024.



Ademais, o avanço jurisprudencial também deve ser comemorado sob o aspecto de sua efetividade, já que a penhora e adjudicação do próprio imóvel é mais atrativa para terceiros arrematantes, se comparada ao leilão dos direitos aquisitivos do devedor fiduciante sobre o bem. Do ponto de vista prático, a decisão cria a real possibilidade de o condomínio satisfazer seu crédito, além de permitir ao credor fiduciário atuar para preservar sua garantia, sub-rogando-se nos direitos do condomínio para cobrar a dívida perante o devedor.

Na doutrina, explica-se que há duas funções da alienação fiduciária em garantia, uma social e outra econômica, quais sejam, “(a) proporcionar maior facilidade e melhores condições para o consumidor na aquisição de determinados bens de valores; (b) fornecer garantia mais eficaz ao financiador”⁵⁶. Evidentemente, a possibilidade de penhora do imóvel alienado fiduciariamente por dívidas condominiais aumenta os riscos corridos pelo credor fiduciário, que regulará a álea contratual de modo a repassar os custos ao devedor fiduciante, onerando o negócio jurídico. Contudo, tal consequência não inviabiliza, de modo algum, a utilidade prática da alienação fiduciária, tampouco viola sua função socioeconômica.

Trata-se de compatibilização necessária do instituto com o princípio da função social da propriedade e dos contratos, impondo aos contratantes o dever de guardar, na execução da avença, o respeito aos legítimos interesses de terceiros, no caso, os demais condôminos, bem como aos deveres inerentes ao direito de propriedade. Nesse contexto, como pontuado pelo Ministro João Otávio de Noronha no Recurso Especial 2.059.278/SC⁵⁷, o fato de existirem precedentes em sentido contrário não impede a evolução da jurisprudência, de modo que a mudança paradigmática para admitir a penhora do imóvel alienado fiduciariamente por débitos condominiais deve ser comemorada.

Resta, agora, saber se a nova orientação também será seguida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em casos análogos, ou se será instaurado conflito entre os órgãos fracionários da Corte. Diante do quadro apresentado, risco maior não há às partes envolvidas do que a insegurança jurídica presente na indefinição jurisprudencial a respeito do tema.

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 610.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 2.059.278/SC**. Civil. Recurso Especial. Ação de Cobrança. Contribuições condominiais [...]. Relator: Min. Marco Buzzy, 23 de maio de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200869885&dt_publicacao=12/09/2023. Acesso em: 19 fev. 2024.

Pelo exposto, o trabalho apresentado visou a explorar a divergência instaurada entre as Turmas da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no primeiro semestre de 2023 acerca da penhorabilidade do imóvel alienado fiduciariamente em garantia por dívidas condominiais contraídas pelo devedor fiduciante. Buscou-se, a partir do cotejo dos julgados com a doutrina e legislação vigente, demonstrar que a solução apresentada pela Quarta Turma da Corte Superior, admitindo a constrição do bem pelo condomínio credor para a satisfação de seu crédito, se mostra mais consentânea com os interesses juridicamente tutelados pelo ordenamento pátrio.

Para tanto, foram analisados os principais fundamentos das duas decisões paradigmáticas do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, quais sejam, os Recursos Especiais 2.036.289/RS e 2.059.278/SC. Evidenciou-se que, para o primeiro deles, a impossibilidade de penhora do bem gravado em alienação fiduciária decorreria de regramento específico, que excepcionaria o regime geral de obrigações *propter rem* para impedir que o credor fiduciário tivesse seu patrimônio atingido por dívidas decorrentes do imóvel, imputadas por lei ao devedor fiduciante. Já para o segundo, a penhora seria possível, já que as normas próprias da alienação fiduciária em garantia produziram efeitos exclusivamente entre as partes contratantes, não alterando a natureza ambulatoria dos débitos condominiais, nem afastando do credor fiduciário os deveres inerentes à sua propriedade.

Em seguida, em apoio à posição sustentada pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 2.059.278/SC, foi desenvolvida a ideia de que a responsabilidade patrimonial pelas dívidas condominiais, atribuída por lei ao devedor fiduciante, não se confunde com a natureza *propter rem* da obrigação em questão. Nesse sentido, foram citados diversos exemplos extraídos da legislação que corroboram a tese defendida. Consequentemente, definiu-se que a interpretação sistemática do ordenamento jurídico permite a conclusão de que, ainda que alienado fiduciariamente, o imóvel continua atrelado aos débitos de condomínio dele oriundos, permitindo-se penhora do bem para satisfazer o crédito.

Posteriormente, apreciaram-se todos os aspectos práticos problemáticos da impenhorabilidade do imóvel objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia. O trabalho destacou a dissonância dessa posição jurisprudencial com o princípio da função social da propriedade no condomínio edilício, na medida em que confere maior tutela ao credor fiduciário do que aos demais condôminos. Além disso, apontou-se a ineficiência da penhora dos direitos aquisitivos do devedor fiduciante, solução alternativa proposta pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no 2.036.289/RS, na cobrança da dívida condominial.



Por último, concluiu-se que a possibilidade de penhora do imóvel por conta das dívidas condominiais contraídas pelo devedor fiduciante é plenamente compatível com a função socioeconômica da alienação fiduciária em garantia, oferecendo resposta capaz de equilibrar os interesses jurídicos no caso concreto de modo adequado. Fez-se, por outro lado, a ressalva de que, embora o avanço jurisprudencial promovido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 2.059.278/SC deva ser comemorado, é preciso aguardar futuras decisões da Corte para saber se a solução nele definida será replicada pela Terceira Turma, ou se será instaurado conflito entre os órgãos, criando cenário de indefinição sobre o tema na jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carolina de; DURAZZO, Kelly; LEAL, Rebeca. Mudança de entendimento do STJ coloca em risco alienação fiduciária. **Migalhas**, São Paulo, 7 jun. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/387896/mudanca-de-entendimento-do-stj-coloca-em-risco-alienacao-fiduciaria>. Acesso em: 13 set. 2024.

BACKHEUSER, Luana. Condomínio versus credor fiduciário: um falso conflito. **Migalhas**, São Paulo, 14 set. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/393464/condominio-versus-credor-fiduciario-um-falso-conflito>. Acesso em: 13 set. 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.gov.br/planalto/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/codigo-de-processo-civil-lei-n-13.105-de-16-de-marco-de-2015>. Acesso em: 13 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: 13 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/centrais-de-conteudo/legislacao/lei-n-9.514-de-20-de-novembro-de-1997>. Acesso em: 13 set. 2024.

BRASIL, **Lei 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: 10 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (22. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 0013379-37.2022.8.19.0000**. Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Satisfação de débito oriundo de cotas condominiais. Promessa de compra e venda não levada a registro. Decisão agravada que determinou a penhora o imóvel [...]. Relatora: Des. Monica de Faria Sardas, 7 de julho de 2022. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043A295144527D4864BABCBC6D89D95F20C51219344F03>. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial 2.059.278/SC**. Civil. Recurso Especial. Ação de Cobrança. Contribuições condominiais [...]. Relator: Min. Marco Buzzy, 23 de maio de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200869885&dt_publicacao=12/09/2023. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial 2.036.289/RS**. Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Embargos à Execução. Alegação de violação de dispositivo constitucional [...]. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 18 de abril de 2023. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203441647&dt_publicacao=20/04/2023. Acesso em: 19 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Recurso Especial 1.345.331/RS**. Processo Civil. Recurso Especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Condomínio [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 8 de abril de 2015. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=46363834&num_registro=201201992764&data=20150420&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 19 fev. 2024.

GAMA. Guilherme Calmon Nogueira. **Direitos Reais**. São Paulo: Atlas, 2011.

ITAGIBA, Sérgio Ulpiano. Da manutenção da natureza jurídica do crédito de obrigação *propter rem* cedido a terceiro. **Revista IBRADIM de Direito Imobiliário**, n. 1, nov/2018.

NEVES, José Roberto de Castro. **Direito das obrigações**. 7. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário: teoria e prática**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

SCHREIBER, Anderson, et al. **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.



A ERA DIGITAL E AS DIMENSÕES JURÍDICAS DO *CYBERBULLYING*: OS IMPACTOS NORMATIVOS NAS VIDAS DOS ALUNOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Thaís de Souza Pinto Corrêa

Graduada pela Universidade Estácio de Sá.

Resumo – a democratização do acesso à internet é um processo essencial para garantir que todas as pessoas, independentemente de sua localização ou condição social, tenham acesso igualitário à rede. Essa inclusão digital envolve a expansão da infraestrutura e a redução de custos, permitindo que todos participem da sociedade digital. A internet se tornou um canal importante de comunicação, especialmente entre os jovens, que utilizam a tecnologia para se conectar. No entanto, a prática do *cyberbullying*, caracterizada por agressões virtuais e discursos de ódio, representa um grave problema social, afetando a saúde mental das vítimas, principalmente adolescentes. A falta de efetiva regulamentação e a dificuldade em responsabilizar agressores perpetuam essa situação, criando um ambiente social tóxico nas escolas. Para combater o *cyberbullying*, é crucial implementar políticas de prevenção e promover a colaboração entre escolas, famílias e plataformas digitais. O Ministério da Educação (MEC) tem desenvolvido planos para transformar a realidade escolar, focando na conscientização e capacitação. Legislações, como o Marco Civil da Internet e a Lei nº 14.811, estabelecem diretrizes para a proteção contra bullying e *cyberbullying* nas escolas, incluindo a necessidade de canais de denúncia e estratégias de prevenção. Essas ações visam criar um ambiente mais seguro e inclusivo para todos os estudantes.

Palavras-chave – Direito Penal. *Cyberbullying*. Lei nº 14.811/2024.

Sumário – Introdução. 1. A democratização do acesso à internet: Consequências negativas da nova Era Digital. 2. *Cyberbullying* como Problema Social: Estratégias para Combatê-lo no Contexto Escolar. 3 Os impactos normativos sofridos no ambiente escolar: uma visão à luz da Lei nº 14811/24. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico enfoca a temática do *Cyberbullying* e seus impactos normativos nas vidas dos adolescentes no ambiente escolar. A Era Digital também conhecida como Era da Informação é um período o período atual e teve seu início em meados do Século XX. Os avanços tecnológicos reverberaram na difusão de um ciberespaço de comunicação instrumentalizado pela internet.

A transformação digital trouxe tanto benefícios como a democratização do acesso à informação, quanto malefícios como o *Cyberbullying*.

Para tanto, abordaram-se a Lei nº 14.811/2024, doutrinas, casos concretos a respeito do tema de modo a conseguir discutir a problematização das consequências do crime cibernético no ambiente escolar, bem como seus impactos normativos.

O tema é intrigante e merece atenção, uma vez que a nova Lei nº 14.811/2024 traz importantes alterações no contexto criminal, como a inclusão dos delitos de *bullying* e *Cyberbullying* no Código Penal.

Para melhor compreensão do texto, busca-se apresentar o conceito de *Cyberbullying* e compreender como esse crime cibernético traz consequências negativas para as vidas principalmente dos adolescentes no ambiente escolar. Pretende-se ainda trazer um breve panorama da evolução da Era Digital com a democratização ao acesso à internet.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução da sociedade na nova Era Digital com a democratização do acesso à internet, bem como as consequências negativas da nova Era Digital.

Continua esclarecendo no segundo capítulo o *Cyberbullying* como problema social e as necessidades de estratégias que enfrentem essa problemática no ambiente escolar.

Por fim, no terceiro e último capítulo pondera-se os impactos normativos sofridos principalmente pelos adolescentes à luz da Lei nº 14.811/2024, e como essa nova lei trará como sanções para aqueles que praticarem o *Cyberbullying* e como isso impactará a vida dos alunos nas escolas.

A pesquisa é desenvolvida pelo método explicativo, uma vez que busca estabelecer a causa do fenômeno, trazendo relações entre a causa e manifestação dos efeitos, através de registros e análises aprofundará conhecimentos de uma dada realidade. Com isso, pretende-se conectar as ideias para compreender causas e efeitos.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador analisará documentos, bibliografias pertinentes à temática. Levantará informações sobre o objeto, delimitando-o e mapeando as condições e manifestações desse objeto para apoiar a sua tese.

1. A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À INTERNET: CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DA NOVA ERA DIGITAL

Focalizando a pesquisa sobre democratização do acesso à internet, Silva¹ mostra que democratização do acesso à internet refere-se ao processo de garantir que todas as pessoas, independentemente de sua localização geográfica, situação socioeconômica ou condição social, tenham acesso igualitário e sem barreiras à internet. Esse conceito abrange a expansão da

¹SILVA, André L. **A inclusão digital no Brasil: desafios e oportunidades**. São Paulo: Senac, 2015.



infraestrutura de internet, a redução de custos e a promoção de políticas públicas que assegurem a inclusão digital.

A democratização do acesso é fundamental para que todos possam participar da sociedade digital e aproveitar as oportunidades que a internet oferece.

É indiscutível que a internet se consolidou como um dos principais canais de comunicação entre indivíduos de diversas classes sociais, especialmente entre os jovens, que buscam constantemente a tecnologia e a modernidade para estabelecer conexões de forma mais ágil e conveniente.

A sociedade sempre passou por transformações e revoluções, assim como em um período mais breve da história, ocorreu a Revolução Digital, trazendo um novo estilo de vida tão marcante para toda a coletividade.

Conforme menciona Tofler², a Era Digital também conhecida como Era da Informação é o período atual e teve seu início em meados do Século XX. Os avanços tecnológicos reverberaram na difusão de um ciberespaço de comunicação instrumentalizado pela internet. A transformação digital trouxe tanto benefícios como a democratização do acesso à informação, quanto malefícios como o *Cyberbullying*.

O *Cyberbullying* é amplamente reconhecido como um problema de saúde pública, emergindo como uma das consequências prejudiciais da revolução digital. Se refere ao uso de tecnologias digitais para intimidar ou assediar outras pessoas, visto como uma questão grave de saúde pública devido aos seus impactos negativos na saúde mental e emocional das vítimas.

De acordo com Castells³, a revolução digital, com sua rápida expansão e acessibilidade, facilitou a disseminação e o alcance desse comportamento prejudicial, tornando-o uma preocupação significativa na sociedade contemporânea.

Conforme a explicação de Lopes⁴, o aumento dos casos de violência em ambientes escolares no início do século XXI, principalmente envolvendo crianças e adolescentes, é um dos efeitos prejudiciais de uma forma sistemática de intimidação, conhecida como *bullying*, ganharam destaque.

A revolução tecnológica trouxe uma série de facilidades, incluindo acesso imediato à comunicação e melhorias no processo de ensino e aprendizagem nas escolas. No entanto, essa

² TOFLER, Alvin. **A terceira onda**. São Paulo: best seller, 1980.

³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: da revolução da tecnologia da informação à economia da informação**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

⁴ LOPES NETO, Aramis. Bullying: comportamento agressivo entre estudantes. **Jornal de Pediatria**. Porto Alegre, v.81, p.164-172. 2005.

mesma tecnologia também tem sido utilizada de maneira descontrolada e imprópria, contribuindo para a criação e disseminação de conteúdos hostis.

Deste modo, Almeida ⁵ afirma que, o mesmo espaço virtual que viabiliza estudos, pesquisa, trabalhos e aproxima o mundo, possibilita também que venha a ser utilizado para ampliar práticas sociais prejudiciais, como ações com objetivo de denegrir, agredir, ofender ou perseguir pessoas.

Conforme evidenciado pelo estudo até o momento, o *cyberbullying* emerge como uma das consequência mais negativa da Revolução Digital para os jovens no ambiente escolar. É inegável que é necessário implementar controles rigorosos no ambiente digital para evitar que os danos superem os benefícios oferecidos.

Nesse contexto de mudanças e evolução, Fiorilo⁶ afirma que a principal forma de comunicação e disseminação de informações é realizada através da rede mundial de computadores e suas interconexões. Assim, é imprescindível analisar o impacto da internet na maneira como as relações interpessoais são estabelecidas para compreender e representar adequadamente a sociedade contemporânea.

O *Cyberbullying* é caracterizado pelo discurso de ódio de forma sistemática contra um ou vários indivíduos. O discurso de ódio é conceituado por Brugger⁷ como palavras que são fáceis de insultar, intimidar ou assediar outras pessoas devido à raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo ou religião, ou qualquer outro atributo. Já Wieviorka⁸ define como pessoas que têm a capacidade de incitar a violência, ódio ou discriminação.

Assim, observa-se o quão prejudicial pode ser o discurso de ódio, uma característica do *cyberbullying*, e a importância primordial do controle e regulamentação do ambiente virtual."

A crescente incidência de *cyberbullying* evidencia a necessidade urgente de regulamentação do ambiente virtual. O impacto nocivo do discurso de ódio e do assédio online sobre a saúde mental e emocional das vítimas destaca a vulnerabilidade dos indivíduos na internet. Sem uma regulamentação adequada, as plataformas digitais tornam-se ambientes onde comportamentos prejudiciais podem proliferar sem restrições, causando danos significativos e duradouros às pessoas afetadas. A ausência de normas claras contribui para a perpetuação

⁵ ALMEIDA, Cunha. **Avanços tecnológicos, o Direito à privacidade e o Cyberbullying**. Santa Maria: UFSM, 2015.

⁶ FIORILO, Santos. Evolução dos crimes Cibernéticos e a Violência Contra a Mulher. **Caderno Âmbito Jurídico**. 2019. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com.br/> Acesso em 03 set. 2024

⁷ BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio?** Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007.

⁸ WIERVIORKA, Michel. **O racismo, uma introdução**. São Paulo: Perspectiva, 2007.



desses comportamentos abusivos, dificultando a proteção dos usuários e a promoção de um ambiente digital seguro.

Além disso, a regulamentação é essencial para garantir que as plataformas online adotem medidas proativas na prevenção e combate ao *cyberbullying*. Políticas bem-definidas e a implementação de mecanismos de monitoramento e resposta podem mitigar o impacto do assédio virtual e promover uma cultura de respeito e responsabilidade no espaço digital. Com isso, ajudaria na promoção de um ambiente online mais seguro e equitativo para todos os usuários.

O artigo 5º da Constituição Federal do Brasil⁹ assegura diversos direitos fundamentais, incluindo a preservação da honra e da imagem das pessoas. Especificamente, o inciso X do artigo 5º garante que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando proteção contra abusos e ofensas. Esse dispositivo constitucional visa garantir que qualquer violação a esses direitos possa ser legalmente reparada, promovendo a dignidade e o respeito aos indivíduos.

A regulação do artigo 5º CRFB se mostra necessária uma vez que as pessoas se sentem com uma falsa segurança de poder dizer o que querem sem a preocupação se vão ultrapassar os limites da liberdade de expressão. Essa regulamentação se torna ainda mais necessária no ambiente virtual, onde os indivíduos frequentemente experimentam uma falsa sensação de anonimato e impunidade.

Esse contexto pode levar a um uso indevido da liberdade de expressão, com pessoas publicando conteúdos ofensivos ou prejudiciais sem considerar os limites legais e éticos. A regulamentação ajuda a assegurar que a liberdade de expressão não seja utilizada como pretexto para violar outros direitos, promovendo um equilíbrio entre a livre manifestação de ideias e a proteção da dignidade pessoal.

A proteção contra esses danos é fundamental para garantir que todos possam viver com dignidade e respeito. Porém, no cenário atual, muitas pessoas acreditam que têm liberdade para se expressar sem restrições, especialmente no ambiente virtual. Esse falso senso de segurança pode levá-las a publicar conteúdos prejudiciais ou ofensivos, sem se preocupar com as consequências legais ou éticas.

Em um ambiente online, a sensação de anonimato e impunidade pode intensificar esse comportamento. Por isso, é fundamental estabelecer regras claras que orientem o uso da

⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2024.



liberdade de expressão, assegurando que ela não seja usada para violar os direitos de outras pessoas. Essas regulamentações buscam criar um equilíbrio entre o direito de se expressar e a necessidade de proteger a dignidade e os direitos individuais, promovendo uma convivência mais respeitosa e responsável, especialmente nas interações virtuais.

2. CYBERBULLYING COMO PROBLEMA SOCIAL: ESTRATÉGIAS PARA COMBATÊ-LO NO CONTEXTO ESCOLAR

O *cyberbullying* é um problema social grave devido ao seu impacto devastador na saúde mental e emocional das vítimas, especialmente entre jovens e adolescentes. Esse comportamento nocivo, que abrange assédio, ameaças e difamação online, pode resultar em consequências severas, como ansiedade, depressão e até suicídio.

As interações digitais intensificam o sofrimento das vítimas de *cyberbullying*, dificultando a resolução dos problemas e comprometendo a coesão comunitária, criando um ambiente social tóxico. A falta de regulamentação e a dificuldade em responsabilizar os agressores perpetuam esse comportamento, especialmente nas escolas, onde se manifestam por meio de ataques virtuais, boatos e exclusões, afetando o bem-estar e o desempenho acadêmico dos estudantes. Para enfrentar o *cyberbullying*, é fundamental implementar estratégias de prevenção e intervenção, como programas de ética digital e políticas claras, além de promover a colaboração entre escolas, famílias e plataformas digitais para garantir um ambiente seguro e respeitoso.

A família desempenha um papel fundamental no controle do *cyberbullying*, começando pela educação e conscientização sobre o uso responsável da tecnologia. Pais e responsáveis devem manter um diálogo aberto com seus filhos sobre suas atividades online, incentivando-os a compartilhar qualquer situação desconfortável ou preocupante. É crucial estabelecer regras claras sobre o uso de dispositivos e redes sociais, bem como monitorar as interações digitais de forma discreta e respeitosa.

Além de supervisionar, os pais devem educar seus filhos sobre os riscos do *cyberbullying* e a importância de manter a privacidade online, ensinando-os a reconhecer e evitar comportamentos prejudiciais. Promover a empatia e o respeito nas interações digitais é essencial, ajudando os jovens a se comportarem de maneira responsável e a lidarem com situações difíceis de forma construtiva.

O *cyberbullying* é um problema social grave, especialmente para jovens e adolescentes, pois pode ter um impacto profundo e duradouro na saúde mental e emocional das vítimas. Esse



comportamento, que envolve assédio, ameaças e difamação no ambiente online, pode levar a consequências muito sérias, como ansiedade, depressão e até mesmo suicídio. A natureza virtual dessas agressões torna ainda mais difícil para as vítimas lidarem com elas, já que as interações digitais podem ser incessantes e difíceis de escapar, ampliando o sofrimento.

Além disso, o *cyberbullying* pode afetar a coesão comunitária, criando um ambiente social tóxico onde os jovens não se sentem seguros. Nas escolas, essa prática se manifesta frequentemente por meio de ataques virtuais, boatos e exclusões, prejudicando tanto o bem-estar emocional dos estudantes quanto seu desempenho acadêmico. A ausência de regulamentações eficazes e a dificuldade em responsabilizar os agressores contribuem para a perpetuação do problema.

Para combater o *cyberbullying*, é essencial implementar estratégias de prevenção e intervenção. Isso inclui programas educativos sobre ética digital, criação de políticas claras sobre o uso de tecnologias e, principalmente, colaboração entre escolas, famílias e plataformas digitais para garantir um ambiente seguro e respeitoso para todos.

A família desempenha um papel crucial nesse processo. O primeiro passo é educar os filhos sobre o uso responsável da tecnologia e sobre os riscos do *cyberbullying*. Os pais devem ter um diálogo aberto com seus filhos sobre suas interações online, encorajando-os a compartilhar qualquer situação desconfortável ou preocupante. Estabelecer regras claras sobre o uso de dispositivos e redes sociais e monitorar discretamente as atividades digitais dos filhos são atitudes importantes para garantir a segurança online.

Além disso, os pais devem ensinar aos filhos a importância de manter a privacidade nas redes sociais e como reconhecer e evitar comportamentos prejudiciais. A promoção de empatia e respeito nas interações digitais é fundamental, ajudando os jovens a lidarem com situações difíceis de maneira construtiva e a se comportarem de forma responsável no ambiente online.

Quando surgem problemas de *cyberbullying*, a intervenção imediata da família é crucial. Isso envolve apoiar emocionalmente a criança, colaborar com a escola para resolver a situação e, se necessário, buscar ajuda profissional. O envolvimento ativo dos pais na construção de um ambiente online seguro e na promoção de uma comunicação aberta ajuda a prevenir e mitigar os efeitos do *cyberbullying*, garantindo um espaço digital mais saudável e respeitoso para os jovens.

O papel da escola no combate ao *cyberbullying* é essencial e multifacetado, envolvendo políticas claras, educação e suporte contínuo para alunos. As escolas têm o dever de implementar políticas e diretrizes específicas para prevenir e lidar com casos de *cyberbullying*.

O Plano de Combate ao *Bullying* do Ministério da Educação¹⁰, é uma iniciativa estratégica para enfrentar o *bullying* nas escolas brasileiras e promover um ambiente de aprendizado seguro e respeitoso. Lançado em 2015, o plano orienta as instituições de ensino a implementarem ações preventivas e corretivas contra o *bullying*, com foco em criar políticas e práticas que garantam a proteção dos alunos. O plano inclui diretrizes para a formação de comissões escolares, desenvolvimento de programas educativos e estratégias para a mediação de conflitos. Além disso, enfatiza a importância da participação ativa de toda a comunidade escolar, incluindo alunos, pais e profissionais da educação. Através de workshops, materiais pedagógicos e apoio técnico, o MEC busca fortalecer a capacidade das escolas para identificar, prevenir e lidar com casos de *bullying*, promovendo uma cultura de respeito e inclusão.

A educação é um pilar fundamental na prevenção do *cyberbullying*. As escolas devem incorporar no currículo atividades e discussões sobre o uso responsável da internet, os riscos do *cyberbullying* e as consequências legais e emocionais associadas.

O Programa de Proteção à Criança e ao Adolescente (PPCA) do Ministério da Educação (MEC)¹¹ visa abordar e prevenir o *cyberbullying* nas escolas brasileiras, promovendo um ambiente digital seguro para os estudantes. Instituído como parte das políticas educacionais, o programa oferece diretrizes para que as instituições de ensino desenvolvam e implementem ações educativas e preventivas sobre segurança digital. O PPCA inclui a capacitação de professores e gestores para identificar e gerenciar casos de *cyberbullying*, além de orientar sobre como criar políticas internas de proteção e resposta. O programa também promove a integração de temas relacionados à segurança online e comportamento responsável no currículo escolar. Através de campanhas educativas e materiais de apoio, o PPCA busca aumentar a conscientização entre alunos, pais e educadores sobre os riscos do *cyberbullying* e as melhores práticas para prevenir e lidar com esse fenômeno.

Os educadores também devem receber treinamento específico para identificar e responder a casos de *cyberbullying*. Programas de capacitação para professores, como o oferecido pelo Instituto Ayrton Senna¹², são essenciais para preparar os profissionais da educação a lidar com questões de *bullying* digital e a oferecer suporte adequado às vítimas.

¹⁰ MEC. **Plano de combate ao Bullying**. Ministério da Educação, 2015. Disponível em: <https://www.portal.mec.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹¹ MEC. **Programa de Proteção à Criança e ao Adolescente (PPCA)**. Ministério da Educação, 2018. Disponível em: <https://www.portal.mec.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2024.

¹² INSTITUTO AYRTON SENNA. **Capacitação para Educadores**, 2020. Disponível em: <https://www.institutoayrtonsenna.org.br>. Acesso em: 10 jul. 2024.



Esse treinamento inclui estratégias para mediar conflitos digitais, apoiar emocionalmente os alunos afetados e trabalhar em conjunto com pais e responsáveis.

Além disso, as escolas devem promover um ambiente inclusivo e acolhedor, onde os alunos se sintam seguros para relatar incidentes de *cyberbullying*. Isso pode ser facilitado através de serviços de orientação e apoio psicológico oferecidos dentro da própria instituição, conforme orientações do Programa Escola da Família¹³ instituído pela Secretaria da Educação do Estado de São Paulo, tem como objetivo promover um ambiente escolar mais seguro e acolhedor, estendendo suas ações além do horário regular de aulas. Criado em 2003, o programa busca transformar as escolas em centros comunitários que atendem não apenas aos alunos, mas também às suas famílias e à comunidade local.

As escolas participantes do Programa Escola da Família devem implementar atividades que incentivem o engajamento dos alunos e suas famílias, além de desenvolver práticas que garantam um ambiente seguro e respeitoso. Isso inclui a realização de eventos de conscientização sobre questões como *bullying* e segurança digital, bem como a oferta de suporte psicológico e orientação para alunos e pais.

A importância dos programas escolares e capacitação dos profissionais da educação no combate e prevenção ao *cyberbullying* é fundamental para garantir a segurança e o bem-estar dos alunos no ambiente digital. Esses programas desempenham um papel crucial em promover a conscientização, educar sobre comportamentos online responsáveis e oferecer suporte para enfrentar situações de assédio virtual.

Programas eficazes frequentemente ajudam as crianças a se sentirem mais seguras, afirma Ana Paula¹⁴, sabendo que existem políticas e procedimentos para protegê-las. O suporte emocional e a criação de um ambiente de diálogo aberto contribuem para que os alunos se sintam mais à vontade para relatar incidentes e buscar ajuda.

De acordo com MEC¹⁵ Após a participação em programas de prevenção, muitas crianças mostram mudanças positivas em seu comportamento online. Elas tendem a adotar práticas mais seguras e respeitadas nas redes sociais e se tornam mais empáticas em relação aos colegas, reconhecendo e evitando ações que possam ser prejudiciais.

¹³ SECRETARIA DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Programa Escola da Família**. 2017. Disponível em <https://escoladafamilia.fde.sp.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2024.

¹⁴ SILVA, Ana Paula. **A importância do suporte emocional na escola**: práticas para um ambiente seguro. São Paulo: Educação, 2018.

¹⁵ MEC. **Plano de combate ao Bullying**. Ministério da Educação, 2015. Disponível em: <https://www.portal.mec.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2024

Embora muitos alunos respondam positivamente, alguns podem inicialmente resistir ou não levar a sério as mensagens dos programas, especialmente se não perceberem a relevância imediata para suas próprias vidas. A eficácia do programa pode depender de como ele é apresentado e da maneira como os alunos se identificam com as situações abordadas.

Os planos de combate ao *bullying* do Ministério da Educação (MEC) têm sido fundamentais para transformar a realidade nas escolas brasileiras. Com políticas estruturadas e programas educativos, o MEC promove um ambiente escolar mais seguro e respeitoso, educando sobre os perigos do *bullying* e oferecendo diretrizes práticas para prevenir e lidar com assédio. Ao fomentar a conscientização, capacitar educadores e envolver a comunidade escolar, essas iniciativas contribuem para um ambiente mais inclusivo e acolhedor. A colaboração de todos é essencial para o sucesso dessas ações, garantindo que cada aluno se desenvolva de forma segura e respeitosa.

3. OS IMPACTOS NORMATIVOS SOFRIDOS NO AMBIENTE ESCOLAR: UMA VISÃO À LUZ DA LEI Nº 14.811/24

No Brasil, até bem pouco tempo não existia uma lei que disciplinasse exclusivamente o *cyberbullying*, mas o tema era abordado em várias legislações. A Lei nº 12.965/2014¹⁶, conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece princípios e direitos para a utilização da internet, incluindo a proteção da privacidade e a responsabilização de usuários.

Além disso, a Lei nº 13.185/2015¹⁷ institui a Política de Combate à Intimidação Sistemática (*bullying*) e prevê ações contra o *bullying* nas escolas, embora não mencione especificamente o *cyberbullying*.

Para situações de *cyberbullying*, também se aplica o Código Penal e a Lei de Crimes Virtuais (Lei nº 12.737/2012)¹⁸, que tipifica crimes como invasão de dispositivo informático e divulgação de conteúdo privado sem consentimento.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Diário Oficial da União, Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 01 ago. 2024.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*bullying*) nas escolas. Diário Oficial da União, Brasília, 9 nov. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm. Acesso em 21 set. 2024.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Altera o Código Penal Brasileiro, para tipificar como crime a invasão de dispositivo informático, com o intuito de obter, adulterar ou destruir dados ou informações, sem autorização. Diário Oficial da União, Brasília, 3 dez. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em 10 set. 2024.



A Lei nº 14.811¹⁹, sancionada em 2024, estabelece diretrizes para a Política de Prevenção e Combate ao *Cyberbullying* nas escolas. Os principais aspectos da lei incluem: definição de *Cyberbullying*: A lei define *Cyberbullying* como qualquer ato que cause dano psicológico a estudantes de forma virtual. Políticas de Prevenção: as instituições de ensino devem implementar políticas de prevenção ao *Cyberbullying*, com estratégias de conscientização e formação para educadores e alunos. Comissões Escolares: a criação de comissões para tratar do tema e promover diálogo entre a comunidade escolar é incentivada. Mecanismos de Denúncia: a lei estabelece a necessidade de canais para denúncia e acompanhamento das vítimas. Colaboração Comunitária: a norma promove a colaboração entre escolas, famílias e a comunidade para a efetividade das políticas.

Com a normatização do *cyberbullying*, é essencial garantir a aplicação da lei, especialmente nas escolas. Isso ajudará a inibir a prática desse ilícito por meio da penalização dos infratores. Dessa forma, o ambiente se tornará mais saudável, no qual os alunos não estejam vulneráveis a esse tipo de agressão. A efetivação das medidas legais é crucial para proteger os estudantes e promover um clima de respeito e segurança.

Os tipos penais de *bullying* e de *cyberbullying* foram acrescidos pela Lei nº 11.841/2024²⁰ ao Código Penal brasileiro por meio do artigo 146-A e seu respectivo parágrafo único na seção de crimes contra a liberdade individual.

O artigo 146-A Código Penal, que trata da Intimidação sistemática virtual, *cyberbullying*, tem como sanções previstas detenção de 6 meses a 2 anos, e multa.

A lei também estabelece que a pena pode ser aumentada se o crime for cometido com o uso de recursos tecnológicos, como redes sociais, aplicativos de mensagens ou qualquer meio digital.

O autor Lopes Neto²¹ explica que a escola é vista, tradicionalmente, como um local de aprendizado. No entanto, três documentos legais formam a base de entendimento com relação ao desenvolvimento e educação de crianças e adolescentes: a Constituição da República Federativa do Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção sobre os Direitos

¹⁹ BRASIL. Lei nº 14.811, de 6 de agosto de 2021. Institui a Política de Prevenção e Combate ao Bullying nas escolas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

²⁰ BRASIL. Lei nº 11.841, de 27 de setembro de 2024. Dispõe sobre a criação do Sistema Nacional de Prevenção ao Bullying Escolar. Diário Oficial da União, Brasília, 30 set. 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

²¹ LOPES NETO, Aramis A. Bullying: comportamento agressivo entre estudantes. *Jornal de pediatria*, v. 81, número 5, 164-172, 2005, p.165.

da Criança da Organização das Nações Unidas. Em todos esses documentos, estão previstos os direitos ao respeito e à dignidade.

Assim, explica Venosa²², se um aluno vier a sofrer prejuízo físico ou moral que decorra de uma atividade no interior do estabelecimento ou em razão dele, a escola será responsável.

Segundo Rui Stoco²³, se o dano é causado pelo aluno contra terceiros, a escola responde pelos prejuízos, independentemente de culpa. E se o dano é sofrido pelo próprio aluno, a vítima pode mover, representada pelo pai, ação contra o estabelecimento. evidente que só existira responsabilidade do estabelecimento de ensino e do professor se o fato ou ato danoso tenha sido causado pelo aluno em outro aluno ou terceiro, se e quando referido aluno estava sob a guarda e vigilância do estabelecimento.

A escola deve não apenas educar, mas também proteger seus alunos, garantindo um ambiente onde seus direitos sejam respeitados. A responsabilidade legal implica que as instituições adotem medidas efetivas para prevenir situações de risco e atender às necessidades de todos os alunos, promovendo um espaço de aprendizado seguro e digno.

Dessa forma, a importância de tais medidas penalizadoras se torna evidente, sendo imprescindível que sejam efetivamente implementadas. Isso contribuirá para inibir práticas que coloquem em risco a vulnerabilidade dos alunos que buscam formação acadêmica em um ambiente seguro.

O estabelecimento de ensino tem o dever de guarda e preservação da integridade física dos seus alunos, devendo ter atuação preventiva para evitar danos ou ofensas aos estudantes

Portanto, se a escola falhar em cumprir o seu dever de proteção aos alunos e não tomar as providências necessárias para prevenir e combater o *bullying*, ela pode ser acionada judicialmente pelos danos morais ou materiais sofridos pelas vítimas.

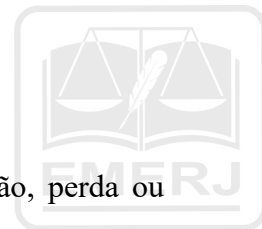
Conforme Gonçalves²⁴, danos morais referem-se a lesões à honra, à dignidade ou à imagem de uma pessoa, que não resultam em danos físicos, mas causam sofrimento emocional, psicológico ou social.

Esses danos podem ocorrer devido a ações como calúnia, difamação, insultos ou agressões verbais, e podem ser objeto de indenização judicial. E danos materiais referem-se a prejuízos que afetam bens patrimoniais ou materiais de uma pessoa, resultando em perdas

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.99.

²³ RUI, Stoco. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. rev., Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1089.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.



financeiras ou diminuição de seu valor. Esses danos podem incluir a destruição, perda ou deterioração de objetos, propriedades ou recursos financeiros, e são passíveis de indenização

Capez²⁵ afirma que no contexto da responsabilidade criminal do diretor escolar em relação ao *cyberbullying*, é importante considerar a relevância da omissão e os eventuais danos reflexos decorrentes desses casos. O artigo 13 do Código Penal brasileiro²⁶ estabelece que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

O dever de agir incumbe àqueles que têm obrigação legal de cuidado, proteção ou vigilância, assumiram a responsabilidade de impedir o resultado ou, através de seu comportamento anterior, criaram o risco da ocorrência do resultado.

Conforme se depreende na cartilha de Política de Prevenção e Combate ao *Bullying* nas escolas²⁷, a responsabilidade da escola na garantia da dignidade do aluno é uma questão central para o desenvolvimento de um ambiente educacional saudável e inclusivo. As instituições de ensino têm o dever de assegurar que todos os alunos sejam tratados com respeito e dignidade, criando um espaço seguro que promova não apenas o aprendizado acadêmico, mas também o bem-estar emocional e psicológico. A adoção de políticas claras contra práticas de *bullying* e *cyberbullying* é essencial para proteger os estudantes e fomentar um clima escolar de empatia e respeito mútuo. Além disso, a formação contínua de educadores e a promoção de um diálogo aberto entre a comunidade escolar são fundamentais para identificar e abordar questões que possam comprometer a dignidade dos alunos. Dessa forma, a escola se torna um agente ativo na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde os direitos de todos são respeitados.

CONCLUSÃO

Pela análise do presente estudo é possível perceber que a democratização da internet trouxe consigo variáveis negativas como a prática do *cyberbullying*, com uma falsa segurança para os criminosos que se escondem atrás das telas.

A normatização do *cyberbullying* no Brasil representa um avanço significativo na proteção dos estudantes e no fortalecimento de um ambiente escolar saudável. A falta de uma

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** - Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

²⁶ BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**, com alterações posteriores. Código Penal Brasileiro. Diário do Congresso Nacional, Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 05 maio 2024.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 14.811, de 6 de agosto de 2021**. Institui a Política de Prevenção e Combate ao Bullying nas escolas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.811-de-6-de-agosto-de-2021-318250454>. Acesso em: 21 ago. 2024.



legislação específica dificultava a responsabilização dos agressores, perpetuando uma cultura de impunidade que tornava as vítimas vulneráveis. Com a promulgação da Lei nº 14.811/2021, as escolas agora têm diretrizes claras para prevenir e combater o *bullying*, incluindo suas manifestações virtuais.

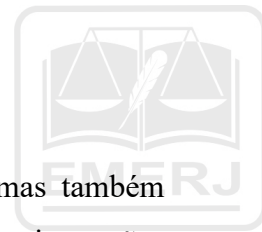
Nesse sentido, a importância das medidas penalizadoras não pode ser subestimada. A penalização atua como um forte dissuasor contra comportamentos abusivos. Ao responsabilizar os infratores, a legislação impõe que o *cyberbullying* é uma prática inaceitável. Isso é crucial, especialmente em um contexto escolar, onde o ambiente de aprendizado deve ser seguro e acolhedor. Alunos que se sentem protegidos têm maior chance de se desenvolverem emocional e academicamente, sem o temor de agressões virtuais.

Além disso, a implementação de mecanismos de denúncia e acompanhamento das vítimas é vital. Esses canais permitem que os estudantes se sintam apoiados e menos isolados, promovendo um clima de confiança nas instituições. Comissões escolares que tratam do tema e promovem o diálogo são fundamentais para envolver a comunidade, incluindo pais e educadores, na construção de um ambiente mais respeitoso e colaborativo.

A aplicação efetiva das leis, portanto, não apenas combate o *cyberbullying*, mas também contribui para a conscientização sobre a gravidade do problema. À medida que educadores e alunos se tornam mais informados sobre o impacto das agressões virtuais, é possível cultivar uma cultura de empatia e respeito. A prevenção e a intervenção proativa são essenciais para garantir que todos os estudantes tenham um espaço seguro para expressar suas opiniões e desenvolver suas habilidades.

A aplicação de medidas penalizadoras contra o *cyberbullying* é fundamental para a construção de um ambiente escolar seguro e respeitoso. Ao responsabilizar os agressores, a legislação reafirma que práticas abusivas são inaceitáveis, proporcionando um espaço onde os alunos podem se desenvolver sem o medo de agressões virtuais. A criação de canais de denúncia e o acompanhamento das vítimas são igualmente essenciais para garantir apoio psicológico e emocional, promovendo um clima de confiança. Com a conscientização sobre os efeitos do *cyberbullying*, é possível cultivar uma cultura de empatia, prevenção e respeito, assegurando que todos os estudantes possam aprender e crescer de forma saudável e segura.

A regulamentação do *cyberbullying* no Brasil representa um avanço significativo para a proteção dos jovens e a criação de um ambiente digital mais seguro. As medidas penalizadoras são fundamentais para punir os infratores e desestimular comportamentos abusivos, mas, para serem verdadeiramente eficazes, devem ser acompanhadas de políticas educativas que promovam a conscientização sobre os danos causados por essas práticas. Ao integrar punição



com educação, o sistema legal não apenas responde ao problema imediato, mas também trabalha na formação de uma cultura de respeito, empatia e responsabilidade nas interações online.

Além disso, a regulamentação do *cyberbullying* não é apenas uma resposta ao problema atual, mas também uma estratégia de longo prazo para moldar as atitudes e valores das futuras gerações. Ao educar os jovens sobre os impactos negativos dessas agressões virtuais e proporcionar mecanismos de apoio, está-se criando uma sociedade que prioriza o bem-estar coletivo e a convivência respeitosa. Dessa forma, o enfrentamento do *cyberbullying* no Brasil vai além da legislação, contribuindo para o fortalecimento de uma cultura de igualdade e justiça social, na qual a dignidade de cada indivíduo é respeitada, tanto no mundo físico quanto no digital.

Por fim, conclui-se que a regulamentação do *cyberbullying* no Brasil é um passo decisivo para a construção de um futuro mais seguro para os jovens. As medidas penalizadoras, aliadas a políticas educativas, formam um conjunto robusto de ações que visam não apenas punir, mas também educar e prevenir. Assim, não será apenas um problema a ser enfrentado no presente, mas também moldando uma geração que valoriza a convivência respeitosa, contribuindo para a formação de uma sociedade mais justa e equitativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cunha. **Avanços tecnológicos, o Direito à privacidade e o Cyberbullying**. Santa Maria: UFSM, 2015.

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

BRASIL. **Lei nº 11.841, de 27 de setembro de 2024**. Dispõe sobre a criação do Sistema Nacional de Prevenção ao Bullying Escolar. Diário Oficial da União, Brasília, 30 set. 2024. Disponível em : https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm Acesso em: 01 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Diário Oficial da União, Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 01 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015**. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (bullying) nas escolas. Diário Oficial da União, Brasília, 9 nov. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113185.htm Acesso em 21 set. 2024.



BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Altera o Código Penal Brasileiro, para tipificar como crime a invasão de dispositivo informático, com o intuito de obter, adulterar ou destruir dados ou informações, sem autorização. Diário Oficial da União, Brasília, 3 dez. 2012. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm Acesso em 10 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.811, de 6 de agosto de 2021.** Institui a Política de Prevenção e Combate ao Bullying nas escolas. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 ago. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/114811.htm. Acesso em: 01 ago. 2024.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio?** Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso De Direito Penal - Parte Geral.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede:** da revolução da tecnologia da informação à economia da informação. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FIORILLO, Santos. **Evolução dos crimes Cibernéticos e a Violência Contra a Mulher. Caderno Âmbito Jurídico.** 2019. Disponível em: <https://www.ambitojuridico.com.br> Acesso em: 20 jul. 2024

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

INSTITUTO AYRTON SENNA. **Capacitação para Educadores,** 2020. Disponível em: <https://www.institutoayrtonsenna.org.br> Acesso em: 10 jul. 2024

LOPES NETO, Aramis. Bullying: comportamento agressivo entre estudantes. **Jornal de Pediatria.** Porto Alegre, v.81, p.164-172. 2005.

MEC. **Plano de combate ao Bullying.** Ministério da Educação, 2015. Disponível em: <https://www.portal.mec.gov.br> Acesso em: 10 jul. 2024

MEC. **Programa de Proteção à Criança e ao Adolescente (PPCA).** Ministério da Educação, 2018. Disponível em: <https://www.portal.mec.gov.br> Acesso em: 10 julho 2024

RUI, Stoco. **Tratado de Responsabilidade Civil:** doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev., Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SECRETARIA DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Programa Escola da Família.** 2017. Disponível em <https://escoladafamilia.fde.sp.gov.br> Acesso em: 20 de jul. 2024

SILVA, Ana Paula. **A importância do suporte emocional na escola:** práticas para um ambiente seguro. São Paulo: Educação, 2018.

SILVA, André L. **A inclusão digital no Brasil:** desafios e oportunidades. São Paulo: Senac, 2015.



TOFLER, Alvin. **A terceira onda.** São Paulo: best seller, 1980.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WIERVIORKA, Michel. **O racismo, uma introdução.** São Paulo: Perspectiva, 2007.

O LIMITE TEMPORAL DA COISA JULGADA EM ÂMBITO TRIBUTÁRIO DEFINIDO NO JULGAMENTO DOS TEMAS 881 E 885 DE REPERCUSSÃO GERAL E SEUS EFEITOS PARA A SEGURANÇA JURÍDICA

Thaís Helena Mesquita de Carvalho

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o julgamento dos temas 881 e 885, além de promover a cessação automática da coisa julgada formada em controle difuso, quando diante de decisão contrária exarada em controle concentrado, também definiu o limite temporal da coisa julgada nas relações tributárias de trato continuado. Dessa forma, trouxe possíveis impactos à integridade do sistema jurídico, especialmente para a segurança jurídica. O presente trabalho pretende abordar as consequências da não modulação do julgamento dos temas 881 e 885, sob uma abordagem crítica, prática e prospectiva.

Palavras-chave – Coisa julgada; Não modulação; Cessação automática; Eficácia temporal; Temas 881 e 885.

Sumário – Introdução. 1. A construção dos temas 881 e 885: contexto fático e características relevantes do instituto da coisa julgada. 2. A ampliação semântica do instituto da coisa julgada e a crítica sobre a adequação da cláusula *rebus sic stantibus* às obrigações tributárias. 3. Críticas e impactos da não modulação dos efeitos para a segurança jurídica: consequências práticas e perspectivas futuras. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o limite temporal da coisa julgada em matéria tributária, especialmente após o julgamento dos Temas 881 e 885 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que estabeleceu a cessação automática dos efeitos da coisa julgada em face de posterior decisão em controle concentrado ou em repercussão geral que lhe seja contrária. A ausência de modulação dos efeitos provoca uma significativa reconfiguração no conceito de coisa julgada em matéria tributária, gerando debates nos âmbitos acadêmico e prático sobre segurança jurídica e isonomia no sistema tributário brasileiro. Este artigo tem como objetivo explorar, em três capítulos, os principais aspectos e repercussões desse novo entendimento, examinando suas implicações para a estabilidade das decisões judiciais e para o tratamento das relações tributárias de trato sucessivo. Além disso, busca oferecer uma reflexão crítica sobre os impactos dessa decisão e suas possíveis perspectivas práticas.

O primeiro capítulo aborda a construção e evolução histórica dos Temas 881 e 885, destacando o conceito de coisa julgada, a relevância de sua proteção constitucional para a segurança jurídica, e o conflito entre a imutabilidade das decisões judiciais e a dinâmica das relações tributárias de longo prazo.



No segundo capítulo, o foco recai sobre a ampliação semântica do instituto da coisa julgada, com destaque para a adequação da *cláusula rebus sic stantibus* em relações tributárias continuativas. Aqui, a análise explora a crescente cisão no conceito de coisa julgada, dividindo-se entre a coisa julgada material e a “coisa julgada precária”.

Por fim, o terceiro capítulo oferece uma reflexão crítica sobre as implicações da decisão do STF de não modular os efeitos nos Temas 881 e 885, com foco nos impactos práticos para os contribuintes. Serão discutidas as consequências econômicas e jurídicas dessa decisão, destacando-se as reações do mercado e a insegurança gerada pela retroatividade da cobrança de tributos.

Este estudo utilizará a metodologia qualitativa, com o objetivo de analisar aspectos fáticos e jurídicos relacionados ao julgamento dos Temas 881 e 885, bem como seus efeitos práticos e prospecções. No que tange à abordagem, será adotada a metodologia descritivo-exploratória, na qual analisa-se especificidades do instituto da coisa julgada, sua modificação à luz da decisão do STF, e os impactos do julgamento da Suprema Corte, especialmente acerca da não modulação. Por fim, quanto ao procedimento, a pesquisa será predominantemente bibliográfica e documental, com base nos materiais produzidos sobre o tema e na legislação atual.

1. A CONSTRUÇÃO DOS TEMAS 881 E 885: CONTEXTO FÁTICO E CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DO INSTITUTO DA COISA JULGADA

Para compreender o atual cenário, é importante situar-se brevemente o conceito de coisa julgada para, posteriormente, no processo histórico do contexto fático que supriu os Temas 881, *leading case* RE 949.297¹ e 885, *leading case* RE 955.227². A coisa julgada é um instituto jurídico que confere imutabilidade às decisões judiciais definitivas, as quais não poderão ser alteradas, salvo em circunstâncias excepcionais, como a ação rescisória.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 949297**. Direito constitucional e tributário. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Coisa julgada nas relações tributárias de trato sucessivo. Parcial provimento [...]. Relator: Min. Edson Fachin, Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 15 jan. 2024.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 955227**. Direito constitucional e tributário. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL). Obrigação de trato sucessivo. Hipóteses de cessação dos efeitos da coisa julgada diante de decisão superveniente do STF [...]. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4945134>. Acesso em: 15 jan. 2024.

Tamanha é a relevância desse instituto que foi elevado aos patamares de direito fundamental e cláusula pétrea, previstos, respectivamente, no inciso XXXVI³, e no inciso XXXVI, ambos no artigo 5^o da Constituição Federal.

Seu propósito é garantir a estabilidade das decisões judiciais e das relações sociais, impedindo a perpetuação da contestação infinita das decisões, e que todos os dispêndios do trâmite processual sejam em vão. Na prática, uma decisão judicial definitiva deve ser respeitada por todos os envolvidos, incluindo o Estado.

De acordo com Dalla e Mariotini⁵, o desrespeito à coisa julgada configura o destronamento de um pilar do Estado Democrático de Direito, culminando na desconfiança das instituições. Nesse sentido, Marinoni⁶ assevera que, na ausência de definitividade das decisões estatais, a jurisdição perde sua própria razão de ser.

As relações tributárias de trato continuado, entretanto, são particularmente desafiadoras quando se trata da efetividade da coisa julgada. A maioria dos tributos é exigida continuamente ao longo do tempo, o que significa que uma decisão judicial favorável ao contribuinte poderia, em tese, beneficiar esse contribuinte indefinidamente, mesmo diante de mudanças posteriores na legislação ou na interpretação das normas.

Embora o Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 505, inciso I⁷, determine que questões decididas em relação à mesma lide não sejam rediscutidas, há uma exceção prevista para relações jurídicas de trato continuado, caso ocorra uma mudança no estado de fato ou de direito: a ação rescisória – instrumento processual tradicionalmente utilizado para desconstituir decisões transitadas em julgado – que possui caráter excepcional e só pode ser tomada mediante a comprovação de irregularidades, de modo que a imutabilidade da coisa julgada é a regra geral.

A seguir, faz-se uma breve exposição dos contornos fáticos acerca do instituto da coisa julgada em matéria tributária.

³ 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: 4 jan. 2024.

⁴ *Ibid.*

⁵ DALLA, Humberto; MARIOTINI, Fabiana Marcello Gonçalves. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada: a ação rescisória como meio legítimo para impugnar sentenças fundadas em orientações declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 10, out. 2023.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁷ 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/13105.htm. Acesso em: 23 fev. 2024.



Em síntese, em 1988, foi criada a Lei Ordinária nº 7.689, que criou a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Muito se discutia, à época, se era necessário ou não Lei Complementar para a criação da contribuição social em comento.

Ressalte-se que essa lei foi criada no ano em que a Constituição de 1988 entrou em vigor, quando o sistema tributário, da forma como hoje se entende, ainda era uma novidade.

Diante da controvérsia, em 1992, algumas empresas obtiveram decisões em controle difuso que lhes permitiram não pagar a CSLL, consolidando-se como coisa julgada material.

Quase 20 anos depois, em 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF) analisou a ADI 15⁸ e concluiu pela constitucionalidade da CSLL. Essa decisão, tomada sob controle concentrado, passou a ter eficácia geral e efeito vinculante, atingindo todos os órgãos do Judiciário e da Administração em nível federal, estadual e municipal, conforme disposto no art. 102, § 2º da CRFB.

Entretanto, os contribuintes amparados por aquela coisa julgada ocorrida em 1992 permaneciam desobrigados de pagar a CSLL. Ao se deparar com essa situação, o STF entendeu que deveria ser ajuizada ação rescisória ou equivalente para desconstituir a coisa julgada detida por esses contribuintes, conforme estabelecido em decisão unânime proferida no julgamento do Tema 733⁹, em maio de 2015.

Importante asseverar a mudança de paradigma de 2015 a 2023. No julgamento do Tema 733 pelo STF em 2015, a Corte reafirmou a proteção da coisa julgada, reconhecendo a necessidade de ajuizamento de ação rescisória para desconstituir decisões transitadas em julgado contrárias ao novel entendimento do STF.

Portanto, em maio de 2015, ao julgar o Tema 733, o STF entendeu que seria indispensável o uso de recurso adequado ou, se cabível, o ajuizamento de ação rescisória

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 15**. Medida Cautelar. Lei nº 7.689, de 15.12.1988, que instituiu contribuição social sobre o lucro líquido das pessoas jurídicas, resultante da transformação em lei da Medida Provisória nº 22, de 1988. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, em 14 jun. 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1483376>. Acesso em: 4 mar. 2024.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 730462**. Constitucional e Processual Civil: declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo pelo STF; distinções entre eficácia normativa e eficácia executiva; inexistência de efeitos automáticos sobre sentenças anteriores. Relator: Min. Teori Zavascki, 28 maio 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20730462. Acesso em: 15 jan. 2024.

conforme o artigo 966¹⁰, respeitando o prazo decadencial de dois anos previsto no artigo 975¹¹, ambos do CPC.

O respeito à coisa julgada, conforme estabelecido pelo STF no Tema 733, buscava privilegiar o princípio da segurança jurídica em detrimento do princípio da isonomia. A manutenção das decisões judiciais, mesmo quando discordantes de novos entendimentos do Supremo, visava preservar a estabilidade das relações jurídicas.

Uma década depois, no julgamento dos Temas 881 e 885 pelo Plenário do STF em fevereiro de 2023, foi definida a seguinte tese:

1. Decisões anteriores à criação do regime de repercussão geral, proferidas pelo STF em controle incidental de constitucionalidade, não afetam de forma automática a coisa julgada, mesmo em questões tributárias de trato sucessivo.
2. As decisões tomadas em ação direta ou sob repercussão geral interrompem de imediato os efeitos das sentenças transitadas em julgado, desde que respeitados os princípios da irretroatividade, anterioridade anual e noventena, conforme o tipo de tributo.¹²

Isso significa que, em decisões exaradas em controle concentrado ou em repercussão geral, a coisa julgada será automaticamente interrompida no que lhe for contrária, a partir da ata do novo julgamento da Suprema Corte. Com isso, as decisões do controle concentrado prevalecem sobre o controle difuso e desfazem a coisa julgada anterior.

Note-se que o cerne da questão nos Temas 881 e 885 não consistia mais na “relativização” da coisa julgada propriamente dita, pois, nesse momento, já era pacífico que a natureza da relação tributária continuativa no tempo seria incompatível com o atributo da perenidade.

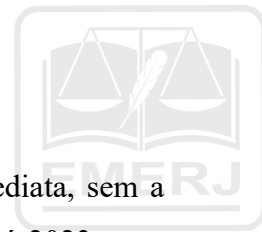
Na verdade, o cerne da questão orbitava na cessação automática dos efeitos da decisão exarada em processo individual que lhe fosse contrária. Em outras palavras: de que forma a proteção daquela coisa julgada cessaria, e a partir de quando? ¹³.

¹⁰ 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: 23 fev. 2024.

¹¹ *Ibid.*

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 949297**. Direito constitucional e tributário. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Coisa julgada nas relações tributárias de trato sucessivo. Parcial provimento [...]. Relator: Min. Edson Fachin, Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 15 jan. 2024.

¹³ SCAFF, Fernando Facury. As inovações do STF no julgamento dos Temas No 881 e No 885 sobre controle de constitucionalidade e os Efeitos Temporais da Coisa Julgada. **Revista Direito Tributário Atual**, nº 53. ano 41. p. 452-469. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2023.p. 460.



O Plenário decidiu – por unanimidade – que se operaria de forma imediata, sem a necessidade de desconstituição daquela decisão por meio da ação rescisória. Até 2023, esse entendimento jamais havia sido consolidado formalmente no sistema jurídico brasileiro.

Contudo, em fevereiro de 2023, essa posição foi alterada com os julgamentos dos Temas 881 e 885. O STF declarou a anulação automática dos efeitos das decisões transitadas em julgado contrárias à posição posterior decidida em controle concentrado ou repercussão geral. Além disso, por votação acirrada de seis a cinco, decidiu pela não modulação dos efeitos, permitindo a cobrança do tributo a partir da publicação da ata de julgamento, fundamentando-se nos princípios da igualdade e livre concorrência.

O STF também entendeu que, caso um tributo – que antes era indevido – fosse constitucional, em sede de controle concentrado ou de repercussão geral, isso será entendido como hipótese de nova exação, a qual atrai a incidência dos princípios constitucionais tributários: irretroatividade, anterioridade anual e nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

Alguns contribuintes, entretanto, foram surpreendidos com passivos tributários retroativos, revelando que esse não foi nem o entendimento efetivamente aplicado ao *leading case* RE 949297, nem o aventado pelas autoridades fiscais. Confira-se nota apresentada pela PGFN sobre os efeitos do julgamento, em resposta ao questionamento “haverá muitos lançamentos diante de coisas julgadas inconstitucionais?”:

Será necessário analisar a situação específica de cada contribuinte, pois as situações são as mais diversas: eles podem ter tutelas provisórias a seu favor, podem ter efetuado depósitos judiciais ou ainda garantia de penhoras, entre outras situações. Muitas empresas certamente provisionaram valores e fizeram Nota Relevante ao mercado, informando aos acionistas que não pagavam um tributo que a Administração Tributária entendia devido. É necessário examinar cada situação concreta para se verificar os valores que, de fato, são devidos pelas empresas.¹⁴

Na prática, estão sendo cobrados tributos que remontam ao ano de 2007¹⁵, época que o contribuinte possuía decisão judicial favorável, e que se entendia pela necessidade de ação rescisória para desconstituí-la, nos termos do entendimento da própria Corte no Tema 733.

A situação assustou parcela da comunidade jurídica e ocasionou algumas manchetes provocativas da imprensa, marcando o julgamento dos temas afetos por forte apelo social.

¹⁴ BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **PGFN divulga nota sobre julgamento de efeitos da coisa julgada em matéria tributária**. Ministério da Fazenda, 10 fev. 2023. Disponível em:

<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2023/fevereiro/pgfn-divulga-nota-sobre-julgamento-de-efeitos-da-coisa-julgada-em-materia-tributaria>. Acesso em: 12 out. 2023.

¹⁵ FARIA, Luiz Alberto Gurgel De; SANTOS, Lucilene Rodrigues; CARDOZO, Marcela Holanda Ribeiro, Segurança jurídica, coisa julgada e os precedentes vinculantes em matéria tributária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 10, n. e248, p. 1-23, dez. 2023.

Dentre os motivos de polêmica pode-se citar uma fala do Ministro Barroso¹⁶ em entrevista concedida à TV Justiça, que explicou o impacto dessas decisões no caso das empresas afetadas pela CSLL. Barroso afirmou que, após o STF decidir pela constitucionalidade da CSLL em 2007 na ADI 15, as empresas deveriam ter começado a pagar, ou, ao menos, reservado dinheiro para tal, e as que assim não procederam, fizeram uma “aposta”.

Data vênia, essa assertiva corresponderia à realidade se, desde 2007, a decisão do STF em sede de controle abstrato já tivesse o condão de superar a coisa julgada automaticamente – da forma como é hoje – o que não era o caso. Até a aprovação da nova tese em fevereiro de 2023, as decisões favoráveis ao contribuinte continuavam válidas, de modo que não havia obrigação de pagar ou sequer provisionar os tributos contestados.

Ferreira Neto¹⁷ defende que a analogia da “aposta” é imprecisa, pois atribui negligência ao jurisdicionado, que até 8 de fevereiro de 2023 possuía uma coisa julgada imutável. Não era possível prever a mudança jurisprudencial até então inexistente, com cobranças retroativas, conforme tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Tema Repetitivo 340¹⁸.

Além disso, em razão da não modulação de efeitos e a proteção, em tese, feita pelos princípios constitucionais tributários, sugere-se uma ideia de retroatividade que não deveria se aplicar ao caso, já que a decisão de 2023 não teria o condão de modificar o passado, nem impor passivos tributários para os contribuintes que estavam acobertados pela coisa julgada.

Nota-se, entretanto, que a referida proteção não se materializou no mundo dos fatos, sendo este um dos riscos resultantes da não modulação dos efeitos dos temas 881 e 885.

Ao não modular os efeitos de decisões já transitadas em julgado a favor dos contribuintes, o Supremo Tribunal Federal acabou gerando o mesmo efeito colateral que procurava evitar com a tese de repercussão geral: a cobrança retroativa de tributos.

Ainda, interessante observar que o Plenário reconheceu a mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB/88, afastando a necessidade de resolução senatorial para a declaração de inconstitucionalidade em repercussão geral produzir efeitos *erga omnes*, alteração que, por si só, poderia ter fundamentado a modulação dos efeitos, nos termos do art. 927, §3º, CPC.

¹⁶ Notícia fornecida por Luis Roberto Barroso em entrevista concedida à TV Justiça, em fevereiro de 2023.

¹⁷ FERREIRA NETO, Arthur M. A morte da coisa julgada e a loteria do direito tributário brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 53, p. 387-414, abr. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.46801/2595-6280.53.16.2023.2350>. Acesso em: 23 fev. 2024.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Tema Repetitivo 340**. Direito tributário.

Controvérsia sobre os limites objetivos da coisa julgada, dadas as alterações legislativas posteriores ao trânsito em julgado de sentença declaratória de inexistência de relação jurídica tributária no tocante à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido instituída pela Lei 7.689/88. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, 23 mar. 2011. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=340&cod_tema_final=340. Acesso em: 14 dez. 2023.



2. A AMPLIAÇÃO SEMÂNTICA DO INSTITUTO DA COISA JULGADA, E A DÚVIDA SOBRE A ADEQUAÇÃO DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* ÀS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS

As relações de trato continuado, compostas por eventos individuais homogêneos, são marcadas pela continuidade, permanência e repetição, levando à necessária prorrogação da relação jurídica no tempo, conforme leciona Teori Albino¹⁹.

Diferentemente de uma demanda jurídica comum, em que a decisão produz efeitos apenas sobre o bem jurídico discutido no momento da lide, nas relações jurídicas de trato continuado – fortemente presentes no âmbito tributário – o juiz, ao deferir ou indeferir o pleito, fará os efeitos da decisão repercutirem em fatos jurídicos pretéritos e futuros, considerando o efeito retrospectivo e prospectivo da sentença.

A respeito do tema, Humberto Theodoro leciona:

[...] Se a pretensão veio estribada uma razão de ordem permanente, a questão solucionada na sentença abrangerá, sem dúvida, a relação jurídica continuativa 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 [...]²⁰

A incidência futura de um tributo, derivada de uma relação jurídico-tributária continuativa, estará abarcada pela coisa julgada formalizada pela decisão judicial transitada em julgado. No entanto, de acordo com a tese fixada pelos Temas 881 e 885, a coisa julgada referente a efeitos temporais posteriores somente permanecerá válida até que o STF decida contrariamente, em controle abstrato de constitucionalidade.

Percebe-se, portanto, que o entendimento fixado na tese ocasionou um fenômeno curioso: uma cisão semântica no instituto da coisa julgada, de modo que se dividiu entre a “coisa julgada material” propriamente dita – do modo que se conhece – e a formação da “coisa julgada precária”, que, nas palavras de Ferreira Neto²¹, se apresenta como uma entidade jurídica instável em determinadas relações tributárias.

Historicamente, a coisa julgada garantia segurança jurídica aos contribuintes, conferindo a certeza de que uma decisão judicial não poderia ser revisitada. No entanto, com

¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Coisa julgada tributária**. 2. ed. São Paulo: MP, 2017, p. 177.

²¹ FERREIRA NETO, Arthur M. A morte da coisa julgada e a loteria do direito tributário brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 53, p. 387-414, abr. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.46801/2595-6280.53.16.2023.2350>. Acesso em: 23 fev. 2024.

as novas orientações do STF, decisões de mérito sobre tributos periódicos poderão ser automaticamente invalidadas se a Suprema Corte posteriormente alterar a constitucionalidade da exação em sede de controle abstrato.

Conforme leciona Dalla e Mariotini²², a coisa julgada é uma manifestação direta da segurança jurídica, e essa associação é crucial para rejeitar qualquer argumento de que a segurança jurídica seria um conceito vago, mutável ou incerto. Ao se concretizar na coisa julgada, a segurança jurídica perde qualquer característica de fluidez atribuída aos princípios, isto é, o que antes era inválido, torna-se válido, e o que era instável, estabiliza-se.

Assim, o caráter fixo e definitivo da coisa julgada não admite interpretações maleáveis, que acabam por desvirtuar o seu verdadeiro significado. Nesse sentido, o próprio Ministro redator, Luís Roberto Barroso, destacou a excepcionalidade para se reduzir a margem de flexibilidade da coisa julgada:

É possível cogitar, portanto, da necessidade de fazer sua ponderação com outros princípios de igual estatura, como toda justiça ou da moralidade, mediante a utilização do princípio instrumental da razoabilidade-proporcionalidade. Essa será, no entanto, uma situação excepcionalíssima. Até porque a coisa julgada, como já mencionado, é uma regra de concretização de um princípio (o da segurança jurídica), o que reduz a margem de flexibilidade do intérprete. Somente em situações-limite, de quase ruptura do sistema, será legítima a superação da garantia constitucional da coisa julgada.²³

Tradicionalmente, a mensagem da coisa julgada sempre foi de estabilidade e manutenção das posições jurídicas para o vencedor e para o vencido. Contudo, a desconstituição automática dos efeitos da coisa julgada individual a partir de uma decisão posterior do STF nega essa estabilidade, tornando-a um instrumento inadequado de consolidação.

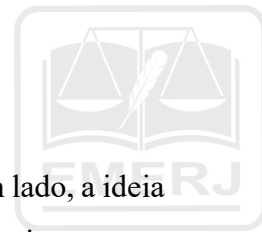
Depreende-se que a justificação axiológica apresentada nos Temas 881 e 885, ao defender um tratamento isonômico dos jurisdicionados, acabou esvaziando, na prática, o papel fundamental da coisa julgada no sistema jurídico, tendo em vista que, conforme explicitado anteriormente, estão sendo cobradas as CSLL retroativas ao ano de 2007 dos contribuintes.

Nesse sentido, Neto²⁴ alerta que este instituto jurídico passou por uma expressiva alteração de significados, resultando em uma fragmentação com dois entendimentos

²² DALLA, Humberto; MARCELLO GONÇALVES MARIOTINI, Fabiana. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada: a ação rescisória como meio legítimo para impugnar sentenças fundadas em orientações declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 10, out. 2023.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 304

²⁴ FERREIRA NETO, Arthur M. A morte da coisa julgada e a loteria do direito tributário brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 53, p. 387-414, abr. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.46801/2595-6280.53.16.2023.2350>. Acesso em: 23 fev. 2024



completamente distintos para a mesma expressão, de modo que se mantém, por um lado, a ideia da coisa julgada tradicional, que não é automaticamente afetada por decisões posteriores, mas, ao mesmo tempo, surgindo um novo tipo de "coisa julgada precária", sempre sujeita a uma revisão futura que pode resultar na sua revogação automática.

Desse modo, o sistema jurídico abriga dois mecanismos processuais diferentes sob a mesma alcunha. Depreende-se que essa fragmentação seja ainda mais expressiva na seara tributária, visto que, no contexto do ordenamento constitucional, é extremamente comum encontrar questões de trato continuado em direito tributário que são levadas ao crivo do STF.

Para se ter uma ideia, o Brasil possui cerca de aproximadamente 96 tributos vigentes²⁵, dos quais oito são os principais pagos por uma empresa convencional: IPRJ, CSLL, PIS, COFINS, IPI, ICMS, ISS, e INSS Patronal²⁶. Ao analisar os dados oficiais do STF, dos 1.336 Temas totais de Repercussão Geral, 397 se referem à matéria tributária ou previdenciária, ocupando, assim, 29,72% do total²⁷, dentre os quais versou-se, sem exceção, sobre todos os oito tributos supracitados. Isso quer dizer que, na maioria dos casos tributários, em algum momento no futuro, o STF acabará por decidir sobre a questão em disputa.

Contudo, segundo o novo entendimento da Suprema Corte, só haverá decisão final quando exarada em controle concentrado ou em regime de repercussão geral, o que resulta em constante estado de insegurança jurídica causada pela “coisa julgada precária”.

Avançando, entre os argumentos para fundamentar o voto dos temas 881 e 885, a cláusula *rebus sic stantibus* foi invocada para justificar a possibilidade de revisão de decisões judiciais em face de mudanças significativas no entendimento jurídico. No entanto, essa aplicação no contexto tributário parece inadequada, conforme será exposto a seguir. É necessário tecer algumas considerações iniciais sobre o assunto.

Segundo Renato José de Moraes²⁸, um dos principais estudiosos do tema no Brasil, os requisitos essenciais para a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* são um contrato de execução diferida ou periódica; a imprevisibilidade do fato gerador da onerosidade excessiva que não deve ser inerente ao contrato; um acentuado desequilíbrio nas prestações; e ausência de culpa da parte prejudicada. A cláusula permite, em situações excepcionais, a flexibilização

²⁵ PORTAL TRIBUTÁRIO. **Os tributos no Brasil**. Relação atualizada e revisada em 01/01/2024. Disponível em: <https://portaltributario.com.br/tributos.htm>. Acesso em: 02 mar. 2024.

²⁶ FACULDADE BRASILEIRA DE TRIBUTAÇÃO. **Lista dos principais tributos que uma empresa brasileira paga**. 20 set. 2023. Disponível em: <https://www.fbtedu.com.br/blog/lista-dos-principais-tributos-que-uma-empresa-brasileira-paga/>. Acesso em: 16 out. 2023.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Transparência. Painel de Estatística de Repercussão Geral. Brasília, DF: STF, 2024. Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/repercussao_geral/repercussao_geral.html. Acesso em: 29 ago. 2024.

²⁸ MORAES, Renato José de. *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.

dos termos de um acordo firmado pelas partes quando um evento inesperado gera um desequilíbrio nas prestações contratuais, impondo uma carga desproporcional a uma das partes e exigindo, portanto, sua revisão ou ajuste.

É de conhecimento geral a extrema complexidade e proliferação de normas em todos os níveis governamentais da legislação tributária nacional. Esse ambiente normativo, repleto de incertezas, impulsionava os contribuintes a buscarem proteção no poder judiciário, na tentativa de resguardar seus direitos frente às exações abusivas ou inconstitucionais.

A constante criação de normas tributárias – sejam federais, estaduais ou municipais – gera uma dinâmica em que as regras do jogo frequentemente mudam, tornando difícil para os contribuintes manterem suas obrigações em conformidade. A previsibilidade de alteração jurisprudencial não poderia ser considerada, portanto, uma surpresa que justificasse a flexibilização da coisa julgada. Nesse sentido, é importante reconhecer que a existência de decisões judiciais contraditórias em um sistema processual tão complexo quanto o brasileiro, não deve ser vista como algo surpreendente.

Certo é que a cláusula *rebus sic stantibus* não deveria se aplicar às causas tributárias ou previdenciárias por faltar-lhes o requisito essencial da imprevisibilidade, pois, é natural que, em sistemas jurídicos complexos como o brasileiro – e especialmente legiferante em matéria fiscal – decisões contraditórias possam surgir, que naturalmente vão parar no STF.²⁹

Isso é, na verdade, um efeito colateral natural da dualidade entre os regimes de controle de constitucionalidade — tanto o difuso quanto o concentrado. Assim, não faz sentido a alegação de que essa situação seria inesperada. Na realidade, a própria coisa julgada foi concebida para proteger e estabilizar as relações jurídicas pelo Judiciário, mesmo quando confrontadas com decisões opostas que poderiam ser consideradas mais justas ou ideais. Se um fato posterior já estava dentro das previsões e possibilidades esperadas, não há justificativa válida para utilizar a cláusula *rebus sic stantibus* com o objetivo de romper uma relação jurídica já consolidada.

Portanto, entende-se que é inadequada a aplicação dessa cláusula baseado em mera contradição entre decisões judiciais, especialmente considerando-se a frequência com que o Supremo Tribunal Federal emite pronunciamento final e vinculante em matéria tributária.

²⁹ MORTATI, Ananda Arruda Campos Rudi. Coisa julgada em matéria tributária. Modificação de jurisprudência e reflexos dos Temas 881 e 885, **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 157, 2024, n. 31, p. 1-14, jan. 2024.



3. CRÍTICAS E IMPACTOS DA NÃO MODULAÇÃO DOS EFEITOS PARA A SEGURANÇA JURÍDICA: CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E PERSPECTIVAS FUTURAS

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) de não modular os efeitos nos Temas 881 e 885 gerou grande controvérsia, especialmente no que se refere à segurança jurídica e à previsibilidade no direito tributário. A partir dessa decisão, a coisa julgada derivada de relações tributárias de trato continuado pode ser desfeita automaticamente e, conforme visto anteriormente, créditos tributários não prescritos poderão ser exigidos.

Como exposto no capítulo 1, o acórdão fundamentou-se nos princípios da igualdade e da livre concorrência. Nesse ponto, cabe trazer à baila dados publicados pela Receita Federal em março de 2023³⁰. No levantamento realizado pelo órgão, constatou-se que a decisão do STF teve impacto econômico reduzido, uma vez que 87,1% dos contribuintes que estariam sujeitos à CSLL já a confessavam e a recolhiam, relevando que apenas 0,83% poderia estar deixando de pagar a contribuição, amparando-se em decisão judicial.

Além disso, dos 51 contribuintes possivelmente atingidos pela decisão, 35 deles já confessavam débitos de CSLL, e haviam pago mais de R\$ 22,1 bilhões. Esses dados revelam que a evasão fiscal justificada pelo “salvo-conduto” de decisão judicial de CSLL já era quantitativamente baixa.

Diante desses dados, questiona-se se a eventual arrecadação adicional justifica os impactos nocivos ao sistema jurídico oriundos da não modulação da decisão. Ademais, a aplicação de cobranças tributárias retroativas a empresas bilionárias – que perfazem uma seleta minoria – não gera um efetivo reequilíbrio da livre concorrência e da isonomia. Por outro lado, cobranças retroativas de tributos poderão afetar significativamente o pequeno empreendedor.

A princípio, entende-se que a modulação dos efeitos da decisão do Supremo seria menos custosa à segurança jurídica e à integridade do sistema jurídico do que o eventual ganho concorrencial-econômico. O Grupo Pão de Açúcar, por exemplo, divulgou fato relevante informando o impacto negativo de R\$ 290 milhões em seus balanços, fruto da exigência retroativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)³¹. Outras empresas, como

³⁰ RECEITA FEDERAL. **Levantamento da Receita Federal demonstra impacto reduzido na economia decorrente da decisão do STF sobre a “coisa julgada”, envolvendo a CSLL.** [S.l.], 2 mar. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2023/marco/levantamento-da-receita-federal-demonstra-impacto-reduzido-na-economia-decorrente-da-decisao-do-stf-sobre-201ccoisajulgada201d-envolvendo-a-csll>. Acesso em: 13 jun. 2024.

³¹ GRUPO PÃO DE AÇÚCAR. **Fato relevante:** impacto da decisão do STF sobre a CSLL. [S.l.], 6 fev. 2023. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.com/uploads/2023/02/GPA-fato-relevante-CSLL.pdf>. Acesso em: 12 out. 2023.

Embraer, Braskem, Havan e Samarco também divulgaram notas semelhantes, revelando os efeitos financeiros da não modulação dos efeitos da decisão³².

Em demonstração financeira de 2021, a Samarco³³ informou que as CSLL referentes aos exercícios de 2007 a 2010 estavam com exigibilidade suspensa por liminar, ao passo que, de 2011 em diante, aguardava-se a análise do *leading case* pelo STF.

Portanto, não são apenas os últimos 5 anos de cobrança os devidos, o que, por si só, revela-se hipótese temerária à segurança jurídica, mas, efetivamente, quase 20 anos de cobranças retroativas, tendo em vista que muitos créditos permanecem paralisados na via administrativa e judicial, suspensa a prescrição.

Os reflexos da nova realidade jurídica são perceptíveis: o ambiente de negócios no Brasil, que já era considerado pouco atrativo, tende a se tornar ainda mais desafiador. A incerteza sobre a validade e permanência das decisões judiciais desestimula a competitividade, os investimentos e o desenvolvimento nacional, dada a ausência do *enforcement*³⁴ – apregoado por expoentes da Economia como Douglas North e Amartya Sen – e mencionados pelo Ministro Fux em seu voto.³⁵ Além disso, essa incerteza compromete o sistema jurídico, prejudicando normas e princípios constitucionais essenciais, como a confiança, a boa-fé e a segurança jurídica.

Diante disso, entende-se que a modulação dos efeitos seria medida que equilibraria a isonomia e livre concorrência à segurança jurídica e à proteção da coisa julgada, revelando-se verdadeira ponderação de princípios. Essa seria a medida harmonizadora que menos sacrificaria apenas um dos princípios constitucionais.³⁶ Portanto, entende-se que a não modulação dos efeitos foi decisão que se revelou equivocada sob o prisma jurídico.

³² FOLHA. **Empresas estimam perdas milionárias após STF autorizar revisão de decisões tributárias.**

Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/02/empresas-estimam-perdas-milionarias-apos-stf-autorizar-revisao-de-decisoes-tributarias.shtml>. Acesso em: 13 jun. 2023.

³³ SAMARCO. **Relatório da Administração.** [S.l.], 31 dez. 2021. Disponível em:

https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2022/04/Samarco-Relatorio-Admin-e-Demonstracoes-Financeiras_2021.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

³⁴ *Enforcement* pode ser traduzido como cogência (força), é o termo utilizado por Douglas North para referir-se à capacidade de uma sociedade ou sistema jurídico de assegurar que as normas estabelecidas serão seguidas, garantindo a execução das obrigações assumidas por indivíduos e instituições. North argumenta que o desenvolvimento econômico de um país está intimamente ligado à existência de instituições eficazes, que possuam a força (cogência) necessária para fazer valer essas regras de maneira consistente e previsível.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 949297.** Direito constitucional e tributário. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Coisa julgada nas relações tributárias de trato sucessivo. Parcial provimento [...]. Relator: Min. Edson Fachin, Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 15 jan. 2024.

³⁶ FERREIRA NETO, Arthur M. A morte da coisa julgada e a loteria do direito tributário brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 53, p. 387-414, abr. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.46801/2595-6280.53.16.2023.2350>. Acesso em: 23 fev. 2024.



A falta de modulação, por sua vez, cria a possibilidade de efeito cascata, de modo que se estenda a outros tributos de trato sucessivo, ampliando-se os impactos para além da CSLL. Dessa forma, casos como a incidência de IPI na revenda de importados (Tema 906)³⁷, o ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS (Tema 69)³⁸, e tantos outros podem ser afetados pela decisão.

Algumas propostas para mitigar os efeitos negativos dessa decisão podem ser consideradas. Uma delas seria a criação de mecanismos administrativos que forneçam maior previsibilidade aos contribuintes, alertando-os sobre mudanças iminentes na jurisprudência, e sobre a cessação dos efeitos de decisões judiciais favoráveis em seu nome, dando-lhes tempo para se adequarem às novas interpretações.

Observa-se uma disparidade no tratamento da modulação dos efeitos das decisões, dependendo de quem seja beneficiado por elas. Quando o Fisco é prejudicado, há uma tendência em modular os efeitos, invocando o argumento da segurança jurídica, como ocorreu no caso da "tese do século", que tratou da não incidência do ICMS na base de cálculo do PIS/COFINS. Nessa situação, os efeitos foram modulados para evitar prejuízos aos cofres públicos.

Por outro lado, quando o contribuinte se encontra no polo desfavorecido, a não modulação dos efeitos pode resultar na imposição de cobranças retroativas, gerando impactos financeiros significativos e comprometendo a segurança jurídica desses contribuintes. Essa diferença de tratamento levanta questionamentos sobre a equidade na aplicação do instituto da modulação de efeitos e seus reflexos na confiança dos jurisdicionados no sistema jurídico tributário.

No Tema 69, os efeitos foram modulados para permitir que apenas os contribuintes que houvessem ingressado com ação ou pedido administrativo antes de 15/03/2017 tivessem o direito de pleitear as cobranças recolhidas a maior, data em que foi firmado o precedente original pelo STF. Essa dualidade de tratamento compromete a percepção de justiça e equidade nas decisões, principalmente em matéria tributária.

O ponto central da questão não reside na alteração das relações jurídico-tributárias de trato sucessivo por parte do STF em controle concentrado. Afinal, é inviável que uma situação

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 946648**. Direito constitucional e tributário. Incidência do IPI no desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno. Constitucionalidade. Repercussão Geral Tema 906. Relator: Min. Marco Aurélio; Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 28 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=906>. Acesso em: 15 jan. 2024.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 574706**. Direito constitucional e tributário. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Inconstitucionalidade. Repercussão Geral Tema 69. Relatora: Min. Cármen Lúcia, em 15 de março de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=69>. Acesso em: 15 jan. 2024.

de injustiça e desrespeito à livre concorrência permaneça inalterada indefinidamente, mesmo diante de uma decisão transitada em julgado favorável ao contribuinte. Esse não é o verdadeiro problema.

O problema reside na alteração das regras durante o decorrer do jogo. Ao esvaziar o conceito de coisa julgada, modificando-o semanticamente de modo a criar diferentes tipos de coisa julgada, distorcendo seu núcleo essencial e o inviabilizando na prática. De fato, a coisa julgada não deve ser utilizada como um eterno salvo-conduto imutável pelo jurisdicionado, de modo que, uma vez alterado o contexto fático ou jurídico, seria admissível rever tais decisões.

Entretanto, diante da garantia constitucional da segurança jurídica, valor tão caro ao Estado Democrático de Direito, aplicar retroativamente regras estabelecidas em 2023 para fatos anteriores à época do julgamento, julgamento este que adereçou a especificidade do tema pela primeira vez – e que na prática se encontrava pacífico pelo costume – pode se revelar uma abordagem perniciosa para um sistema tributário complexo como o brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente artigo analisou os impactos da decisão do STF nos Temas 881 e 885 sobre o princípio da segurança jurídica, especialmente diante da ausência de modulação dos efeitos. O novo entendimento da Suprema Corte delimitou a eficácia temporal da coisa julgada em relações tributárias continuativas derivadas de controle difuso de constitucionalidade, cessando-a automaticamente quando contrária à decisão formalizada em sede de controle abstrato.

Conclui-se que a definição da eficácia temporal da coisa julgada em relações tributárias de trato sucessivo realizada no julgamento dos Temas 881 e 885, embora justificada em nobres princípios como o da isonomia e da livre concorrência, apresenta um cenário que oferece riscos à integridade do sistema jurídico. A coisa julgada, antes vista como garantia de estabilidade e segurança jurídica, sofreu uma significativa reconfiguração em seu conceito, gerando uma cisão semântica entre a "coisa julgada material" e a "coisa julgada precária".

Além disso, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* no contexto tributário mostrou-se inadequada, uma vez que alterações legislativas e mudanças jurisprudenciais são esperadas em um sistema tributário complexo como o brasileiro, não configurando evento imprevisível.

A decisão do STF de não modular os efeitos nos Temas 881 e 885 gerou controvérsias, especialmente quanto à segurança jurídica e à previsibilidade no direito tributário. A possibilidade de cobrança retroativa de tributos, sem a devida transição, impacta negativamente



o ambiente de negócios, desestimula investimentos e compromete a confiança dos contribuintes no sistema jurídico.

Entende-se que a modulação dos efeitos teria sido a medida harmonizadora entre os princípios constitucionais em conflito, equilibrando a isonomia e a livre concorrência com a segurança jurídica e a proteção da coisa julgada. A não modulação, por sua vez, abre precedentes para um efeito cascata, estendendo-se a outros tributos de trato sucessivo e ampliando os impactos para além da CSLL.

Por fim, é fundamental refletir sobre a disparidade de tratamento na modulação de efeitos a depender de quem – Fisco ou contribuinte – seja beneficiado ou prejudicado pela decisão. Essa dualidade compromete a percepção de justiça e equidade nas decisões, principalmente em matéria tributária.

Diante do exposto, conclui-se que, embora a alteração das relações jurídico-tributárias de trato sucessivo pelo STF em controle concentrado seja admissível diante de mudanças fáticas ou jurídicas, é essencial que essa mudança ocorra de forma prospectiva e com a devida transição, respeitando a segurança jurídica e a confiança legítima dos contribuintes. A modulação dos efeitos é a medida mais adequada para equilibrar os princípios constitucionais em jogo, evitando o esvaziamento do conceito de coisa julgada e preservando a integridade do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Entrevista concedida à **TV Justiça**, Rio de Janeiro, fev. 2023. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rLQF2eA6ir0>. Acesso em: 5 mai. 2023.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

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: 4 jan. 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: 23 fev. 2024.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. **PGFN divulga nota sobre julgamento de efeitos da coisa julgada em matéria tributária**. Ministério da Fazenda, 10 fev. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2023/fevereiro/pgfn-divulga-nota-sobre-julgamento-de-efeitos-da-coisa-julgada-em-materia-tributaria>. Acesso em: 12 out. 2023.

BRASIL. Receita Federal. **Levantamento da Receita Federal demonstra impacto reduzido na economia decorrente da decisão do STF sobre a “coisa julgada”**, [...], [S.l.], 2 mar. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/noticias/2023/marco/levantamento-da-receita-federal-demonstra-impacto-reduzido-na-economia-decorrente-da-decisao-do-stf-sobre-201ccoisajulgada201d-envolvendo-a-csll>. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 15**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Cautelar. Lei nº 7.689, de 15.12.1988. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, em 14 jun. 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1483376>. Acesso em: 4 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 574706**. Direito constitucional e tributário. Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Inconstitucionalidade. Repercussão Geral Tema 69. Relatora: Min. Cármen Lúcia, em 15 de março de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=69>. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 946648**. Direito constitucional e tributário. Incidência do IPI no desembaraço aduaneiro e na saída do estabelecimento importador para comercialização no mercado interno. Constitucionalidade. Repercussão Geral Tema 906. Relator: Min. Marco Aurélio; Redator do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 28 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=906>. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 730462**. Constitucional e Processual Civil: declaração de inconstitucionalidade de preceito normativo pelo STF; [...]. Relator: Min. Teori Zavascki, 28 maio 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20730462. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 949297**. Direito constitucional e tributário. [...]. Parcial provimento [...]. Relator: Min. Edson Fachin, Redator do acórdão: Min. Luís Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>. Acesso em: 15 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 955227**. Direito constitucional e tributário. [...]. Obrigação de trato sucessivo. Hipóteses de cessação dos efeitos da coisa julgada diante de decisão superveniente do STF [...]. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 8 de fevereiro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4945134>. Acesso em: 15 jan. 2024.

DALLA, Humberto; MARCELLO GONÇALVES MARIOTINI, Fabiana. Reflexões sobre a relativização da coisa julgada: a ação rescisória como meio legítimo para impugnar sentenças fundadas em orientações declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 3, p. 10, out. 2023.

FACULDADE BRASILEIRA DE TRIBUTAÇÃO. **Lista dos principais tributos que uma empresa brasileira paga**. Faculdade Brasileira de Tributação, [S.l.], 20 set. 2023. Disponível



em: <https://www.fbtedu.com.br/blog/lista-dos-principais-tributos-que-uma-empresa-brasileira-paga/>. Acesso em: 16 out. 2023.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel De; SANTOS, Lucilene Rodrigues; CARDOZO, Marcela Holanda Ribeiro. Segurança jurídica, coisa julgada e os precedentes vinculantes em matéria tributária na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 10, n. e248, p. 1-23, dez. 2023.

FERREIRA NETO, Arthur M. A morte da coisa julgada e a loteria do direito tributário brasileiro. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 53, p. 387-414, abr. 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.46801/2595-6280.53.16.2023.2350>. Acesso em: 23 fev. 2024.

FOLHA. **Empresas estimam perdas milionárias após STF autorizar revisão de decisões tributárias**. Folha, [S.l.], 10 fev. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/02/empresas-estimam-perdas-milionarias-apos-stf-autorizar-revisao-de-decisoes-tributarias.shtml>. Acesso em: 13 jun. 2023.

GRUPO PÃO DE AÇÚCAR. **Fato relevante**: impacto da decisão do STF sobre a CSLL. Grupo Pão de Açúcar. [S.l.], 6 fev. 2023. Disponível em: <https://cdn.oantagonista.com/uploads/2023/02/GPA-fato-relevante-CSLL.pdf>. Acesso em: 12 out. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Renato José de. *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 300.

MORTATI, Ananda Arruda Campos Rudi. Coisa julgada em matéria tributária. Modificação de jurisprudência e reflexos dos Temas 881 e 885, **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 157, 2024, n. 31, p. 1-14, jan. 2024.

PORTAL Tributário. **Os tributos no Brasil**. Relação atualizada e revisada em 01/01/2024. Portal Tributário, [S.l.], 31 dez. 2021. Disponível em: <https://portaltributario.com.br/tributos.htm>. Acesso em: 02 mar. 2024.

SAMARCO. **Relatório da Administração**. Samarco, [S.l.], 31 dez. 2021. Disponível em: https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2022/04/Samarco-Relatorio-Admin-e-Demonstracoes-Financeiras_2021.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

SCAFF, Fernando Facury. As inovações do STF no julgamento dos Temas No 881 e No 885 sobre controle de constitucionalidade e os Efeitos Temporais da Coisa Julgada. **Revista Direito Tributário Atual** nº 53. ano 41. p. 452-469. São Paulo: IBDT, 1º quadrimestre 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Coisa julgada tributária**. 2. ed. São Paulo: MP Editora, 2017, p. 177.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

A RELEVÂNCIA DE ESTUDOS QUALITATIVOS PARA O PROCESSO CIVIL: UMA PONDERAÇÃO SOBRE O IMPACTO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Thais Queiroz Ferrere Matos de Oliveira

Mestre em Direito Processual pela Universidade
do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Resumo – o direito processual civil é eminentemente uma ciência instrumental, de modo que sua finalidade é atingida através da efetividade na prestação jurisdicional. Para alcançar tal intento e propiciar o devido acesso à justiça aos cidadãos brasileiros, diversos institutos e garantias sofrem modificações e escrutínios constantes, dentre eles o duplo grau de jurisdição. No presente trabalho, para além das discussões sobre sua natureza, visa-se analisar a melhor forma de estudar seu impacto na duração razoável do processo e no funcionamento do Poder Judiciário são questões relevantes. Para tanto, defende-se a realização de pesquisas empíricas consistentes não só no levantamento de dados como no estudo qualitativo destes, aliada a uma perspectiva interdisciplinar, de maneira a compreender os aspectos sociais e históricos, bem como o que tal garantia representa para a sociedade e como melhor conciliá-la com os demais direitos que devem ser protegidos na concretização do acesso à justiça.

Palavras-chave – Direito Processual Civil. Duplo grau de jurisdição. Pesquisa empírica. Interdisciplinaridade.

Sumário – Introdução. 1. A pesquisa empírica como fundamento para uma ciência social instrumental. 2. O duplo grau de jurisdição como um princípio constitucional problemático. 3. A importância da análise interdisciplinar na interpretação de dados para a atividade jurisdicional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa a importância da pesquisa empírica qualitativa para a compreensão do impacto da efetivação do duplo grau de jurisdição no Poder Judiciário brasileiro, visto que não é raro encontrar estudos e opiniões a respeito de reformas, principalmente no sistema recursal, que partem de lugares-comuns e números isolados, situação capaz de gerar falsas conclusões sobre a realidade e prejudicar a evolução do sistema jurídico como um todo.

O direito processual civil, como ramo de uma ciência social de caráter eminentemente instrumental, tem como objetivo a construção de procedimentos e de um sistema de justiça que se mostrem adequados e suficientes para servirem de mecanismo à resolução dos conflitos sociais que não possam – por outros meios – ser pacificados.

Diante disso, é objeto de diversas reformas, algumas mais profundas do que outras, para acompanhar as transformações sociais e necessidades coletivas e, dessa forma, servir de



ferramenta efetiva para a concretização do acesso à justiça, um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, plasmado da Constituição da República.

Muitas dessas reformas e debates, até mesmo após o advento do Código de Processo Civil de 2015, discutem a possibilidade de acesso ao duplo grau de jurisdição como um problema, apresentando uma tendência à redução dos recursos das mais variadas maneiras, com base em levantamentos de dados de processos julgados em primeira e segunda instância pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), bem como pelos próprios sistemas de processamento eletrônico (como o Processo Judicial Eletrônico – PJe).

Todavia, o instituto do duplo grau de jurisdição é peça importante no sistema brasileiro para o alcance do acesso à justiça em seu aspecto material, razão pela qual se torna relevante o aprofundamento da análise desses números na complexa discussão sobre o impacto do sistema recursal no Poder Judiciário brasileiro.

Diante disso, o presente trabalho entrelaça três grandes pontos: o direito processual civil como ciência jurídica instrumental que visa a concretização do acesso à justiça em sua dimensão material, a existência do duplo grau de jurisdição como uma ferramenta para este objetivo e a indispensabilidade de pesquisa qualitativa para a compatibilização entre as problemáticas causadas pela mencionada ferramenta no funcionamento do Poder Judiciário brasileiro.

O primeiro capítulo do trabalho discorre sobre o papel da pesquisa empírica na construção da ciência jurídica, apontando as características do direito processual que demandam um conhecimento pragmático do contexto social a fim de se atender por inteiro ao seu escopo de proporcionar o acesso à Justiça em todas as suas acepções.

Em seguida, o segundo capítulo apresenta o constante debate em torno do duplo grau de jurisdição no âmbito do direito processual civil, o qual perpassa pontos como sua previsão normativa e sua real necessidade para a aplicação do devido processo legal, além de abordar as questões relativas à sua repercussão no funcionamento da justiça.

Por fim, o terceiro capítulo pondera acerca da melhor interpretação dos dados levantados nas pesquisas empíricas desenvolvidas no contexto recente, ressaltando a relevância de uma verificação qualitativa e interdisciplinar dos números encontrados, considerando aspectos econômicos, sociológicos, culturais e até mesmo psicológicos, para que se tenha a compreensão mais acertada possível sobre a realidade do duplo grau de jurisdição na prática forense.

A pesquisa se desenvolve pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se apresentam proposições hipotéticas para análise argumentativa do tema apontado, bem como

tem abordagem qualitativa, de cunho explicativo e de natureza bibliográfica, pois se vale de estudo da legislação constitucional e processual pertinente, além do exame de livros, artigos e periódicos sobre a questão em debate.

1. A PESQUISA EMPÍRICA COMO FUNDAMENTO PARA UMA CIÊNCIA SOCIAL INSTRUMENTAL

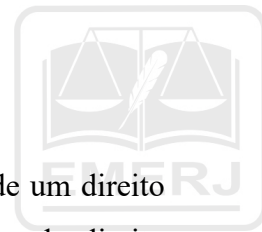
O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República de 1988¹ disciplina o acesso à justiça como um direito fundamental, tornando-o um reflexo do viés democrático e corolário do ideal de justiça. Genericamente, o princípio confere a qualquer indivíduo sob a jurisdição estatal, ainda que transitoriamente, possa acionar o Poder Judiciário a fim de proteger direitos que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro e internacional, por meio da atuação de um terceiro imparcial. Tal conceito, entretanto, não se limita ao simples ajuizamento de uma demanda, pois abarca todos os pormenores dos procedimentos que levam à proteção do direito e à pacificação social através de uma prestação jurisdicional de qualidade².

Nessa perspectiva, para que o acesso à justiça se concretize de forma plena, é imprescindível se considerar, dentre outros aspectos, a questão da efetividade. Não resta configurado o autêntico e concreto acesso à justiça nas situações em que, por motivos variados, a prestação jurisdicional não corresponde de maneira adequada à questão controvertida ou quando tenha sido prolatada a destempe em relação à precibilidade do direito.

Assim, a simples existência de uma estrutura de justiça que permita a heterocomposição de conflitos sob o comando estatal não implica a realização do acesso à justiça. Há uma variedade de fatores de significativo impacto a serem considerados para a correta observação sobre a concretização do acesso à justiça no Brasil, como embaraços de natureza sociocultural, político-econômica, ambiental e até mesmo psicológica.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

² Sobre o acesso à justiça e a disposição constitucional, Fredie Didier Jr esclarece que “este princípio não se dirige apenas ao Legislativo – impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional –, mas também a todos quantos desejem assim proceder, pois, ‘se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá’ excluir algo da apreciação do Poder Judiciário. (...) A Constituição é peremptória: não há matéria que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário – ressalvadas raríssimas exceções por ela mesma postas, como a do processamento e julgamento de certas autoridades em certas hipóteses (art. 52, I e II, CF/88)”. DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out./dez. 2002, p. 23-24.



O ajuizamento de uma demanda por quem pretende obter a satisfação de um direito perante o Estado-juiz não esgota o conteúdo do acesso à justiça na perspectiva do direito processual. Há necessidade de atendimento das normas de direitos fundamentais do processo, suas prerrogativas e garantias, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a motivação das decisões, a razoável duração e, ainda, o duplo grau de jurisdição.

Nesse panorama, o direito processual só alcançará sua finalidade se conseguir combinar, simultaneamente, adequação, construção de um espaço para participação dos envolvidos e resolução da questão posta em debate de modo satisfatório, dentro do que se considera possível e viável. O principal conceito que condensa essa amálgama é o de efetividade, ou seja, a capacidade de se atingir o efeito pretendido dentro de padrões de normalidade. Como diria Barbosa Moreira, o processo precisa ser socialmente efetivo³.

A efetividade, portanto, deve ser sempre o objetivo a ser alcançado e servir como norte para as investigações acerca do que a impede de se concretizar, tanto de maneira perene quanto temporária, de modo que cabe ao direito se valer de mecanismos e instrumentos de pesquisa aptos a identificar a realidade da prática forense.

Esses mecanismos e instrumentos se traduzem na produção de conhecimento por meio da pesquisa de campo (ou pesquisa empírica) e sua posterior análise qualitativa. De acordo com Maria Tereza Fonseca Dias e Miracy Barbosa de Souza Gustin⁴, a pesquisa empírica atua nos campos da sistematização e catalogação de dados da realidade social, tratando-se de método de investigação de coleta de informações sob uma perspectiva científica. Dito de outro modo, com ela objetiva-se o levantamento de elementos da realidade social para servir de substrato no desenvolvimento de soluções para os problemas existentes. Nesse sentido, discorrem Gustin e Dias⁵ acerca da pesquisa empírica:

Primeiro gostaríamos de alertar que ela não se dedica apenas a codificações. Ela formula quadros de observação da realidade, propõe transformações de percurso das condições da realidade objeto da investigação e fornece cenários completos da realidade estudada, quer social, econômica, jurídica, entre outros. Pelo que se observou, não se pode entender que esse gênero dedique-se tão-somente a “mensurar” a realidade. Ela se propõe, é bem verdade, a interpretar a objetividade da realidade sócio-cultural [*sic*], mas que não se restringe a dados mensuráveis.

³ “[S]erá socialmente efetivo o processo que se mostre capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhes a satisfação por meio da Justiça. (...) [M]erecerá a denominação de efetivo, do ponto de vista social, o processo que consinta aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 40.

⁵ *Ibidem*.

Para as autoras, o termo utilizado é “pesquisa-intervenção”, isto é, o registro de abundantes informações referentes a uma área específica que irão constituir o alicerce da construção de projetos cujo escopo é causar efetiva transformação social dentro da realidade em discussão⁶. As respostas, assim, para os problemas presentes são encontradas através da pesquisa, dentro do próprio meio, sobre suas origens e consequências.

Dentro do campo em estudo, analogicamente à instrução probatória por meio da realização de perícia, a busca de dados sobre o funcionamento do processo, o agir dos diversos sujeitos a ele interligados e as repercussões da atuação estatal no direito processual – consubstanciada nas alterações de políticas públicas, na produção legislativa ou mesmo na reorganização administrativa – tem por finalidade indicar se as conjecturas teóricas dos doutrinadores do direito encontram correspondência na realidade.

Há diversas técnicas metodológicas de investigação, tais como a pesquisa-ação, o estudo de caso e a pesquisa participante, nas quais é possível se realizar uma pesquisa de campo com o escopo de estudar o dia-a-dia ou mesmo os graus de aplicação concreta e eficaz, ou seja, de efetividade de alguma medida ou de algum órgão⁷.

Vale destacar que não se faz, contudo, pesquisa empírica de qualquer maneira. Assim como o direito processual é constituído por um iter procedimental que deve ser seguido por exigência constitucional, sob pena de invalidade, o pressuposto de validade da produção de conhecimento científico é o respeito aos parâmetros reconhecidos e aplicados, de modo a permitir sua posterior compreensão e verificação por terceiros.

Considerando suas premissas, método e finalidade, a pesquisa empírica é uma ideal ferramenta para o desenvolvimento do processo, seja em seu âmbito teórico, seja em seus elementos mais práticos. Isso porque a realidade deve ser a principal fonte de extração das problemáticas de área e conhecê-la se mostra essencial para a correta e concreta determinação das causas e, em seguida, dos melhores caminhos para se direcionar as atividades legislativas, administrativa e jurisdicional.

Quando o assunto é acesso à justiça, esse tipo de pesquisa ganha ainda mais importância para que se possa de fato apontar os problemas existentes. Embora exista produção acadêmica dissecando algumas possibilidades, por exemplo a falta de conhecimento, a

⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 39.

⁷ Sobre a efetividade, elas discorrem: “A efetividade supõe não só a realização das condições de eficiência e eficácia, como, também, a correspondência com as demandas da população ou de determinados estratos populacionais ou de grupos (demandas de consumidores, de magistrados, de crianças e adolescentes em relação aos juizados, Conselhos Tutelares, etc., de contribuintes, entre muitos outros). A análise da efetividade é de grande relevo para todos os campos das Ciências Sociais Aplicadas”. *Ibidem*, p. 96-99.



deficiência de assistência jurídica e a hipossuficiência técnica, econômica e informacional⁸, as quais provavelmente encontrariam reflexos no levantamento de dados, trata-se apenas de hipóteses que dependem de confrontação e demonstração a fim de se extrair conclusões válidas sobre os fatores que abalam factualmente a concretização do acesso à justiça.

Também no que tange ao tempo de duração do processo, a pesquisa de campo se torna pertinente. As causas para a morosidade da Justiça não se limitam a questões administrativas ou processuais⁹; na verdade, são das mais variadas naturezas, razão pela qual os detalhes que compõem essa marcha a caminho da prestação jurisdicional precisam ser catalogados de forma científica a fim de se descobrir o que de fato influencia na velocidade do procedimento nos juízos, nos tribunais de segundo grau e nos tribunais de superposição. Tal levantamento, além de custoso, demanda que se estabeleçam parâmetros muito bem delimitados, porém seu potencial de aproveitamento na efetivação do princípio da duração razoável do processo o torna digno dessa dedicação.

Assim como servem para extrair as causas, também as soluções exigem apurações de dados da realidade, assim como a ponderação da importância de cada um deles para a problemática em estudo. Em outras palavras, só se soluciona um problema quando se conhece realmente qual é esse problema. Da mesma forma, a solução só pode ser considerada eficaz ou mesmo suficiente a partir de nova apuração de dados, após sua implementação, a fim de se avaliar sua repercussão no cotidiano forense. Para além do óbvio respeito ao método científico, tal conduta é necessária porque, na aplicação do direito, não é estranho que os institutos concebidos sob uma perspectiva teórica possam se concretizar de um jeito inteiramente diverso de sua lógica inicial.

Não se pode desconsiderar ainda que esse tipo de investigação científica demanda material humano e organizacional para sua execução, o que acrescenta mais uma camada de complexidade à tarefa e faz dela uma metodologia mais rara de ser desenvolvida pelos acadêmicos do direito. Segundo Gary King e Lee Epstein¹⁰:

Ao mesmo tempo, reconhecemos que – independente do quanto desejem os pesquisadores realizar boas pesquisas, independente do quanto eles desejem contribuir com credibilidade aos debates de políticas, independente do quanto eles desejem argumentar com autoridade com seus colegas – seguir as regras pode ser

⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byrant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfeet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15-30.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 372.

¹⁰ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. Tradução. Coleção acadêmica livre. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11444/Pesquisa_empirica_em_direito.pdf?sequence=3. Acesso em: 25 jul. 2024, p. 147.

difícil, ou, em algumas instâncias, quase impossível sem uma infraestrutura de pesquisa suficiente. Por “suficiente”, queremos dizer uma estrutura que sustenta, encoraja e realça a habilidade dos pesquisadores de realizar pesquisas empíricas, bem como a habilidade de advogados, juízes e estudantes de consumirem-nas.

Com isso, configura-se uma etapa prévia ao desenvolvimento da pesquisa, para a qual tais estudiosos sugerem soluções como a realização de cursos e a criação de projetos de pesquisa pelo corpo docente voltados à pesquisa empírica¹¹. É o fomento, tanto de cunho acadêmico quanto financeiro, nessa área que permitirá a capacitação de pesquisadores e professores na metodologia necessária para o progresso desse tipo de pesquisa e para a qualidade de seus resultados.

2. O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO COMO UM PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL PROBLEMÁTICO

O Poder Judiciário brasileiro se organiza de forma hierarquizada, uma vez que a Constituição da República¹² dispõe sobre a organização dos tribunais e sua competência para julgamento de demandas em grau originário e em grau recursal. Tal encadeamento institucional constitucionalmente formalizado também se reflete no sentido inverso, a partir da necessidade de consideração, na tomada de decisão baseada no princípio do livre convencimento motivado, pela jurisprudência fixada pelos órgãos superiores¹³. Essa consideração é uma decorrência do dever estatal de promover a igualdade de tratamento entre todos os seus cidadãos¹⁴.

Nesse cenário, o duplo grau de jurisdição se configura como um instituto do direito processual civil que possibilita a revisão por outro órgão, de hierarquia superior¹⁵, previamente competente, acerca da correção ou incorreção da decisão – que se pretende definitiva – até então prolatada, com amplitude para apreciar questões fáticas, isto é, as discussões quanto à comprovação das situações alegadas, bem como questões jurídicas. O duplo grau de jurisdição

¹¹ EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. Tradução. Coleção acadêmica livre. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11444/Pesquisa_empirica_em_direito.pdf?sequence=3. Acesso em: 25 jul. 2024, p. 149-162.

¹² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

¹³ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 266, p. 447-480, abr. 2017.

¹⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: recursos e processos da competência originária dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 11.

¹⁵ Ainda que, eventualmente, a instância possa ser a mesma, como ocorre nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais estaduais, órgãos de primeira instância competentes para os julgamentos dos recursos das sentenças proferidas pelos juízes singulares.



garante, em outras palavras, que “todo aquele que for atingido em sua esfera de interesses por uma decisão judicial desfavorável deve ter direito a uma segunda oportunidade de julgamento”¹⁶.

À parte da abordagem sobre sua relevância para o direito processual penal¹⁷, na seara do direito processual civil sua existência amplia a possibilidade de que o produto do processo seja visto como justo e correto – seja pelas partes, seja pela sociedade em geral – e represente, de fato, a pacificação social do conflito, configurando-se como mais uma das expressões do acesso à justiça. É um mecanismo de correção de sentenças conflitantes, tanto do ponto de vista da legalidade, quanto do ponto de vista da juridicidade, com o ordenamento jurídico brasileiro. É o que Calmon de Passos chama de “justiça da legalidade”¹⁸.

Apesar de seu escopo ser aparentemente positivo, o duplo grau de jurisdição pode ser intitulado como problemático porque sobre ele recaem dois constantes debates. O primeiro deles envolve sua estatura constitucional para o direito processual civil. O segundo diz respeito aos reflexos de sua aplicação na morosidade da justiça e, em última análise, na efetivação do acesso à justiça.

Com relação ao primeiro ponto, por não existir dispositivo expresso no texto constitucional a seu respeito, os processualistas se dividem em considerá-lo como mera decorrência de controle hierárquico, sem assento constitucional, como princípio constitucional implícito (e não garantia, por não ter aplicação em caráter absoluto, já que julgamentos, por exemplo, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal não se submetem à revisão de superior hierarquia), e ainda como garantia constitucional explícita, decorrente do contraditório e da ampla defesa¹⁹.

A falta de previsão específica, contudo, não é suficiente para retirar do duplo grau de jurisdição seu *status* constitucional²⁰, porque o instituto pode ser compreendido como uma

¹⁶ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 10.

¹⁷ Para o direito processual penal, o duplo grau de jurisdição assume posição relevante e não contestada, diante de sua previsão em tratados internacionais de direitos humanos que integram o ordenamento jurídico brasileiro. KUKINA, Sérgio Luiz. O princípio do duplo grau de jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 109, ano 28, p. 97-112, jan./mar. 2003, p. 109-110.

¹⁸ “[O]u seja, da mais fiel possível correspondência entre o que foi posto como compromisso constitucional para o cidadão e o que decidem os magistrados”. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. As razões da crise de nosso sistema recursal. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil: Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 377.

¹⁹ KUKINA, *op. cit.*, p. 104-105.

²⁰ Nesse sentido: “Em que pese as d. opiniões, no entanto, entendemos que o duplo grau de jurisdição esteja coberto implicitamente, pelo manto constitucional. Com efeito, em primeiro lugar, não concordamos com visão tão estreita de nossos processualistas, que nos moldes dos autores de Teoria Geral do Processo negam albergue ao duplo grau na Carta Política, pelo simples fato dele não vir ali “expressamente” disposto. Ora, o sistema jurídico deve ser analisado como um todo, e, assim, via de consequência, também se deve agir em relação às

decorrência de outros princípios constitucionais, como o do devido processo legal²¹, do contraditório e da ampla defesa já mencionados, bem como a partir da estipulação pelo constituinte de recursos ordinários aos tribunais em variadas etapas do procedimento cível.

Além disso, as discussões sobre seu caráter implícito ou explícito ou sobre a existência de ressalvas constitucionais para sua aplicação se mostram desimportantes do ponto de vista da necessidade de sua efetivação. Em primeiro lugar, pois os princípios implícitos possuem tanta força cogente quanto os explícitos e devem ser respeitados como normas jurídicas²² do mesmo modo. Em segundo lugar, porque não existem direitos absolutos, sendo possível que uma garantia seja instituída para ser aplicada de acordo com estritos moldes e não a toda e qualquer situação. Nesse sentido, pronuncia-se Calmon de Passos²³:

Afirmar o direito ao recurso como garantia constitucional não significa direito de recorrer de toda decisão e em qualquer fase do procedimento que antecede a sua formulação. O que é garantido constitucionalmente é o que poderíamos denominar de núcleo resistente, o mínimo indispensável para emprestar segurança à garantia da coerência entre o direito posto e o direito aplicado, podendo o legislador infraconstitucional ampliá-lo, não, porém, restringi-lo ou eliminá-lo.

Quanto à conexão entre o duplo grau de jurisdição e a morosidade no alcance da prestação jurisdicional, a existência de muitos recursos, principalmente sob a égide do Código de Processo Civil de 1973²⁴, sempre foi considerada uma das causas de demora na conclusão do processo²⁵ e no elevado número de processos em andamento que dificulta a administração da justiça²⁶, razão pela qual a redução das modalidades recursais e/ou de suas hipóteses de

garantias constitucionais, que se acoplam, se intercalam. Por esse ângulo, fácil perceber-se o engano dos estudiosos, como se verá. Em segundo lugar, o simples fato de a Constituição criar exceções dos tribunais, não o desqualifica como garantia constitucional a ponto de, conforme Greco Filho, ser suprimido ao bel-prazer do legislador através de legislação ordinária”. PASSOS, Paulo Roberto. Algumas reflexões sobre o duplo grau de jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 69, p. 155-159. jan./mar. 1993, p. 155-156.

²¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: recursos e processos da competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 11.

²² KUKINA, Sérgio Luiz. O princípio do duplo grau de jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 109, ano 28, p. 97-112, jan./mar. 2003, p. 105-106.

²³ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. As razões da crise de nosso sistema recursal. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 376.

²⁴ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

²⁵ PAULICHI, Jaqueline da Silva; SALDANHA, Rodrigo Roger. Das garantias processuais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição para efetivação dos direitos da personalidade. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 68, p. 399-420, jan./jun. 2016. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-UFMG_68.13.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024, p. 405.

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reforma no processo civil: são os recursos o grande vilão? In: FREIRE, Alexandre; et al (coord.). **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 739-750.



cabimento, bem como a supressão por inteiro do duplo grau de jurisdição são assuntos de discussão em toda reforma processual²⁷, inclusive no que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015²⁸.

Apesar de ser efeito inegável do exercício do duplo grau de jurisdição o prolongamento do feito, visto que, através dele, com a interposição de um recurso, inaugura-se uma nova etapa no procedimento, a qual, invariavelmente, postergará a conclusão, sua mera ocorrência não representa um ponto necessariamente negativo.

Afinal, mostra-se profícua a lógica de submeter uma causa a uma segunda análise, ampliando as chances de investigação mais profunda, imparcial e completa sobre o assunto e de solução adequada para a lide. Ainda que não se possa afirmar, de toda maneira, que a decisão proferida por um segundo julgador, seja de forma monocrática, seja de forma colegiada, é essencialmente melhor do que a primeira, a própria noção de revisão implica maior reflexão e sedimenta, de maneira mais contundente, a conclusão jurídica alcançada. Nesse sentido, aponta Barbosa Moreira²⁹:

A justificação política do princípio tem invocado a maior probabilidade de acerto decorrente da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão. É dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema frequentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso.

Além disso, a possibilidade de interposição de recurso incentiva também o cumprimento de maneira mais esmerada do dever de motivação das decisões judiciais³⁰, fortalecendo o controle de qualidade de sua forma e de seu conteúdo, o que ganha maior importância dentro de um sistema que agora privilegia com maior afínco os precedentes judiciais³¹, além de manter a higidez, promover segurança jurídica através dos entendimentos

²⁷ REDONDO, Bruno Garcia. Sugestões para aprimoramento dos recursos cíveis: estudo crítico de aspectos relevantes do Relatório-Geral do projeto de novo CPC divulgado pela Câmara em 19/09/2012. In: FREIRE, Alexandre; *et al* (coord.). **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 229-244.

²⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 237. v.5.

³⁰ Segundo Greco, “psicologicamente, o juiz, ciente daquela vigilância, tende a ser mais cauteloso e propenso a proferir decisões mais bem fundamentadas e ponderadas”. GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: recursos e processos da competência originária dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 12.

³¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 270, p. 313-351, ago. 2017.

consolidados pelas cortes e pelos tribunais e prezar pelo tratamento isonômico ao jurisdicionado em relação aos seus pares e a julgamentos pretéritos.

Nesse panorama, alinhado ao escopo do devido processo legal e voltado ao alcance da decisão justa, a qual, para Michele Taruffo³², é aquela que escolhe e interpreta corretamente a regra jurídica aplicável à situação, averigua os fatos relevantes e emprega um procedimento válido e justo para atingir a resposta estatal ao caso, o duplo grau de jurisdição merece maior relevância na ponderação com a ideia de celeridade processual.

A duração razoável do processo não importa tão somente gestão de tempo, mas também um equilíbrio com o desenvolvimento adequado e necessário do procedimento, assegurando-se o respeito às garantias e a melhor prestação jurisdicional possível³³. Ademais, a questão do excesso de litigiosidade que se consubstancia na interposição desenfreada de recursos e no prolongamento indevido do procedimento é tema complexo e, por tal razão, requer uma análise mais aprofundada a partir de uma pesquisa que conjugue mais do que meros aspectos legais e doutrinários.

3. A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR NA INTERPRETAÇÃO DE DADOS PARA A ATIVIDADE JURISDICIONAL

A implementação de medidas em prol do acesso à justiça exacerba as dificuldades de sua própria efetivação. Tal dinâmica é explicada pelo fato de que a ampliação das possibilidades de ingresso do cidadão com demandas perante o Poder Judiciário implica necessariamente em uma elevação do número de processos a serem julgados. Assim, o aumento do volume a ser manejado pelos tribunais potencializa os problemas já existentes, principalmente a demora de tramitação, inevitável resultado da condução de um órgão judiciário assoberbado.

Esse ciclo faz com que se enfraqueça a crença do jurisdicionado a respeito da capacidade de resposta adequada, tempestiva e concreta, aos seus problemas, através do exercício do direito de ação. Com algum grau de evolução e melhoramentos, há novo incentivo para a procura pelo Poder Judiciário e, assim, a proliferação de mais processos e consequentemente recursos, causando novamente o aumento do volume de demandas. Isso já

³² TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, v. 51, n.2, p. 315-328, 1997, p. 319-320.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Estação Científica (Edição Especial Direito)**, Juiz de Fora, v. 1, n.4, p. 82-97, out./nov. 2009, p. 84-90.



foi apontado por Barbosa Moreira³⁴, ao afirmar que “construir um sistema de Justiça é como construir uma estrada; quanto melhor for a estrada, maior será o tráfego; e quanto maior o tráfego, mais depressa a estrada acusará o inevitável desgaste”.

Como prevalece no estudo do direito a pesquisa acadêmica de caráter doutrinário e dogmático, padece a ciência jurídica de informações estatísticas e interpretações qualitativas no âmbito do processo em todas as suas especificidades. Na construção de seus entendimentos, os operadores do direito elaboram alternativas para determinado imbróglio prático por meio de raciocínios jurídicos oriundos de suas vivências, percepções e intuições. A garantia do duplo grau de jurisdição, como já explicitado, é reiteradamente questionada a partir desses lugares-comuns, ou mesmo a partir da leitura irrefletida do volume de demandas que alcançam os tribunais e do intervalo entre a data de ajuizamento da demanda e seu arquivamento.

Há ainda cenários nos quais se formula uma solução levando-se em consideração tão somente uma única situação concreta, o que não serve de substrato adequado para se concluir que tal solução é adequada para outras hipóteses. Inclusive quando se discute a especificação dos males que atingem o processo, tal análise acaba enfraquecida pela falta de levantamento de informações estatísticas ou mesmo da correta e multidisciplinar interpretação deles.

A utilização de casuísmos nas produções acadêmicas já foi objeto de desaprovação por parte de Barbosa Moreira³⁵, notadamente no que tange à lentidão dos processos:

Antes de mais nada, cumpre salientar a absoluta irrelevância daquilo a que se pode chamar a “exemplificação anedótica”. Quase sempre, quando se traz o assunto à baila, alguém supõe contribuir valiosamente para o debate citando determinado caso em que pessoa da família, ou do grupo de amigos, se viu envolvida em pleito de longa duração: ‘Minha tia é parte num processo que se arrasta há mais de vinte anos’. Deveria ser desnecessário sublinhar que comentários desse tipo em nada contribuem para o equacionamento correto do problema. Não precisamos de exemplos acidentais; precisamos, sim, de dados estatísticos colhidos e tratados com boa técnica.

É premente, portanto, a necessidade de realização de pesquisas empíricas para levantamento de dados sobre a realidade processual para subsidiar os operadores do direito nas escolhas que devem ser feitas na construção da dogmática jurídica e da normatividade que conforma a sociedade brasileira. Tais pesquisas, contudo, necessitam de uma compreensão interdisciplinar do que esses números significam. Afinal:

Nessa perspectiva, torna-se impossível separar o direito da ação de sujeitos sociais que disputam os termos pelos quais as liberdades são organizadas (Lyra Filho, 1985; Sousa Jr., 2006). A tarefa da PED, neste caso, é situar a ação desses sujeitos e a relação

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 376.

³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 367.

que ela estabelece com a construção de pretensões normativas, com, apesar de, ou contra a ordem jurídica estatal³⁶.

Já existem iniciativas, dentro da área jurídica, envolvendo essa modalidade de investigação científica. É possível citar a Rede de Estudos Empíricos em Direito³⁷ como grupo desenvolvido com essa finalidade, bem com o projeto Supremo em Números da Fundação Getúlio Vargas³⁸, a título de pesquisa desenvolvida no âmbito de uma instituição de ensino superior.

Também o Conselho Nacional de Justiça – cujo papel de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário foi definido pela Emenda Constitucional 45/2005³⁹ – tem atuado no mesmo sentido, diligenciando no levantamento de estatísticas sobre o desempenho da atividade jurisdicional pelo país. Um exemplo é o projeto Justiça em Números, responsável pela produção de um relatório cuja finalidade é divulgar “a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira”⁴⁰.

Da mesma maneira, os tribunais espalhados pelo Brasil armazenam as informações relacionadas aos feitos sob sua competência, nem que sejam apenas dados estatísticos sobre distribuição, número de sentenças e número de processos com baixa. Muitas vezes incluem detalhes sobre a atuação dos juízes ou o desempenho de determinada vara. Tais informações normalmente ficam disponíveis em seus sites ou plataformas virtuais e são consideradas para fins de reorganização do aparato judiciário, tanto material quanto pessoal, bem como para a ascensão na carreira de magistrados e servidores.

Ademais, o sistema de processamento eletrônico usado nos Tribunais Regionais Federais e em alguns tribunais estaduais, intitulado Processo Judicial Eletrônico – PJe⁴¹, também dispõe de ferramentas automáticas de levantamento do fluxo de processos, de duração

³⁶ SÁ E SILVA, de Fábio. Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 3, n.1, p. 24-53, 2016. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/95>. Acesso em: 15 ago. 2024, p. 42.

³⁷ REDE DE ESTUDOS EMPÍRICOS EM DIREITO. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/index>. Acesso em: 10 jul. 2024.

³⁸ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório Supremo em Números**. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/search?query=supremo%20em%20n%C3%B3meros>. Acesso em: 10 jul. 2024.

³⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

⁴⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁴¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Processo Judicial Eletrônico**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/processo-judicial-eletronico-pje/>. Acesso em: 10 jul. 2024.



das demandas, de tipos de decisões tomadas, tecnologia interessante para a coleta de informações sobre a duração das demandas em primeira e em segunda instância.

Para além desse arrolamento de dados, no campo da análise qualitativa desses números, faz-se mister mencionar a existência da Revista de Estudos Empíricos em Direito⁴², a qual se vincula à Rede de Estudos Empíricos em Direito, outrora mencionada, cujo objetivo é, além de coletar elementos, analisa-los do ponto de vista transdisciplinar para se alcançar um nível de compreensão mais completo do funcionamento do direito na sociedade.

Outrossim, destaca-se a existência do Observatório de Pesquisas Bryant Garth⁴³, integrante da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez parte do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, fundado em 2019, composto de dez diferentes núcleos de pesquisa, cujo foco é promover investigação científica a partir de pesquisas empíricas, produzindo um estudo aprofundado com base em dados coletados dos sistemas de justiça – tanto nacionais quanto internacionais.

Ainda que o levantamento desses dados sobre a realidade judiciária seja, por si só, um conhecimento importante e necessário, não se pode entendê-lo suficiente. Também é indispensável, para sua completude, que se investigue o que tais dados representam, quais problemas apontam e que respostas invocam. Dito de outro modo, é imprescindível que esse conhecimento empírico seja analisado através de lentes não só processualistas, mas também multidisciplinares, para além do próprio direito, e ainda sub criteriosa metodologia de tratamento de dados, a fim de que as conclusões sejam sólidas, dotadas de caráter científico, e consubstanciem efetivas soluções para a concretização do acesso à justiça.

Importa ainda, assim, em um estudo ainda mais complexo sobre como fazer pesquisa dessa natureza no âmbito do direito, envolvendo a harmonização entre método e objeto. Nesse sentido:

A natureza interdisciplinar da PED [pesquisa empírica em direito] estimula a variedade metodológica e tende a reduzir assimetrias e conflitos, como, por exemplo, entre métodos quantitativos e qualitativos. Isto, porém, vem às custas de um aprendizado, ainda em curso, sobre o manejo e a adequação dos métodos não apenas em relação aos objetivos, mas também ao próprio objeto. Juristas não são treinados em estatística, entrevistas, observação e outras técnicas de PED. Cientistas sociais o são, mas por desconhcerem o direito muitas vezes o recortam de maneira errada, utilizando *proxies* ou fazendo inferências de maneira equivocada. Tais confusões potencializam os conflitos em torno das abordagens legítimas e usos sociais da PED.

⁴² REDE DE ESTUDOS EMPÍRICOS EM DIREITO. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/index>. Acesso em: 10 jul. 2024.

⁴³ ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Observatório de Pesquisas Bryant Garth**. Disponível em: <https://emerj.tjrj.jus.br/pagina/8/12>. Acesso em: 10 jul. 2024.

A adequação entre método e objeto, portanto, é um desafio central para que a PED se solidifique⁴⁴.

A partir dessa compreensão da complexidade da tarefa, no que tange ao duplo grau de jurisdição, foco do presente trabalho, a análise qualitativa dos dados precisa envolver um estudo concreto dos fatores psicossociais envolvidos. O impacto do instituto está diretamente relacionado aos motivos, do ponto de vista social, psicológico e cultural, que levam o indivíduo a questionar a primeira decisão com potencial de definitividade e a buscar uma segunda opinião, postergando a pacificação do conflito. O nível de satisfação do jurisdicionado com o conteúdo das decisões ou, pelo menos, a fundamentação nelas fornecida, bem como o índice de efetivas reformas devem ser considerados na observação do duplo grau de jurisdição como fenômeno jurídico, social e político. A pesquisa empírica e a análise interdisciplinar na interpretação de dados é o caminho mais adequado para essa ponderação.

Afinal, o exercício da prerrogativa de acessar uma segunda instância decisória não representa tão somente – ou em todas as situações – um desejo de prolongar a lide. Traduz-se, inicialmente, como o exercício de um direito garantido pela ordem jurídica brasileira, em busca de uma solução que atenda melhor à situação jurídica, em relação a quem a impugna⁴⁵. Entender diferente é tomar a exceção pela regra, presumir a má-fé em detrimento da boa-fé e adotar posições jurídicas a partir da prática desvirtuada do instituto, o que não deve ser admitido em nenhum nicho do direito processual.

CONCLUSÃO

A Constituição da República de 1988 não só garante ao indivíduo a existência de um terceiro imparcial disponível para promover a heterocomposição de um conflito. O acesso à justiça, para além de uma garantia fundamental, representa também um propósito do direito processual. Em outras palavras, é um dos objetivos do processo permitir aos sujeitos sob a

⁴⁴ SÁ E SILVA, de Fábio. Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 3, n.1, p. 24-53, 2016. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/95>. Acesso em: 15 ago. 2024, p. 46.

⁴⁵ Segundo Barbosa Moreira, “não fica excluída a hipótese de que a vontade de recorrer esteja menos no litigante que no advogado, receoso de ver-se atingido em seu prestígio profissional pela derrota, ou movido por animosidade contra o patrono da parte adversa. É intuitivo, por outro lado, que fatores também múltiplos e variados influem na opção final entre interpor e não interpor o recurso: a estimativa das despesas com este relacionadas, a previsão do tempo que fluirá até o julgamento, a qualidade da decisão proferida, a existência ou inexistência de orientação jurisprudencial firme sobre a questão de direito, e até a situação do mercado de trabalho na advocacia... Trata-se de problemática do maior interesse, notadamente pelo ângulo da sociologia do processo, a reclamar estudos interdisciplinares, como os que já se vão fazendo noutros países”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.5, p. 238.



jurisdição brasileira, quaisquer que sejam suas estaturas socioeconômicas ou políticas, vias de acesso ao Poder Judiciário que sejam efetivadas por meio de instrumentos e atos concatenados de forma eficiente e rápida, alcançando-se um resultado qualitativamente aceitável, de um ponto de vista objetivo.

A concretização do acesso à justiça é tema complexo que exige a ponderação de vários aspectos, os quais perpassam tanto medidas extrajudiciais e extrajudiciárias, como a efetivação de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, quanto medidas legislativas e judiciárias, como a alteração da legislação processual e a reorganização administrativa dos órgãos judiciários em prol da redução da lentidão no tratamento das demandas. O desafio é conciliar todas essas medidas com a impossibilidade de renúncia de direitos dos cidadãos, o que inclui, dentre esses direitos, o duplo grau de jurisdição.

Ainda que seja inegável sua importância, não se pode considerar a rapidez da solução do litígio como foco principal do processo, de modo a ensejar atuação jurisdicional que desconsidere outros direitos e garantias fundamentais, como o respeito ao contraditório e à ampla defesa e o duplo grau de jurisdição, ambos corolários do devido processo legal. Só haverá justiça e efetividade na prestação jurisdicional quando, para além da tempestividade, tenha se levado tempo suficiente para a cuidadosa aferição da melhor resposta para a questão posta em juízo.

Diante desse cenário em que se pretende conciliar elementos inicialmente contrastantes, a pesquisa científica de campo, voltada para o levantamento de dados empíricos e para a profunda análise de seus significados, se mostra um instrumento importante para uma investigação mais apurada dos problemas concernentes ao acesso à justiça, especificamente, no presente caso, a repercussão da adoção do duplo grau de jurisdição na justiça brasileira, além do efetivo peso de cada dificuldade e, por consequência, a correta e equilibrada projeção de soluções para os panoramas encontrados.

A apuração de informações concretas acerca da duração dos feitos, das pessoas comumente envolvidas, dos tipos de demandas, do volume, objeto e resultados dos recursos, por exemplo, aliado a uma análise qualitativa e, acima de tudo, interdisciplinar que auxilie na interpretação correta desses dados – considerando fatores históricos, econômicos e psicossociais – é medida imprescindível para a compreensão concreta e efetiva do funcionamento do Poder Judiciário no Brasil e do impacto da garantia do duplo grau de jurisdição no sistema de justiça. Além disso, certamente permite um aprofundamento da compreensão acerca dos traços positivos e negativos da legislação atual, bem como das políticas



públicas existentes e da gestão judiciária, indicando os dados relevantes para eventuais modificações.

Como apresentado no último capítulo deste artigo, já existem esforços nesse sentido. O desenvolvimento de uma base sólida de pesquisa de dados sobre o Poder Judiciário, ao lado do crescente uso de tecnologia na área, é um ponto de partida importante para possibilitar aos juristas acesso a informações relevantes sobre como a legislação processual, desde as normas constitucionais até as regras de organização judiciária, a fim de que o direito processual civil seja continuamente construído de modo a atender sua essência instrumental; mais especificamente, a fim de que o sistema recursal como um todo, em sua existência e utilidade, seja corretamente estudado.

Para além da leitura irrefletida de números e gráficos, contudo, faz-se fundamental que se estimule a análise qualitativa, contextualizada e aprofundada, desses dados, a fim de evitar alterações drásticas ou supressões indevidas, bem como de permitir que se formulem construções aptas a influir na realidade, aproximando o processo do seu ideal de alcance, justiça e efetividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

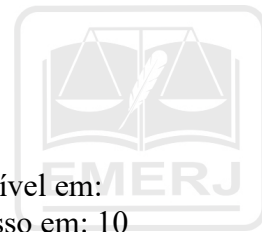
BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/L13105.htm. Acesso em: 10 fev. 2024.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. As razões da crise de nosso sistema recursal. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (Coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil**: Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byrant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfeet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 jul. 2024.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Processo Judicial Eletrônico**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/processo-judicial-eletronico-pje/>. Acesso em: 10 jul. 2024.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 266, p. 447-480, abr. 2017.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 108, p. 23-31, out./dez. 2002.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito**: as regras de inferência. Tradução. Coleção acadêmica livre. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11444/Pesquisa_empirica_em_direito.pdf?sequence=3. Acesso em: 25 jul. 2024.

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Observatório de Pesquisas Byrant Garth**. Disponível em: <https://emerj.tjrj.jus.br/pagina/8/12>. Acesso em: 10 jul. 2024.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório Supremo em Números**. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/search?query=supremo%20em%20n%C3%BAmeros>. Acesso em: 10 jul. 2024.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: recursos e processos da competência originária dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

KUKINA, Sérgio Luiz. O princípio do duplo grau de jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 109, ano 28, p. 97-112, jan./mar. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Revista Estação Científica (Edição Especial Direito)**, Juiz de Fora, v. 1, n.4, p. 82-97, out./nov. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 476 a 565. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 270, p. 313-351, ago. 2017.



PASSOS, Paulo Roberto. Algumas reflexões sobre o duplo grau de jurisdição. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 69, p. 155-159. jan./mar. 1993.

PAULICHI, Jaqueline da Silva; SALDANHA, Rodrigo Roger. Das garantias processuais do acesso à justiça e do duplo grau de jurisdição para efetivação dos direitos da personalidade. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 68, p. 399-420, jan./jun. 2016. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-UFMG_68.13.pdf. Acesso em: 20 jun. 2024.

REDE DE ESTUDOS EMPÍRICOS EM DIREITO. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/index>. Acesso em: 10 jul. 2024.

REDONDO, Bruno Garcia. Sugestões para aprimoramento dos recursos cíveis: estudo crítico de aspectos relevantes do Relatório-Geral do projeto de novo CPC divulgado pela Câmara em 19/09/2012. In: FREIRE, Alexandre; *et al* (coord.). **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013.

SÁ E SILVA, Fábio de. Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 3, n.1, p. 24-53, 2016. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/95>. Acesso em: 15 ago. 2024.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milão, v. 51, n.2, p. 315-328, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reforma no processo civil: são os recursos o grande vilão? In: FREIRE, Alexandre; *et al* (coord.). **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013.



RECLAMAÇÃO NO STJ: O JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 36.476/SP E A METODOLOGIA PRINCIPOLÓGICO-NORMATIVA DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Vinícius de Oliveira Cardoso Neves

Graduado em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

Resumo – A Reclamação Constitucional ganhou novos contornos com a promulgação do Código Processual Civil de 2015. O diploma passou a prever como hipótese de cabimento o controle da aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos. A alteração na regulamentação da referida garantia processual constitucional se deu em consonância com o impulso constitucionalizador no processo, visto como condição de possibilidade para a garantia dos direitos fundamentais. Apesar disso, no julgamento da Reclamação 36.476/SP, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não cabe Reclamação para a garantia da aplicação das teses firmadas em Recurso Especial repetitivo. O presente trabalho visa discutir as implicações do resultado do julgamento, valendo-se, para tanto, do referencial teórico do processo constitucional.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Processual Civil. Reclamação Constitucional. Processo Constitucional. Superior Tribunal de Justiça.

Sumário – Introdução. 1. Processo constitucional enquanto metodologia de garantia dos direitos fundamentais. 2. O princípio do contraditório e a Reclamação. 3. Do julgamento da Reclamação 36.476/SP e o descompasso com o processo constitucional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Código Processo Civil de 2015 passou a atribuir à garantia processual constitucional da Reclamação a função de exercer a fiscalidade das decisões dos Tribunais Superiores em um contexto de crescente valorização dos pronunciamentos judiciais vinculantes, ora previstos no artigo 927. Para isso, a Reclamação passou a ser cabível para o controle da aplicação de tese jurídica firmada em Recurso Especial e Extraordinário repetitivos.

Considerando isso, o objetivo do trabalho é analisar o resultado do julgamento da Reclamação 36.476/SP, eis que, a partir do referido julgado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a entender que não lhe compete, pela via reclamatória, decidir a respeito de eventuais aplicações indevidas nas teses fixadas em sede de Recurso Especial Repetitivo. Para tanto, adotar-se-á as premissas do processo constitucional, enquanto metodologia normativa-principiológica de garantia dos direitos fundamentais atinentes ao processo.

A primeira parte se ocupa das premissas e do conteúdo principiológico dos paradigmas do Estado Democrático de Direito, recorrendo-se, para tanto, à teoria das funções de Estado, de modo que seja possível uma abordagem interconectada entre processo constitucional e devido processo, entendido este a partir da concepção de processo enquanto procedimento estruturado em contraditório

simétrico entre as partes, com os incrementos fornecidos pela teoria constitucionalista. Na segunda parte, discute-se as relações entre o princípio do contraditório dinâmico e a Reclamação Constitucional, além de delineados aspectos referentes ao seu cabimento e competência para julgamento. A terceira parte se preocupa em demonstrar que o entendimento do STJ não se coaduna com os preceitos do processo constitucional, na medida em que impossibilita o exercício do efetivo contraditório em sua função de controle material do conteúdo das decisões que aplicam indevidamente a tese jurídica firmada em Recurso Especial repetitivo.

A pesquisa segue o procedimento metodológico jurídico-teórico, já que se baseou em aspectos conceituais e doutrinários a respeito do tema, e, além disso, teve como foco analisar criticamente a posição do STJ a partir de um referencial teórico. Dessa forma, a abordagem do seu objeto é necessariamente qualitativa, na medida em que se utilizou da bibliografia selecionada e pertinente à temática em foco.

1. PROCESSO CONSTITUCIONAL ENQUANTO METODOLOGIA DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O advento do Constitucionalismo trouxe como paradigmas o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito. Na concepção de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, devem ser entendidos como sistemas jurídicos-normativos, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal e informadores da moderna concepção de Estado¹. Carré de Malberg define o Estado de Direito como aquele Estado em que, ele próprio, se submete à uma densa disciplina encarregada de tutelar o exercício do poder político² em benefício do povo, cujas normas tutelam a garantia das liberdades individuais do indivíduo e estabelecem previamente as vias e os meios que podem ser empregados visando à realização dos fins de Estado³.

¹ DIAS, Ronaldo Brêtas de carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 66.

² Com apoio de Dalmo de Abreu Dallari, constata-se que a abordagem do poder estatal se dá ora como poder político, ora como poder jurídico, tendo como exemplo do último Hans Kelsen, que em sua teoria pura do direito, ao definir o Estado como ordem normativa coativa da conduta humana, identifica o poder com a ordem jurídica do Estado pressuposta, aliás, antes mesmo do advento deste. Nesse sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 112-121. Feita a seguinte exposição, neste artigo, usam-se dos termos “poder político” e “poder estatal” indistintamente.

³ CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoria General del Estado*. México: Fondo de Cultura Economica, 1948 *apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 60. No mesmo sentido, confira-se: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 43.



Se, com o auxílio de Jorge Miranda, o povo – entendido como a comunidade política o qual a ordem jurídica do Estado qualifica como cidadãos, que, por sua vez, se sujeitam ao seu corpo normativo⁴ e que são dotados de direitos subjetivos umas em face das outras e, também, do próprio Estado⁵ – é objeto e sujeito ativo do poder político⁶, é evidente que o seu exercício, conformado à ordem jurídica estabelecida, só pode encontrar sua fonte de legitimidade no povo.

É justamente nesse ponto que se consubstancia o princípio democrático, fundante do segundo paradigma. Assenta-se, dessa forma, na compreensão de que o exercício do poder estatal, subdividido nas funções legislativa, executiva e jurisdicional⁷, somente pode encontrar a sua legitimidade no povo. Todavia, a mera correlação entre o exercício do poder estatal e o povo é insuficiente para que o Estado ganhe contornos democráticos. Segundo o constitucionalista português, isso se dá na medida em que o ordenamento jurídico assegure ao povo meios efetivos de determinar ou influir nas diretrizes políticas do Estado em todas as funções que desempenha⁸.

Portanto, é seguro dizer que a atual evolução da Teoria do Estado leva-nos à conclusão de que o seu objeto, atualmente, é a elaboração e articulação dos princípios⁹ que compõem o Estado Democrático de Direito, que são estruturados pela Constituição e que também a estruturam. Arranjo este que se organiza na forma de direitos e garantias fundamentais¹⁰, cujo objetivo é delimitar o poder

⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. p. 99.

⁵ DIAS, Ronaldo Brêtas de carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 67-68. Utilizou-se da contribuição teórica ora referenciada em complemento ao conceito de povo, parafraseado das lições de Jorge Miranda, tão somente com o intuito de destacar a importância não apenas do aspecto de sujeição do indivíduo à ordem jurídica, mas da sua posição jurídica de titular de direitos em face do Estado.

⁶ MIRANDA, *op. cit.*, p. 101.

⁷ Utiliza-se a expressão “funções de Estado” em oposição à visão tripartite do Estado, referenciada de maneira atécnica na Constituição (confira-se, por exemplo, o artigo 2º, da Constituição), por entender-se que o poder estatal é uno e encontra sua fonte de legitimidade no povo. O que se divide são as atividades, e não o poder.

⁸ MIRANDA, *op. cit.* p. 165.

⁹ Ultrapassa os limites objetivos desse trabalho realizar uma ampla discussão a respeito do conceito e função dos princípios na ordem constitucional brasileira. Todavia, pontua-se brevemente que, segundo Brêtas, os princípios, podem ser compreendidos em sentido amplo como “normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de ideias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico”. Didier Jr, por sua vez, parafraseando Humberto Ávila, conclui que princípio é espécie do gênero norma jurídica, ao lado da regra, e que estabelecem um fim a ser seguido. Mais que isso, com apoio em Lenio Luiz Streck, os princípios são a própria condição de possibilidade da Constituição no Estado Democrático de Direito, eis que conformam o seu núcleo político, estabelecendo o que se denomina de “relação de pertinência entre as normas”. Ademais, aduz o autor gaúcho que sempre há uma ligação hermenêutica entre regra e princípio, eis que o princípio institui a regra, isto é, aquele sempre está contido nesta, pois o primeiro dimensiona o sentido do último, e que não há, com efeito, uma distinção estrutural, mas tão somente a diferença apontada entre as duas espécies de norma. Alexandre Bahia, Dierle Nunes e Flávio Pedron, por sua vez, sintetizam a discussão, ao afirmar que os princípios representam eixos estruturais da democracia. Nesse sentido, DIAS, *op. cit.*, p. 147; DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 56; STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 268-272. BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 395.

¹⁰ Em breve síntese, é possível dizer que direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos no direito internacional e que foram expressamente incorporados no ordenamento jurídico interno de determinado país. Já a

estatal, de modo a orientar o exercício das atividades-dever do Estado às expectativas legítimas da sociedade.

Segundo Brêtas, o processo constitucional deve ser compreendido não como uma ciência autônoma, mas enquanto metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais do povo¹¹, posição também defendida por Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron¹². Isso por que, segundo os autores, o processo constitucional, em sua correlação com a função jurisdicional, tem a aptidão de exercer justamente a função de efetivar os princípios do Estado Democrático de Direito por meio da jurisdição constitucional.

No âmbito do Estado Democrático de Direito, a jurisdição é vista como direito fundamental do indivíduo, e, noutro plano, atividade-dever do Estado¹³. A fruição desse direito, com efeito, somente pode se dar a partir do direito-garantia do processo constitucional, que se estrutura especialmente através da garantia do devido processo legal¹⁴. Nota-se, portanto, que somente dentro da estrutura principiológico-normativa do processo é que se garante a relação de pertinência¹⁵ entre as disposições processuais infraconstitucionais e os direitos fundamentais da Constituição, conformando um espaço processual policêntrico, e não mais centrado na figura do Estado-juiz.

Nesse sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho, parafraseado por Brêtas, considera que o devido processo legal, entendido como direito-garantia fundamental, tem a finalidade precípua de controlar a regularidade constitucional do ato jurisdicional, resulta da interpretação lógico-sistemática das normas do artigo 5º, incisos XXV, XXXVII, LII, LIV, LV e LXXVIII, do artigo 93, incisos IX e X, e dos artigos 133 e 134, todos da Constituição Federal¹⁶, em um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis ostentados pelas pessoas em sua relação com o Estado, quais sejam:

expressão garantias fundamentais refere-se a uma série de proteções constitucionais destinadas a controlar a regularidade e conformação dos atos estatais aos direitos fundamentais tutelados na Constituição. Nesse sentido: DIAS, Ronaldo Brêtas de carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 89-91; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 587.

¹¹ DIAS, *op. cit.*, p. 75. Confira-se, também, BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 90, 2004, p. 123. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/issue/view/2>. Acesso em: 5/9/2024.

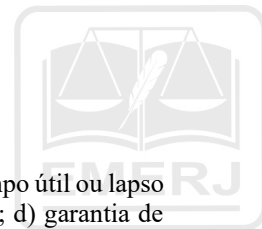
¹² BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 18.

¹³ DIAS, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴ *Ibid.*, p. 174-175.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 268.

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: 12 set.2024.



a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestada pelo Estado dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável; b) garantia do juízo natural; c) garantia do contraditório; d) garantia de plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, aí incluído, também, o direito da parte à produção da prova e à presença do advogado ou do defensor público; e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); f) garantia de um processo sem dilações indevidas¹⁷.

O princípio do devido processo legal é compreendido não apenas a partir de sua dimensão formal ou procedimental, mas também de sua dimensão material ou substancial – esta que, segundo Didier Jr., foi acolhida pelo STF, cuja jurisprudência a relaciona com os postulados da razoabilidade e proporcionalidade.¹⁸ As referidas dimensões do devido processo legal, que não existem autonomamente, permitem a compreensão de que não basta o atendimento pelo aplicador da estrutura formal do procedimento. Todavia, a sua aplicação não pode funcionar como subterfúgio para julgamentos discricionários ou solipsistas, que, em última instância, dificultam ou mesmo impossibilitam a possibilidade de revisão judicial. Com efeito, o processo, enquanto garantidor da legitimidade democrática do provimento jurisdicional final, depende da possibilidade de se efetuar o controle material da decisão¹⁹.

2. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A RECLAMAÇÃO

É o princípio do contraditório que exerce a função de, no processo, concretizar do princípio político de participação democrática das partes na solução de quaisquer questões e problemas que lhes afligem e interessam perante o Estado. Dessa forma, considerando-se o paradigma do Estado Democrático de Direito, apenas através da garantia do efetivo contraditório é que se pode considerar fundamentada e, em última instância, legítima tal decisão enquanto ato jurisdicional²⁰.

¹⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006 *apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 91-92.

¹⁸ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 92-96.

¹⁹ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 398. Daí surge a necessidade manifesta de superação da jurisprudência cujo teor entende que a violação à cláusula do devido processo legal configura ofensa meramente reflexa à Constituição. Com efeito, se os princípios se entendem como eixos estruturais da democracia, dotados de normatividade própria, não há que se falar em ausência de violação direta e frontal à Constituição, sob pena de fragilização do princípio democrático, tornando inviável o controle material da decisão sob o prisma da sua constitucionalidade.

²⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 137. No mesmo sentido, DIDIER JR. Fredie, **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 105-106. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 16 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 115; BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 403.

Todavia, a atual concepção da garantia do contraditório não cabe em sua tradicional estruturação, qual seja, a partir do binômio ciência/influência, como, aparentemente, entende o próprio STJ.²¹ Com efeito, a transformação da referida garantia se dá com a compreensão do processo enquanto espaço policêntrico e participativo²², que, por sua vez, confere ao contraditório caráter dinâmico, responsável por assegurar às partes as garantias de informação, reação, diálogo e influência²³. É dizer, com auxílio de Bahia, Nunes e Pedron:

Destarte, os dispositivos do CPC/15, nesse caso, não escapariam da limitação típica de uma leitura para a qual o contraditório seria apenas um direito de *informação* e de *reação*. Consequência direta, portanto, desse pensamento seria a redução do princípio do contraditório apenas exclusivamente a uma condição formal ou externa para a produção do provimento jurisdicional (sentença), olvidando-se que, na atualidade, sua acepção é mais larga²⁴.

O contraditório, na medida em que estimula de modo contrafático um ambiente processual participativo, garante legitimidade democrática em sentido substancial ao assegurar às partes o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de ver seus argumentos efetivamente considerados na construção do ato jurisdicional. Noutro plano, impõe ao juiz os deveres de esclarecer, de consultar e de prevenir²⁵. Dadas as implicações atuais suscitadas pela referida garantia processual-constitucional, Didier Jr. afirma que a sua estrutura também perpassa por uma dimensão formal e outra, substancial. Nesse sentido, enquanto aquela guarda relação com o direito de ser ouvido e participar do processo, esta faz menção ao direito das partes de efetivamente exercerem influência sobre a formação da decisão jurisdicional, o que também implica, noutro plano, a vedação às chamadas decisões surpresa²⁶.

²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 2093624/CE. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APLICABILIDADE DO CPC/2015. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO SURPRESA NÃO CONFIGURADA.** [...] Relator Min. Benedito Gonçalves. 13 de maio de 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202300883795. Acesso em 10 set.2024. Confirma-se trecho do julgado: “o contraditório se manifesta pelo binômio ciência/influência.”

²² DIAS, *op. cit.*, p. 139-141. O autor propõe que o termo “cooperação” a que alude o artigo 6º, do CPC, deve ser lido como “comparticipação”, tendo em vista que aquela expressão não encontra amparo na tradição jurídica brasileira, tampouco guarda qualquer compatibilidade lógica com a estrutura dialética do processo. O perfil participativo, segundo Bahia, Nunes e Pedron, é exigência da necessária releitura democrática da cooperação, eis que assegura o exercício do contraditório como direito de influência e não-surpresa, com o fim de garantir a influência das partes na formação do ato jurisdicional. Conferir, nesse sentido, BAHIA; NUNES; PEDRON, *op. cit.*, p. 401.

²³ DIAS, *op. cit.*, p. 137; 142.

²⁴ BAHIA; NUNES; PEDRON, *op. cit.*, p. 420.

²⁵ DIAS, *op. cit.*, p. 134-135. No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 646-647; BAHIA; NUNES; PEDRON, *op. cit.*, p. 427-428; p. 411-412.

²⁶ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 106.



Nesse ponto, evidencia-se a interdependência entre o contraditório e o princípio da fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX, da Constituição²⁷, que se estrutura no artigo 489, do CPC²⁸. O elo se estabelece pois também é finalidade do contraditório o estabelecimento de mecanismos de controle material da decisão, o que guarda relação com a noção, já exposta, segundo a qual aquela decisão que ignore o contraditório realizado no processo não se considera legítima – sequer pode ser considerada como ato jurisdicional, já que não originada de processo estruturado em contraditório paritário e simétrico entre as partes. Não é outra, pois, a lição de Lenio Luiz Streck:

O dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do iter) está assentado em um novo patamar de participação das partes no processo decisório. A fundamentação está ligada ao controle das decisões, e o controle depende dessa alteração paradigmática no papel das partes na relação jurídico-processual. Por isso, o protagonismo judicial-processual [...] deve soçobrar diante de uma adequada garantia ao contraditório²⁹.

O contraditório também guarda relação ínsita com o instituto da Reclamação Constitucional, na medida em que sua normatividade também deve influir na formação, aplicação e superação dos pronunciamentos judiciais vinculantes a que alude o artigo 927, do CPC³⁰. Importa dizer que o contraditório dinâmico garante às partes não somente a possibilidade de participar nos debates que ensejarão a decisão que pode ou não se tornar precedente, mas de recorrer às técnicas da superação e distinção dos precedentes ali elencados³¹, de modo a estimular a Corte a reanalisar, revisitar ou até mesmo superar seu entendimento.

Cumprе esclarecer que a Reclamação possui a natureza de garantia constitucional processual³², e encontra previsão nos artigos 102, inciso I, alínea “l” e 105, inciso I, alínea “f” da

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: 12 set.2024.

²⁸ 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: 12 set.2024.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009 *apud* DIAS, Ronaldo Brêtas de carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 183.

³⁰ 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: 12 set.2024.

³¹ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 455.

³² A despeito da controvérsia teórico-doutrinária sobre a natureza da reclamação, parece indiscutível ser ela de ação. Nesse sentido convergem: ROSSI, Júlio César; MUNDIM, Luis Gustavo Reis. O “estado da arte” da reclamação no STF E NO STJ: o gato de schrödinger está vivo-morto? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 3, 2021, p. 526-

CRFB/88³³. No texto constitucional, a competência da referida ação circunscreve-se às hipóteses preservação de sua competência e garantia da autoridade das decisões do STJ e STF.

No CPC, a regulamentação se deu pelo artigo 988 que, ampliando seus pressupostos específicos de cabimento, passou a prever a Reclamação como garantia de observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade; e de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, de incidente de assunção de competência, bem como de recurso especial e extraordinário repetitivos, desde que esgotadas as instâncias ordinárias³⁴.

A competência para o julgamento da Reclamação, desde o período em que a sua aplicação se fundava na construção jurisprudencial da teoria dos poderes implícitos³⁵, é do órgão julgador o qual tem sua competência usurpada ou que cuja decisão tem sua autoridade contestada. O CPC, por sua vez, positivou a referida regra no § 1º, do artigo 988³⁶, prevendo que o seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência pretende se preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

Importante consignar a ressalva do artigo 988, § 4º³⁷, eis que esclarece que o cabimento da Reclamação, nos casos dos incisos III e IV, também abrange o controle da aplicação indevida da tese jurídica, bem como sua não aplicação aos casos em que ela corresponda. Trata-se de dispositivo perfeitamente extensível aos casos de recurso especial repetitivo, eis que, em primeiro lugar, o antigo inciso IV previa o cabimento da Reclamação para controle da aplicação de tese firmada em casos repetitivos, que podem ser entendidos como gênero do qual os recursos especial e extraordinário são espécie.

527. DOI: 10.12957/redp.2021.59868. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59868>. Acesso em: 9 set. 2024; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1471-1472; TAKOI, Sérgio M. **Reclamação constitucional**. Rio de Janeiro: GEN, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502203044/>. Acesso em: 07 set. 2024.

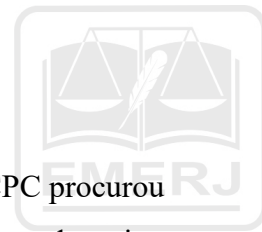
³³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set.2024.

³⁴ 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: 12 set.2024.

³⁵ A referida teoria, como explica Fernando Natal Batista, preceitua que se a Constituição atribui a determinado órgão uma atividade-fim, também deve-se compreender que lhe atribuiu a competência para praticar todos os meios necessários para a consecução de suas atividades. Nesse sentido, BATISTA, Fernando Natal. A reclamação enquanto instrumento de estabilização dos precedentes repetitivos e vinculantes: a dicotomia de entendimentos entre o STF e o STJ. **Caderno Virtual**, v. 2, n. 51, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5890>. Acesso em: 11 set. 2024.

³⁶ 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: 12 set.2024.

³⁷ *Ibid.*



Em segundo lugar, a sua aplicação se impõe na medida que se entende que o CPC procurou instituir uma regulamentação sistemática dos institutos que compõem os pronunciamentos do artigo 927. Não foi por outra razão que o Conselho da Justiça Federal, na II Jornada de Direito Civil, editou o enunciado 138, entendendo justamente pela aplicação do referido dispositivo, por analogia, às teses jurídicas firmadas em julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos.

Todas essas circunstâncias, somadas à interpretação lógico-sistemática dos artigos 988, 926 e 927³⁸, permitem dizer que a Reclamação assume papel relevante dentro do contexto de uma crescente valorização dos pronunciamentos judiciais dos Tribunais Superiores, pois contribui para garantir a integridade, coerência e estabilidade no exercício da função jurisdicional³⁹. Todavia, a Reclamação não pode representar um fechamento argumentativo, mas, pelo contrário, um ponto de partida, ou, em outras palavras, um *principium*⁴⁰.

Nessa medida, a Reclamação possibilita que as partes realizem o *distinguishing* dos seus casos em relação à tese aplicada, e, noutro plano, permite que o STJ reanalise seu entendimento por força de novos argumentos, o modifique e, eventualmente, até o supere. A Reclamação, portanto, garante a efetividade do princípio do contraditório e, em última instância, a legitimidade democrática do precedente firmado pela Corte.

3. DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO 36.476/SP E O DESCOMPASSO COM O PROCESSO CONSTITUCIONAL

O CPC, inicialmente, previu o cabimento da Reclamação para controle de aplicação de decisão de recurso especial e extraordinário repetitivos sem qualquer ressalva. No entanto, durante a *vacatio legis* do Código, foi promulgada a Lei nº 13.256/2016⁴¹, que passou a condicionar o cabimento da Reclamação, nestes dois casos, ao prévio esgotamento das instâncias recursais.

³⁸ 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: 12 set.2024

³⁹ BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **O procedimento da reclamação na processualidade democrática**. 2018. 245 f.+ 1 DVD. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BorgesFG_1.pdf. Acesso em: 17 maio 2018.

⁴⁰ RE, Edward D. Stare decisis. **Revista de informação legislativa**, v. 31, n. 122, p. 282, abr./jun.1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176188>. Acesso em: 09.set.2024. No mesmo sentido, BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 458.

⁴¹ BRASIL. **Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016**. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm. Acesso em: 12 set.2024.

A medida se deu, como expõe Streck, em atendimento a *lobby* exercido pelos próprios ministros dos Tribunais Superiores para restringir as possibilidades de acesso aos referidos Tribunais por meio da Reclamação⁴². Em decorrência disso, expõe Cleanto de Albuquerque Coelho Fernandes, a interpretação dada pelo STF ao requisito do prévio esgotamento das instâncias ordinárias impôs às partes a percorrerem os seguintes passos do iter processual, de modo a preencher o requisito da parte final, do artigo 988, § 5º, inciso II, do CPC:

[...] (I) julgamento definitivo do agravo interno interposto contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente proferida com base nos incisos I e III do artigo 1.030 do CPC/2015 (nos termos do § 2º do mesmo artigo); ou (II) realização de juízo positivo de admissibilidade, após a manutenção do acórdão objeto do recurso extraordinário ou especial pelo respectivo órgão julgador, quando o Presidente ou Vice-Presidente houver encaminhado o processo ao juízo de retratação, por entender que o acórdão recorrido diverge da orientação do STF ou do STJ (inciso II, combinado com o inciso V, letra c, do artigo 1.030 do novo CPC). Antes da adoção de tais providências, revelar-se-á inequivocamente prematuro o manejo de reclamação, ante o não esgotamento das instâncias ordinárias⁴³.

No entanto, apesar da já pesada restrição ao exercício de uma garantia fundamental, no julgamento da Reclamação 36.476/SP, decidiu-se pelo seu não cabimento para o controle de aplicação de entendimento firmado pelo STJ em Recurso Especial repetitivo⁴⁴. O tribunal passou a entender que o controle da aplicação da decisão firmada em recurso especial repetitivo competiria ao tribunal *ad quem*, na mesma dinâmica do artigo 1.029, do CPC, em franca oposição, também, ao texto do artigo 988, § 1º, do CPC⁴⁵.

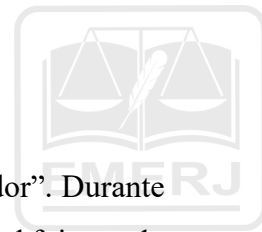
O caso concreto tratava de cumprimento de sentença de Ação Civil Pública em que a Telefônica Brasil S.A. havia sido condenada a, de duas, uma: emitir a diferença de ações ou pagar os respectivos valores em favor dos consumidores que, mediante contrato de participação financeira,

⁴² STRECK, Luiz Lenio. Rescisória (como compensação) contra errônea aplicação de precedentes. **Consultor Jurídico**, 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-set-09/rescisoria-como-compensacao-contr-erronea-aplicacao-de-precedentes/#_ftn4. Acesso em 09 set.2024.

⁴³ FERNANDES, Cleanto de Albuquerque Coelho. Reclamação no STF e STJ requer exaurimento das instâncias ordinárias. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/reclamacao-stf-stj-requer-exaurimento-instancias-ordinarias/>. Acesso em 09 set.2024.

⁴⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Reclamação 36.476/SP**. RECLAMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL AO QUAL O TRIBUNAL DE ORIGEM NEGOU SEGUIMENTO, COM FUNDAMENTO NA CONFORMIDADE ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STJ EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO (RESP 1.301.989/RS - TEMA 658). INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO NO TRIBUNAL LOCAL. DESPROVIMENTO. RECLAMAÇÃO QUE SUSTENTA A INDEVIDA APLICAÇÃO DA TESE, POR SE TRATAR DE HIPÓTESE FÁTICA DISTINTA. DESCABIMENTO. PETIÇÃO INICIAL. INDEFERIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 05 de abril de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201802337088. Acesso em 09 set. 2024.

⁴⁵ 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: 12 set.2024.



adquiriam plano de expansão de linha telefônica “na forma mais favorável ao consumidor”. Durante o processo, foi proferida decisão interlocutória que desafiou Agravo de Instrumento, o qual foi negado provimento. A empresa opôs Embargos de Declaração, aos quais foram acolhidos para esclarecer que, em não sendo possível a entrega das ações, o valor da indenização deveria corresponder ao número das ações a que a parte tinha direito na data da integralização multiplicado por sua cotação na Bolsa de Valores no dia do trânsito em julgado da demanda.

Os reclamantes interuseram Recurso Especial, com fulcro nos artigos 502, 503 e 927, do CPC, que foi inadmitido sob o fundamento de que aplicar-se-ia, ao caso, o precedente firmado no julgamento do Recurso Especial 1.301.989/RS, julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Interposto Agravo Interno, as partes não obtiveram melhor sorte, razão pela qual recorreram ao ajuizamento da competente Reclamação, aduzindo, em síntese, que o caso concreto não se subsumia àquele precedente. Em outras palavras, os reclamantes tinham por intenção a realização da distinção de seu caso daquele recurso especial repetitivo. Os argumentos que fundamentaram aquele julgado foram bem sintetizados por Rossi e Mundim:

[...] (i) “não há coerência e lógica em se afirmar que o parágrafo 5º, II, do art. 988 do CPC, com a redação dada pela Lei 13.256/2016, veicularia uma nova hipótese de cabimento da reclamação”, pois, segundo a Corte Especial “o parágrafo se inicia, ele próprio, anunciando que trataria de situações de inadmissibilidade da reclamação”; (ii) “a investigação do contexto jurídico-político em que editada a Lei 13.256/2016 revela que, dentre outras questões, a norma efetivamente visou ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas, tratando-se de opção de política judiciária para desafogar os trabalhos nas Cortes de superposição”; (iii) “a admissão da reclamação na hipótese em comento atenta contra a finalidade da instituição do regime dos recursos especiais repetitivos, que surgiu como mecanismo de racionalização da prestação jurisdicional do STJ, perante o fenômeno social da massificação dos litígios”; (iv) no regime de provimentos vinculantes, máxime os relativos aos REsp repetitivos “o STJ se desincumbe de seu múnus constitucional definindo, por uma vez, mediante julgamento por amostragem, a interpretação da Lei federal que deve ser obrigatoriamente observada pelas instâncias ordinárias”, sendo que “uma vez uniformizado o direito, é dos juízes e Tribunais locais a incumbência de aplicação individualizada da tese jurídica em cada caso concreto” e; por fim, (v) “em tal sistemática, a aplicação em concreto do precedente não está imune à revisão, que se dá na via recursal ordinária, até eventualmente culminar no julgamento, no âmbito do Tribunal local, do agravo interno de que trata o art. 1.030, § 2º, do CPC/15”⁴⁶.

Os argumentos não se sustentam por uma série de motivos. A começar pelo primeiro, não se trata de contradição alguma, na medida em que, nas palavras do Ministro OG Fernandes, o acréscimo do inciso II, no § 5º, do artigo 988 do CPC tratou tão somente de acrescentar um requisito adicional

⁴⁶ ROSSI, Júlio César; MUNDIM, Luis Gustavo Reis. O “estado da arte” da reclamação no STF E NO STJ: o gato de schrödinger está vivo-morto? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 3, 2021, p. 530-531. DOI: 10.12957/redp.2021.59868. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59868>. Acesso em: 9 set. 2024.

ao cabimento da Reclamação – acréscimo que, por si só, deveria ser visto como inconstitucional, eis que constringe o exercício de uma garantia fundamental em prol de uma eficiência meramente quantitativa, em desprestígio à visão constitucionalista do processo. Nesse sentido, Calmon de Passos, quando trata das garantias fundamentais que integram a metodologia do processo constitucional, é categórico em afirmar que:

[...] Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias [que integram a metodologia normativo-principiológica do processo constitucional] não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento, privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso se me afigura a mais escancarada antidemocracia que se pode imaginar⁴⁷.

Os demais argumentos guardam relação com uma pretensa intenção de racionalizar a prestação jurisdicional através do estabelecimento de padrões decisórios, pronunciamentos judiciais vinculantes ou precedentes⁴⁸. A forma de atingir tais objetivos, segundo pensa o STJ, se dá com o estabelecimento de filtros recursais ao acesso aos Tribunais Superiores, em resposta à chamada litigiosidade repetitiva.

O argumento pragmático pode ser desmontado facilmente – e, efetivamente, o foi, no voto-vista do Ministro OG Fernandes – em simples consulta aos dados estatísticos do STJ. É que, desde 2011 a 2020, foram distribuídas 35.797 reclamações. Foram julgadas, por sua vez, 37.494 reclamações no mesmo período, o que indica que a Reclamação nunca contribuiu significativamente para o congestionamento dos tribunais. O cálculo apresentado encontra-se abaixo:

Tabela 1
Número de reclamações distribuídas e julgadas no STJ por ano

Ano	Distribuídas	Julgadas
2011	2.441	2.214
2012	3.329	3.193
2013	4.750	4.373
2014	6.947	6.972
2015	6.359	6.633
2016	3.998	4.641
2017	2.014	2.623
2018	1.833	2.073
2019	2.354	2.742

⁴⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. 2ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 1999 *apud* Ronaldo Brêtas de carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022, p. 43-44.

⁴⁸ O termo precedente é definido por Neil MacCormick, em obra clássica sobre o tema, da seguinte forma: “*A precedent is simply any prior decision of any court that bears a legally significant analogy to the case now before a court*”. Em tradução livre, “um precedente é simplesmente qualquer decisão de uma corte que comporte uma analogia normativamente relevante para o caso ora submetido ao julgamento de uma corte.” MACCORMICK, Neil. Precedent in English Law. In: **Interpreting Precedents. A comparative study**. London: Dartmouth. 1997, p. 323.



2020

1.772

2.030

Fonte: Superior Tribunal de Justiça⁴⁹

Apenas a título comparativo, depreende-se do boletim estatístico do ano de 2020 que, somente naquele ano, foram distribuídos 162.565 recursos de Agravo em Recurso Especial. Tal fato é indiciário de que os filtros recursais, tal como o Enunciado nº 7, da Súmula do STJ, não são a solução para o problema do congestionamento dos tribunais, tampouco são indutores de estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência⁵⁰.

O argumento jurídico também não se sustenta. Como se depreende de excerto do voto da Ministra Nancy Andrighi, a reforma operada pela Lei nº 13.256/2016 denotou a diretriz eleita pelo CPC em relação às denominadas demandas de massa, cuja operacionalização se daria em uma divisão de papéis entre Tribunais de superposição – competindo-lhes a fixação da tese jurídica e uniformização do Direito – e Tribunais locais – competindo a estes tão somente a aplicação da referida tese.

Com efeito, Streck, em diálogo com a proposta precedentalista defendida por autores como Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁵¹, aponta o risco de se adotar o que denomina de

⁴⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Boletim Estatístico**: 2011 a 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/boletim>. Acesso em: 11 set.2024.

⁵⁰ A aplicação do enunciado nº 7, da Súmula do STJ, é ilustrativa do amálgama que cerca a chamada jurisprudência defensiva dos tribunais superiores, eis que o primado da estabilidade da jurisprudência parece não encontrar efetividade sequer entre as turmas do Tribunal – aliás, sequer entre os próprios membros que integram uma turma. Pesquisa realizada identificou que, em acórdãos julgados pela Segunda Turma daquele Tribunal que continham entre seus argumentos “improbabilidade administrativa” e “prefeitos” no período compreendido entre 1/1/2005 a 27/7/2018 – excluídos os casos criminais e de conflito de competência – Ministros como Herman Benjamin e Assusete Magalhães aplicaram o enunciado em cerca de 50% dos casos submetidos ao seu julgamento, enquanto que Ministros como Ari Pargendler e Teori Zavascki, por exemplo, que à época já haviam deixado o Tribunal, não o aplicaram em nenhum dos casos em que foram relatores; Napoleão Nunes Maia Filho, por sua vez, o aplicou em 7,5% dos recursos. Nesse sentido, como apontam os autores, “[...] a chance de o recurso não ser conhecido no colegiado em decorrência da Súmula 7/STJ varia de 7,5% a 51,92% a depender do relator, considerando os ministros em exercício no Tribunal.” Confira-se CARNEIRO, Rafael Araripe. STJ em números: improbidade administrativa. **JOTA**. 06 maio.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-improbidade-administrativa>. Acesso em: 11 set.2024.

⁵¹ Expõe-se, de modo sucinto, o argumento de Marinoni e Mitidiero. Segundo o primeiro, a evolução da teoria da interpretação transformou o papel até então depositado nos Tribunais Superiores, aos quais denomina de Cortes Supremas – em clara referência ao modelo proposto por Michele Taruffo de Cortes Superiores enquanto verdadeiras “cortes do precedente”. A mudança paradigmática, segundo o autor, consistiu na alteração do papel dessas Cortes, então lidas como Cortes de cassação, para a função de atribuição de sentido à norma jurídica, dada a característica equivocidade dos textos, dos quais seria possível, em tese, extrair vários resultados-interpretação. Nesse contexto, Mitidiero defende a distinção das funções das Cortes de Justiça – encarregadas de exercer o controle retrospectivo sobre as causas decididas em primeira instância e uniformizar a jurisprudência – e das Cortes de Precedentes – encarregadas de outorgar interpretação prospectiva e dar unidade ao direito. Confira-se, nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista Argumentum-Argumentum Jorunal of Law**, v. 17, 2016, p. 54-58. Disponível em <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/313>. Acesso em 08 fev.2022. ;MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 5 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023, p. 79-87. Sobre a proposta de Michele Taruffo, confira-se: TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista dos Tribunais**, v. 199, p. 139, 2011. Disponível em:

realismo jurídico “à brasileira”, eis que fundado na premissa de que a validade do ato jurisdicional repousaria na autoridade do órgão prolator, o que não se sustenta frente aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito:

Aliás, fora do realismo jurídico (moderado ou não), torna-se difícil (ou impossível) sustentar esse tipo de tese. Isso no plano da teoria do direito, é claro. Mas aí é que está o problema. E por quê? Por que tudo está a indicar que as teses precedentalistas não constituem teoria do Direito e, sim, apenas teoria política. O que os autores fazem é uma tentativa de rearranjo institucional. Preocupam-se com “quem deve decidir” e não “como se deve decidir” [...] Com isso, corremos sério risco de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização de um realismo jurídico “à brasileira”, *dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário* (“O Direito é aquilo que os Tribunais dizem que o Direito é”), e não à luz de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo.⁵² [grifos do autor].

Ademais, Streck critica a premissa segundo a qual a cisão entre discursos fundamentação e de aplicação ou, em outras palavras, entre interpretação e aplicação da norma jurídica, eliminaria a ambiguidade e vagueza ínsita dos textos legais. A refutação da premissa é simples, na medida em que, fixado o precedente, a norma nele consubstanciada vira texto – que deverá ser, necessariamente, reinterpretado⁵³.

Nesse ponto, é oportuna a lição de Mundim, para quem o processo deve ser compreendido como uma instituição jurídico-constitucionalizada. E assim o é na medida que se estrutura a partir dos princípios institutivos do contraditório, ampla defesa e isonomia⁵⁴, que, na esteira das lições de Brêtas, tem a função de conformar o exercício da função jurisdicional aos preceitos do Estado Democrático de Direito:

A replicação da interpretação firmada no precedente obrigatório proferido por uma Corte Suprema impossibilita que as partes possam interpretar e buscar a extração da *ratio decidendi* de forma dialogicamente compartilhada pelo processo, sendo um entrave à efetivação dos princípios institutivos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (devido processo).⁵⁵

Portanto, o STJ, ao entender pelo não cabimento da Reclamação para o controle da aplicação de suas teses, impede não somente o exercício do controle material de suas decisões, mas impossibilita, em última instância, a revisitação dos seus próprios entendimentos, na medida que fecha as possibilidades para as partes rediscutirem o conteúdo e a abrangência de uma decisão em um

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908212/mod_folder/content/0/TARUFFO-Precedentes-Repro-199.pdf?forcedownload=1. Acesso em 08 fev.2022.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 5 ed. São Paulo: JusPodivm, 2024, p.26-28.

⁵³ *Id.*, 2020, p. 425.

⁵⁴ MUNDIM, Luis Gustavo Reis. O antagonismo entre a ética dos precedentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 20, n. 1, 2019, p. 332. DOI: 10.12957/redp.2019.31568. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/31568>. Acesso em: 12 set. 2024.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 328.



espaço marcado pelo contraditório e pelo policentrismo processual. E, ao fazer isso, também impede que o assunto retorne ao plenário daquela Corte.

Neste ponto, Rossi e Mundim arrematam:

Percebe, então, é que a impossibilidade de cabimento da Reclamação, da forma decidida pelo STJ, não traz qualquer racionalidade ao pseudosistema de precedentes, já que, pelo contrário, jurisprudencializa o direito e cria “uma irracionalidade pela total ausência de crítica, mesmo que essas decisões se reportem a normas legais, haja vista que apenas o exercício de uma fiscalidade jurídica irrestrita e processualizada da validade normativa é legitimadora do encaminhamento decisório.”⁵⁶

Portanto, a Reclamação deve ser vista como uma garantia dos jurisdicionados de influenciar na formação do sentido dos precedentes formados em sede de Recurso Especial repetitivo. A rediscussão dos temas, nesse sentido, agiria como indutora de um processo de valorização da eficiência qualitativa da jurisdição, na medida em que assegura a participação democrática às partes, não se restringindo, dessa forma, a uma eficiência meramente quantitativa, desprestigiadora da comparticipação e fundada na autoridade dos Tribunais Superiores, e que não logra êxito em sua proposição inicial, a de reduzir da carga de trabalho e racionalizar a prestação jurisdicional.

CONCLUSÃO

Portanto, o que se percebe é que ainda é preciso muito esforço para que o conteúdo principiológico-normativo da Constituição efetivamente se incorpore na prática dos operadores do direito. Em outras palavras, é preciso levar a Constituição à sério, sem qualquer possibilidade de retrocesso. Se, por um lado, é evidente que a explosão do número de processos é uma questão urgente, por outro, não é dilapidando direitos fundamentais em prol de uma eficiência quantitativa, olvidando-se do seu aspecto qualitativo, que se resolverá o problema. Se o caminho, certamente, não é fácil, é também preciso lembrar que para cada questão complexa há uma solução simples, mas também equivocada.

Apesar de o presente trabalho centralizar-se na atuação do Estado-juiz, deve-se pontuar que a exigência do contraditório enquanto comparticipação não prescinde do engendramento coletivo da sociedade e de todos os seus agentes com o intuito de garantir-se a efetividade dos direitos

⁵⁶ ROSSI, Júlio César; MUNDIM, Luis Gustavo Reis. O “estado da arte” da reclamação no STF E NO STJ: o gato de schrödinger está vivo-morto? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 3, 2021, p. 537. DOI: 10.12957/redp.2021.59868. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59868>. Acesso em: 9 set. 2024.

fundamentais por meio do processo, enquanto espaço discursivo estruturado pelos princípios do devido processo legal. Tal compreensão, transposta para a objeto do presente trabalho, culmina na conclusão sobre a necessidade de reavaliação da posição firmada pelo STJ no julgamento da Reclamação 36.476/SP, de modo que seja garantido à sociedade o direito ao contraditório dinâmico, pelo menos se se pretende considerar o precedente como elemento jurídico-discursivo no direito brasileiro.

Dessa forma, tomando-se como base a perspectiva metodológica do devido processo constitucional, somente com a reavaliação proposta se reafirmará o papel central da Reclamação Constitucional enquanto garantia do exercício de direitos fundamentais no processo, de modo a induzir um espaço processual democrático e marcado pelo policentrismo. Orientado, afinal, com os ditames da Constituição e do CPC.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 90, p. 69-170, 2004. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/issue/view/2>. Acesso em: 5/9/2024.

BATISTA, Fernando Natal. A reclamação enquanto instrumento de estabilização dos precedentes repetitivos e vinculantes: a dicotomia de entendimentos entre o STF e o STJ. **Caderno Virtual**, v. 2, n. 51, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/5890>. Acesso em: 11 set. 2024.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **O procedimento da reclamação na processualidade democrática**. 2018 245 f.+ 1 DVD. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BorgesFG_1.pdf. Acesso em: 17 maio 2018.

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: 12 set. 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/L13105.htm. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016**. Altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para disciplinar o processo e o julgamento do recurso extraordinário e do



recurso especial, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm. Acesso em: 12 set.2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Boletim Estatístico**: 2011 a 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/boletim>. Acesso em: 11 set.2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Reclamação 36.476/SP**. RECLAMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL AO QUAL O TRIBUNAL DE ORIGEM NEGOU SEGUIMENTO, COM FUNDAMENTO NA CONFORMIDADE ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STJ EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO (RESP 1.301.989/RS - TEMA 658). INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO NO TRIBUNAL LOCAL. DESPROVIMENTO. RECLAMAÇÃO QUE SUSTENTA A INDEVIDA APLICAÇÃO DA TESE, POR SE TRATAR DE HIPÓTESE FÁTICA DISTINTA. DESCABIMENTO. PETIÇÃO INICIAL. INDEFERIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 05 de abril de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=201802337088. Acesso em 09 set. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Agravo Interno no Recurso Especial nº 2093624/CE**. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. APLICABILIDADE DO CPC/2015. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO SURPRESA NÃO CONFIGURADA. [...] Relator Min. Benedito Gonçalves. 13 de maio de 2024. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?num_registro=202300883795. Acesso em 10 set.2024.

CARNEIRO, Rafael Araripe. STJ em números: improbidade administrativa. **JOTA**. 06 maio.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-improbidade-administrativa>. Acesso em: 11 set.2024.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIAS, Ronaldo Brêtas de carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 5 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2022.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERNANDES, Cleanto de Albuquerque Coelho. Reclamação no STF e STJ requer exaurimento das instâncias ordinárias. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/reclamacao-stf-stj-requer-exaurimento-instancias-ordinarias/>. Acesso em 09 set.2024.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 16 ed. Belo Horizonte: Fórum,2023.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents**: a comparative study. Brookfield, VT: Aldershot/Dartmouth: Ashgate 1997. Disponível em:



https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/278602/mod_resource/content/1/MacCormick%20Summers%20-%20Interpreting%20Precedents.pdf. Acesso em 08 fev.2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista Argumentum-Argumentum Jorunal of Law**, v. 17, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição** 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 5 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2023.

MUNDIM, Luis Gustavo Reis. O antagonismo entre a ética dos precedentes e o Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 20, n. 1, 2019. DOI: 10.12957/redp.2019.31568. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/31568>. Acesso em: 12 set. 2024.

ROSSI, Júlio César; MUNDIM, Luis Gustavo Reis. O “estado da arte” da reclamação no STF e no STJ: o gato de schrödinger está vivo-morto? **Revista Eletrônica de Direito Processual**, [S. l.], v. 22, n. 3, 2021. DOI: 10.12957/redp.2021.59868. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/59868>. Acesso em: 11 set. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria de Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Rescisória (como compensação) contra errônea aplicação de precedentes. **Consultor Jurídico**, 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-set-09/rescisoria-como-compensacao-contr-erronea-aplicacao-de-precedentes/#_ftn4. Acesso em 09 set.2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 5 ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

TAKOI, Sérgio M. **Reclamação constitucional**. Rio de Janeiro: GEN, 2013. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502203044/>. Acesso em: 07 set. 2024.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. **Revista dos Tribunais**, v. 199, p. 139, 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4908212/mod_folder/content/0/TARUFFO-Precedentes-Repro-199.pdf?forcedownload=1. Acesso em 08 fev.2022.



ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Vitor Abreu Saldanha Sales

Graduado pelo Ibmec. Advogado.

Resumo – A necessidade de efetivação dos direitos e garantias constitucionais por parte do Supremo Tribunal Federal frente a uma omissão arbitrária das demais instituições políticas legítimas é tema que merece atenção. A temática toca diretamente na promoção da ordem constitucional para todos os indivíduos e, portanto, no interesse público. O presente trabalho emoldura a ocorrência de fenômenos contemporâneos da judicialização da política e do ativismo judicial, buscando analisar a conduta ativa do Poder Judiciário, na figura da sua Suprema Corte, quando provocado a agir em meio a tais cenários. Diante das omissões inconstitucionais perpetradas pelos demais poderes, indaga-se quais são as consequências referentes à atuação do STF para supri-las. A partir do que expressa a constituição, a doutrina e a jurisprudência, buscar-se-á compreender possíveis violações a princípios e sistemas basilares do Estado Democrático de Direito quando da efetivação dos direitos e garantias fundamentais pela Corte constitucional.

Palavras chaves – Direito Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Direitos fundamentais. Separação dos Poderes. Ativismo judicial.

Sumário – Introdução. 1. A judicialização da política e o ativismo judicial: do caráter compromissório da Suprema Corte na defesa do Estado democrático de Direito e o sistema de freios e contrapesos. 2. A adoção da teoria concretista pelo Supremo Tribunal Federal na análise de omissões legislativas: princípio da separação dos poderes. 3. A efetivação dos direitos e garantias fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal: ativismo judicial e o princípio da autocontenção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico analisa a temática do ativismo judicial sob a ótica da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) na defesa dos direitos e garantias fundamentais. Procura-se demonstrar que o cumprimento do seu papel de guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) quando provocado a decidir sobre questões sensíveis não viola o princípio da separação dos poderes.

Com esse intuito, a pesquisa aborda posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, discutindo-se a importância do necessário papel desempenhado pelo STF e o respeito ao sistema de freios e contrapesos a partir da autocontenção da corte em suas decisões, sem, contudo, deixar de agir frente às omissões perpetradas pelos demais poderes quando do carecimento da efetivação dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal foi esculpida fundamentando-se também nos princípios universais estabelecidos na Declaração de Direitos Humanos, instituindo ao STF o dever de protegê-los. Muitos desses direitos e garantias fundamentais presentes no texto constitucional deram margem para que a Suprema Corte seja chamada a intervir em questões sensíveis ao Estado Democrático de Direito – fenômeno conhecido como judicialização da política – de modo a tomar decisões de caráter mais concretista, promovendo, assim, a efetivação da ordem constitucional.

A controvérsia do tema se configura no crescente papel do Poder Judiciário na figura do STF que ao atuar em defesa da efetivação de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito gera inúmeros questionamentos por parte da sociedade civil e principalmente pelos demais poderes sobre a possível ocorrência de usurpação de suas competências. Fato esse que caracterizaria, junto a uma interpretação do texto constitucional fora dos limites da hermenêutica contemporânea, um ativismo judicial danoso ao Estado e suas instituições.

Nesse sentido, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando o papel constitucional atribuído ao STF e sua relação com o fenômeno da judicialização da política de modo a compreender se esse é fruto do caráter compromissório daquele ou causa de violação do sistema de freios e contrapesos.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que para defesa dos direitos fundamentais estabelecidos e protegidos pelo texto constitucional a Suprema Corte passou a adotar em suas decisões teoria concretista quando da omissão da atividade legiferante do Estado, de modo a suscitar o questionamento de possível inobservância do princípio da separação dos poderes.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de atuação do STF para a devida efetivação dos direitos fundamentais cumprindo com o papel a ele atribuído, sem deixar de observar em suas decisões o princípio da autocontenção, de modo a respeitar os limites constitucionalmente delimitados, sem promover de maneira ilegítima a imposição de sua própria valoração política às demais instituições, abstendo-se de dar causa a um ativismo judicial danoso.

A pesquisa é desenvolvida com o método explicativo, pois busca entender as relações de causa e efeito além de identificar e explicar os fenômenos abordados.

Com esse propósito, o presente artigo também se vale necessariamente do método qualitativo, uma vez que se pretende utilizar a bibliografia relevante e pertinente ao tema



objeto da pesquisa, que será analisada para o desenvolvimento e sustentação da tese defendida.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL: DO CARÁTER COMPROMISSÓRIO DA SUPREMA CORTE NA DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

A judicialização da política, assim como o ativismo judicial são conceitos que não encontram grandes consensos na doutrina, apesar de evidentemente distintos. Nessa esteira, cabe explicar a conceituação da primeira, para que se faça possível compreender a diferença entre ambos e, consequentemente, a atuação do Poder Judiciário nessas circunstâncias.

Nesse propósito o Ministro do STF Luís Roberto Barroso¹ define a judicialização como sendo a possibilidade de ingressar em juízo para debater qualquer direito ou pretensão, enquanto o ativismo judicial corresponderia a um modo proativo e expansivo da atuação do Poder Judiciário.

Focalizando especificamente no conceito de judicialização da política, Barroso² afirma, ainda, que esta é o desague no Poder Judiciário, com decisões em caráter final proferidas por este, com a devida aplicação do texto constitucional, acerca de questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, tratando-se da transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento de instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Desse modo, manifesta é a diferença de ambos os conceitos e o modo de atuação do Judiciário nas definições abordadas. Como visto o ativismo em contraponto à judicialização, é o atuar proativo do Supremo Tribunal Federal e demais instâncias que compõem o Poder Judiciário, sem a devida observância dos preceitos legais.

Nessa toada, de maneira expansiva o Poder Judiciário cria novo direito de modo a usurpar competência atribuída aos demais poderes, em especial o Poder Legislativo, atuando além das limitações impostas pelos textos legais, especialmente pela Carta Magna, a violar importantes princípios, como o da razoabilidade e o da Separação dos Poderes, balizador do sistema de freios e contrapesos.

¹BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

²BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Saraiva, 5. ed., 2014.

Do outro lado, no fenômeno da judicialização da política a atuação é diferente, se da a partir da devida provocação do sistema de justiça e dentro dos ditames constitucionais. Com isso, ainda que os objetos das inúmeras ações sejam temas sensíveis, esses em regra estão dispostos no texto constitucional, pois sendo a Constituição da República de 1988 uma carta analítica, trata de diversos direitos individuais, coletivos, sociais e políticos, sendo papel do STF a proteção da Constituição, conforme consta em seu art. 102, *caput*³, e, em consequência, do Estado Democrático de Direito por ela instituído.

Em convergência ao que dispõe o Ministro Barroso, o jurista Lenio Streck⁴ entende que a judicialização da política se apresenta como uma questão social. É derivado, pois, de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e culminam no aumento da litigiosidade. É nesse sentido que o autor define o fenômeno da judicialização como sendo fruto da (in)competência – por motivos de inconstitucionalidades – de poderes ou instituições.

O ativismo judicial, por outro lado, é definido pelo autor gaúcho⁵ como sendo uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Sendo uma concepção de ativismo a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.

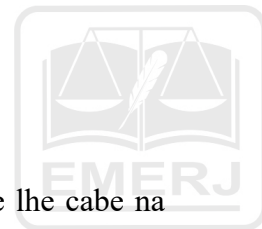
Cabe ressaltar, a partir deste entendimento, que o fortalecimento do STF e a consequente expansão do Poder Judiciário decorreram, também, da opção do próprio legislador, mas não somente como uma decorrência lógica de um consequente aumento das atribuições dos demais poderes, pela Constituição de 1988. Na verdade, o fortalecimento do terceiro poder também teve como fundamento um acréscimo da litigiosidade decorrente, principalmente, da inefetividade ou indisposição dos outros poderes constituídos em concretizarem as promessas consubstanciadas em sua legislação social, o que não necessariamente implica no que se entende como ativismo judicial danoso ao Estado e suas instituições, quando pelo judiciário efetivados.

Aliás, o que se observa é uma atuação digna do papel atribuído ao Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, como protetor, intérprete e aplicador da Constituição

³BRASIL. [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: 26 jul. 2024.

⁴STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 2015.

⁵*Ibid.*



brasileira, em meio à numerosa litigância. Dito isto, uma atuação dentro do que lhe cabe na composição dos poderes republicanos, cumprindo com sua finalidade institucional e fazendo-se efetivar o texto constitucional, ainda que frente às omissões dos demais poderes, quando cabível, de modo a respeitar o Sistema de freios e contrapesos, com atenção a tripartição de poderes adotada pela legislação pátria em seu artigo 60, §4º, inciso III, da CRFB/88⁶.

Nesse sentido, impende compreender que a defesa do Estado Democrático de Direito, a partir da sua efetivação e, para isso, muitas vezes da aplicação direta da Constituição às situações particulares e temas sensíveis levados ao STF, e da sua utilização como parâmetro de aferição da validade de norma infraconstitucional, ao contrário do que se pode acreditar, não acarreta descumprimento ou contrariedade ao Sistema de freios e contrapesos. Na verdade, este sistema se encaixa perfeitamente com a vivência democrática e, portanto, o atuar legítimo das instituições.

Ademais, é este o sistema que tem como principal finalidade a coibição de abusos praticados pelos três poderes, prevenindo, também, que um prevaleça sobre os demais. Nessa dinâmica, o poder controla o próprio poder, respeitada sua independência e harmonia (art.2º, da CRFB/88⁷).

Nessa perspectiva, a expansão do terceiro poder e o fortalecimento de sua Corte Suprema serviriam como um necessário contrapeso, num sistema democrático de *checks and balances*, à paralela expansão dos ramos políticos do Estado moderno. A essa assertiva se soma Barroso⁸, para quem o fenômeno da judicialização política pode ser explicado também pelo reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas.

Com isso, um bom exemplo de atuação do STF em meio à judicialização e em consonância com o Sistema de freios e contrapesos, frente à necessidade de efetivação e defesa dos direitos fundamentais e, portanto, do Estado Democrático de Direito é o julgamento de ações próprias do controle concentrado de constitucionalidade ou daquelas conhecidas como remédios constitucionais, como por exemplo, o mandado de injunção, próprio de um controle de constitucionalidade difuso.

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: 26 jul. 2024.

⁷*Ibid.*

⁸BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Assim, ao julgar uma lei elaborada pelo Poder Legislativo como inconstitucional, bem como entender pela omissão deste na sua função de legislar, conferindo prazo e preenchendo lacunas enquanto não suprida tal omissão, a Suprema Corte age dentro do que lhe é atribuído constitucionalmente, reprimindo possível discricionariedade do legislador, em atenção ao sistema supramencionado.

No cumprimento de seu papel constitucional, o STF, evita o retrocesso ao poder centralizado e, ainda, a discricionariedade daqueles que por vontade soberana do povo detêm o poder, assim como os demais poderes o fazem realizando devidamente suas funções típicas e atípicas. Dessa forma, o compromisso daquele em zelar com o Estado Democrático de Direito e a Constituição Federal se alinha a tripartição dos poderes e seu sistema de freios e contrapesos.

A atuação do Poder Judiciário, em especial na figura da Suprema Corte, quando da ocorrência do fenômeno da judicialização da política, vai ao encontro com o papel constitucional a este atribuído, manifestando seu caráter compromissório com a defesa e efetivação dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, se afastando motivadamente da ideia de ativismo judicial danoso ao Estado e desafiador do Sistema de freios e contrapesos por muitos questionados.

2. A ADOÇÃO DA TEORIA CONCRETISTA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ANÁLISE DE OMISSÕES LEGISLATIVAS: PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O fortalecimento do Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, ocorreu através do constitucionalismo. Movimento esse que estabeleceu o regime constitucional e, com a Carta de 1988, a instituição de um Estado Democrático de Direito, no qual as ações das instituições que o compõem são limitadas por meio de uma Constituição escrita, suprema, que estabelece inúmeros direitos e garantias fundamentais com imprescindível necessidade de observância.

Nesse cenário, com a ocorrência do fenômeno da judicialização da política, o terceiro poder, passou a ter grande relevância no cumprimento de seu papel de protetor da Constituição da República e na consequente efetivação dos objetivos sociais previstos em seu texto quando da omissão ou ausência de efetividade por parte dos demais poderes



constituídos. Assim, buscou-se pela sua plena e máxima aplicabilidade por meio de mecanismos de realização dos preceitos legais.

Dentre os meios utilizados, destacam-se o mandado de injunção (MI), remédio constitucional trazido pela Constituição de 1988 e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), instrumentos que possuem como finalidade combater a inefetividade das normas constitucionais, que acabam por sofrer pelas consequências de uma postura omissa das demais instituições, em especial, daquela responsável tipicamente pela atividade legiferante do Estado, vez que há normas constitucionais que não são auto executáveis, dependendo, assim, da devida regulamentação infraconstitucional.

Com isso, o MI (art. 5º, LXXI da CRFB/88⁹) surgiu para defender a efetividade dos direitos fundamentais. Trata-se de ação constitucional de natureza civil, de procedimento especial que busca suprir omissão total ou parcial do Poder Público no intuito de viabilizar o exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa prevista na CRFB/88. Em outras palavras, é um remédio constitucional que visa defender direitos fundamentais – primeira, segunda ou terceira dimensões – previstos na constituição, dependentes de regulamentação. Portanto, direitos fundamentais num sentido amplo, aqueles de eficácia limitada.

Da mesma forma, a ADO (art.103, §2º da CRFB/88¹⁰) nasceu na constituição com o objetivo de combater a inefetividade das normas constitucionais. O seu foco é a omissão normativa total ou parcial, seja ato primário seja secundário.

Diante de tais instrumentos, cabe destacar que quando houver, portanto, necessidade de complementação do texto constitucional por norma infraconstitucional, após razoável decurso de lapso temporal para a devida regulamentação por meio do poder tipicamente responsável para tanto, há expressa previsão de que o Poder Judiciário pode vir a ser provocado para realizar sua efetivação a fim de garantir a tutela dos direitos fundamentais.

Nesse prisma, o STF ao julgar as respectivas ações acima mencionadas, por longo período, até o ano de 2007, adotou em regra a teoria não concretista. Tal corrente apontava que as decisões deveriam apenas reconhecer num viés formal a mora do legislador, cientificando-o acerca desta. De modo breve, à época, a Suprema Corte oscilou para a adoção da corrente concretista individual intermediária, a qual apontava que sendo julgado

⁹BRASIL. [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: 26 jul. 2024.

¹⁰*Ibid.*

procedente o MI, o órgão judiciário poderia fixar prazo para o legislador então criar a norma viabilizadora do direito constitucional pendente de regulamentação.

Seguindo este entendimento, o Poder Judiciário, então, apenas poderia assegurar o exercício daquele direito constitucional às partes envolvidas no litígio frente à omissão legislativa se passado o prazo fixado na decisão proferida. Todavia, até o ano de 2007, como regra imperava a teoria não concretista, afastando-se a Corte da tomada de decisões que dessem vida de fato ao direito pleiteado e presente no texto constitucional.

Entretanto, a partir daquele ano, o STF, em uma virada jurisprudencial, frente aos desafios e temas sensíveis levados ao judiciário, passou a adotar a posição concretista tanto em sede de MI quanto em ADO, de modo que o tribunal não declara mais apenas a mora do poder omisso, mas também, busca a efetivação da previsão constitucional, aplicando, assim, leis em analogia e fixando prazos para elaboração da lei infraconstitucional necessária para a devida complementação da norma maior.

Ademais, desde então houve não apenas a retomada da teoria concretista individual, que passou a declarar a mora do legislador e notifica-lo, como também a Suprema Corte passou aplicar por analogia legislação pertinente existente no ordenamento jurídico de modo a suprir a lacuna necessária, com os seus efeitos sendo aplicáveis entre os particulares envolvidos no caso concreto, ou seja, *inter partes*. Mas também, restou consagrada a posição concretista geral, que da mesma forma declara a mora do órgão omisso, mas que possui diferença quanto à efetivação do direito requerido.

A teoria concretista geral, consagrada pelo STF, não apenas declara a mora do legislador, mas também determina a aplicação analógica nos casos análogos de lei existente no ordenamento jurídico, até que seja editada a lei correspondente, tal posição gera efeitos entre todos, ou seja, *erga omnes*. Essa consagração ocorreu com o julgamento dos mandados de injunção 670, 708 e 712, que tinham como objeto as greves dos servidores públicos, direito estabelecido na constituição (art.37, VII, CRFB/88¹¹), pendendo de regulamentação, restando garantida sua efetivação pela decisão da Corte, que entendeu pela aplicação por analogia da lei de greve do setor privado (Lei nº 7783/1989¹²).

¹¹BRASIL. [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: 26 jul. 2024.

¹²BRASIL. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.HTM. Acesso em: 26 jul. 2024.



Com a adoção de posicionamento concretista geral, o Supremo Tribunal Federal, enfrentou questionamentos quanto a uma possível violação do princípio da Separação dos poderes. Princípio esse que estabelece independência entre as funções executiva, legislativa e judiciária e, ainda, harmonia entre eles, que junto com o sistema de freios e contrapesos, impede que haja arbítrio de uma das funções estatais.

A ideia de separação dos poderes, para Montesquieu¹³, seria um modo de evitar a concentração absoluta do poder nas mãos de um soberano, buscando-se evitar abuso de poder e garantir a liberdade dos indivíduos. O filósofo pensou num sistema em que fosse, também, possível o controle mútuo entre as instituições responsáveis pelo exercício das funções dos poderes constituídos.

Nesse sentido, o ordenamento pátrio, adotou como princípio fundamental o Princípio da separação dos poderes (art.2º, da CRFB/88¹⁴), como a base para se constituir em um Estado Democrático de Direito, no qual suas instituições representantes de cada poder devem observar suas funções tendo como objetivo um propósito social.

Nesses termos, a adoção da teoria concretista, no sentido de assegurar o exercício dos direitos previstos no texto constitucional, frente à omissão do legislador, se coaduna com o princípio fundamental a ser observado. Isso porque, a inércia de um dos poderes no tocante ao exercício de sua função típica para regulamentação de direito tutelado pela constituição, é postura arbitrária que viola o regime constitucional, cabendo, nesse caso, ao judiciário realizar sua devida efetivação, sendo uma forma de garantir a máxima eficácia e supremacia da Constituição da República, conforme lhe compete.

O processo de busca pela efetividade das determinações constitucionais, em meio a viabilizar a força normativa da Constituição de 1988, não viola o princípio fundamental de Separação dos poderes por ela adotado. Frisa-se, no entendimento de Konrad Hesse¹⁵, que a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser, sendo mais que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência e, através de sua eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

A adoção da teoria concretista acima destacada, nesse entendimento, portanto, não viola o princípio fundamental, já que a atuação do STF quando provocado para decidir frente

¹³ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

¹⁴ 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: 26 jul. 2024.

¹⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.



à omissão do legislador, observando o referido princípio e o direito fundamental por ela estabelecido, age quando aquele arbitrariamente inerte não o fez. Sendo certo que o Poder Judiciário ao analisar direitos e garantias fundamentais não pode deixar de efetivá-los, uma vez que, conforme o art.5º, §1º da CRFB/88¹⁶, a norma definidora de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

3. A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA AUTOCONTENÇÃO

Os direitos e garantias fundamentais como bem observado são possuidores, de acordo com o texto constitucional, de aplicabilidade imediata (art.5º, §1º da CRFB/88¹⁷). Nessa esteira, revelam-se como instrumentos de proteção de todos os indivíduos no tocante a atuação das instituições estatais. Estes instrumentos estão sob a titularidade de todos os brasileiros e residentes no país, sem distinção, sendo ela a mais ampla possível, com a ideia de universalidade da proteção.

Nesse sentido, os referidos direitos e garantias estão positivados na CRFB/88, nas leis infraconstitucionais, em tratados internacionais e demais atos normativos, ou seja, estabelecidos em todo o ordenamento jurídico a ser observado pelo Estado, a sua positivação também é a mais ampla possível.

Impende destacar que os Direitos humanos estão relacionados a uma perspectiva internacional ou a uma perspectiva da filosofia do direito. Tanto estes direitos quanto os direitos e garantias fundamentais, por vezes interligados, buscam preservar a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental abarcado pela constituição pátria, garantindo o necessário para que os indivíduos possam existir, argumento que da vida ao princípio do mínimo existencial, aplicado pela Suprema Corte em suas decisões.

Certo é que o caráter compromissório do STF em cumprir com o papel à Corte instituído, qual seja, a guarda da constituição, evidentemente passa pela efetivação e defesa dos direitos e garantias fundamentais, repisa-se instrumentos esses que são tutelados por todo o ordenamento normativo e são da titularidade de todos. Num sentido mais amplo, essa

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: 26 jul. 2024.

¹⁷*Ibid.*



efetivação e guarda por vezes está atrelada a uma revisão, também, das políticas públicas, o que se mostra indispensável para garantir a justiça social e a dignidade humana.

O desempenho do Supremo Tribunal Federal em sua atuação corresponde à observância das atribuições reconhecidas à Corte e ao Poder judiciário constitucionalmente. Nesse prisma, a promoção do texto constitucional, em resposta às questões sensíveis apresentadas à Suprema Corte, em especial das normas fundamentais com aplicabilidade imediata, se coaduna com o que se espera desta. No entanto, é de suma importância que essa atuação seja equilibrada por respeito à separação dos poderes e à legitimidade democrática das decisões políticas.

Nesse contexto, importante pontuar o Princípio do acesso à justiça, aquele que trata da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art.5º, XXXV da CRFB/88¹⁸, segundo o qual a lei não exclui do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito.

Nessa toada, Barroso¹⁹, entende que o Judiciário é o guardião da Constituição e deve assim fazê-la valer, especialmente em nome dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, ainda que em face dos demais Poderes.

Assim, compreende-se que o cumprimento de seu papel é indispensável para o devido funcionamento do Estado Democrático, já que a constituição assim determina. Não se confundindo tal realização com uma atuação expansiva e usurpadora de um agir que não lhe compete, buscando-se a efetivação constitucional desejada e ainda respeitando a separação dos poderes, o que se faz com a aplicação do que se entende por princípio da autocontenção.

Ademais, afastando-se do ativismo judicial, o Ministro²⁰, afirma ainda que quando da necessidade do cumprimento do papel contramajoritário da Suprema Corte este é realizado em favor da democracia e não contrário a esta. Continua afirmando que nas demais situações é necessário que o judiciário deva acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, demonstrando respeito com o exercício razoável da discricionariedade técnica do administrador.

Nesse sentido, o princípio da autocontenção é aquele que se expressa num atuar mais contido do Poder Judiciário, pelo qual se busca evitar ao máximo uma possível interferência

¹⁸BRASIL. [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: 26 jul. 2024.

¹⁹BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2009, p.15. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 16 set. 2024.

²⁰*Ibid.*

nos demais poderes, que viria a configurar o ativismo judicial. Dessa forma, conforme exposto procura-se respeitar as decisões feitas pelo legislador, deixando de impor de maneira ilegítima sua própria valoração política às demais instituições.

Com isso, evidencia-se que a autocontenção vai de encontro com o ativismo judicial. O judiciário, notadamente, o Supremo Tribunal Federal, em situações que não estejam em suas atribuições constitucionalmente expressas reduz sua interferência nas ações dos demais poderes, o que se revela como um modo de realizar aquilo que lhe foi atribuído, sem, contudo, violar os princípios da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos.

O Ministro Barroso²¹ entende que para o desempenho da função jurisdicional fazendo-se amplo uso da autocontenção, de modo a procurar evitar ao máximo o ativismo, o sistema judicial como um todo deve obstar aplicar a constituição em situações que não estejam em seu âmbito de incidência expressa, bem como utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e, ainda, abster-se de interferir na definição das políticas públicas.

Contudo, ainda que venha o terceiro poder a realizar a autocontenção, necessária para o equilíbrio do Estado Democrático de Direito e consequentemente para o respeito da constituição, evidente se revela que a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, não estão entre as hipóteses supramencionadas. Isso porque, o conteúdo normativo destes exige do Estado uma atuação ativa no sentido de construir políticas públicas que correspondem a sua necessária implementação, o que quando não é feito, viola a ordem constitucional.

Além disso, ao estarem expressamente inseridas no texto constitucional e possuírem aplicabilidade imediata, cabendo ao STF sua guarda, este ao assim fazer, ainda que avaliando políticas públicas ou reconhecendo omissões inconstitucionais dos demais poderes, cumpre com o papel a este constitucionalmente reconhecido. Dessa forma, ainda que a autocontenção não se faça presente na análise e julgamento de todo e quaisquer temas que chegam à Suprema Corte, isso não implica imediatamente na caracterização do ativismo judicial.

Nesse sentido, para o jurista e Ministro do Tribunal Superior Eleitoral André Ramos Tavares²², a autocontenção, quando usada em larga escala, acaba por contrariar o que o próprio texto constitucional atribuiu como papel do STF, vez que em algumas passagens resta determinada uma atuação substantiva para a efetivação dos direitos e garantias

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 16 set. 2024.

²² TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68-69.



constitucionais, como por exemplo, as próprias ações do controle de constitucionalidade concentrado e difuso, que buscam sanar as omissões perpetradas pelo legislador arbitrariamente inerte, bem como quando atribui a este o papel de solucionar os conflitos entre os poderes e destes com os direitos fundamentais.

A atuação ativa do Supremo Tribunal Federal, portanto, quando da resposta aos temas sensíveis que guardam tutela nos direitos e garantias fundamentais ou demais normas que expressamente se fazem presentes na Constituição da República, ainda que sem a pura e simples observância de sua autocontenção, não configuram ativismo judicial. Mas sim, revelam um agir condizente com o caráter compromissório que a corte apresenta no respeito às suas atribuições, quais sejam, proteger e dar vida ao texto constitucional, promovendo a efetividade da supremacia da Lei Maior do Estado.

CONCLUSÃO

A judicialização da política e o ativismo judicial são fenômenos provenientes da expansão do Estado e da assunção de novas responsabilidades dentro das dinâmicas das mais diversas relações existentes, sejam elas sociais, políticas ou econômicas.

A transição do Estado de bem-estar social, o advento do neoconstitucionalismo e a hiperinflação legislativa colocaram o Poder Judiciário no ponto de inflexão do sistema, chamado a decidir os mais diversos problemas trazidos à sua apreciação. É importante, nesse sentido, a compreensão dos dois conceitos, que são tratados por parcela relevante da doutrina como indistintos.

Nesse sentido, enquanto que a judicialização da política pode ser considerada como um efeito colateral do Estado moderno, do caráter compromissório das constituições e do neoconstitucionalismo, em que o juiz exerceria uma influência recíproca nos poderes políticos sem, contudo, transferir a soberania dos poderes legitimados para a tomada das decisões, o ativismo judicial corresponderia à atuação do Poder Judiciário para além das suas competências constitucionalmente atribuídas.

A atuação do Poder Judiciário, notadamente, na figura do Supremo Tribunal Federal, quando da ocorrência do fenômeno da judicialização da política, atuando de maneira ativa e firme de modo a corresponder com os anseios sensíveis que lhe são apresentados, sobretudo aqueles que se mostram expressos no texto constitucional, no tocante aos direitos e garantias

fundamentais, se coaduna com o papel atribuído a este, de guardião da Constituição da República Federativa do Brasil.

Isso é, revela-se como cerne de sua competência, indo ao encontro com o sistema de freios e contrapesos, ainda que para tanto ocorra alguma interferência no que seriam ações próprias dos demais poderes, realizando, assim, não apenas a guarda de um texto vazio, mas da norma fundamental do Estado e consequentemente a defesa e efetivação dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito por esta instituídos.

Assim, de modo a realizar a devida efetivação do texto constitucional o STF adota a teoria concretista intermediária e geral, esta última gerando efeitos para todos, com respeito à tripartição dos poderes, vez que em face à omissão do legislador, ou seja, da inércia arbitrária dos demais poderes, se demonstra cabível a atuação daquele. Sendo certo que, no tocante aos direitos e garantias fundamentais, o terceiro poder quando provocado não pode deixar de efetivá-los, uma vez que, conforme o art.5º, §1º da CRFB/88, a norma definidora de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, ao agir pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais em resposta aos fenômenos contemporâneos que se apresentam, ainda que em inúmeras questões sensíveis, não caminha necessariamente em direção de um ativismo judicial danoso ao Estado. Mas sim, ao encontro de um Estado Democrático de Direito forte e propulsor de uma ordem constitucional que visa garantir, sem distinção, o fundamental aos indivíduos a ela submetidos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Saraiva, 5. ed., 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2009, p.15. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 16 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: 26 jul. 2024.



BRASIL. **Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.** Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17783.HTM. Acesso em: 26 jul. 2024.

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

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** Tradução: Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE À MÃE NÃO GESTANTE EM UNIÃO HOMOAFETIVA: ANÁLISE À LUZ DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446)

Vitória Machado Furtado

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC - RJ). Advogada.

Resumo – o presente trabalho analisa a trajetória e a evolução da licença-maternidade em relacionamentos homoafetivos no Brasil, com base no ordenamento jurídico e no Recurso Extraordinário 1.211.446/SP. A pesquisa destaca a interpretação extensiva da licença-maternidade em resposta ao reconhecimento de novas entidades familiares, pautada nos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha garantido que mães não gestantes em uniões homoafetivas tenham direito ao benefício, surgem limitações que impedem que duas mulheres recebam a licença-maternidade ou que escolham consensualmente quem a receberá. O trabalho enfatiza a necessidade de adaptação da legislação às novas configurações familiares, defendendo a aprovação da licença parental compartilhada como solução para superar as lacunas legais existentes e promover a equidade nas responsabilidades parentais.

Palavras-chave – Direito de Família. Licença-maternidade. Relações homoafetivas. Recurso Extraordinário 1.211.446.

Sumário – Introdução. 1. A evolução da licença-maternidade no ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos direitos das mulheres e crianças. 2. As novas configurações familiares e a concessão da licença-maternidade neste cenário. 3. Análise do Recurso Extraordinário 1.211.446/SP e a proposta da licença parental. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico analisa os critérios de concessão da licença-maternidade em relacionamentos homoafetivos, com base no ordenamento jurídico brasileiro e no Recurso Extraordinário 1.211.446/SP, problematizando questões já normatizadas.

Tendo em vista o reconhecimento de novas entidades familiares, a concessão da licença-maternidade tem sido interpretada de maneira extensiva, considerando os princípios da igualdade, liberdade, diversidade familiar, solidariedade, afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, fixou a tese de que a mãe servidora ou trabalhadora não gestante, em união homoafetiva, tem direito a gozo de licença-maternidade. Porém, caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade.



Dessa forma, alguns cenários estão excluídos da concessão do benefício, tornando-se impossível que duas mulheres recebam a licença-maternidade ou que duas mulheres escolham consensualmente qual delas receberá a licença-maternidade.

Os próprios Ministros divergiram quanto à segunda parte da tese, alguns entenderam pela inviabilidade de replicar o modelo tido como tradicional de casamento para a união estável homoafetiva, outros demonstraram preocupações com a fonte de custeio da previdência social, razão pela qual restringiram a tese ao caso concreto analisado.

Como se sabe o modelo de família não é necessariamente o heterossexual, sendo que as mais diversas configurações de modelos familiares podem, de forma conjunta, contribuir para a formação de institutos mais acordados com a realidade social, democratizando-os.

Assim, a família, entendida como local de afeto e de realização pessoal, deve ser plural e dialogar entre as suas mais diversas concepções. Neste cenário, será possível refletir sobre os papéis de gênero tão enraizados na sociedade e que provocam diversas discriminações de gênero no ambiente laboral.

Para melhor compreensão do tema, o primeiro capítulo deste trabalho demonstrará a evolução da licença-maternidade no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a resguardar a saúde da mãe e de seu filho, além da convivência destes.

O segundo capítulo apontará as novas configurações familiares e a concessão da licença-maternidade neste cenário, analisando a correspondência ou não entre a legislação e as hipóteses de organizações familiares existentes.

O terceiro capítulo terá por escopo a análise do Recurso Extraordinário 1.211.446/SP, debatendo os argumentos utilizados pelos Ministros em seus votos. Por fim, defenderá a necessidade de aprovação da licença parental compartilhada, independentemente de o casal ser heterossexual ou homoafetivo, como uma alternativa para a resolução do descompasso legislativo, a fim de funcionalizar o benefício previdenciário.

O estudo será desenvolvido por meio de uma abordagem dedutiva, sendo a pesquisa de natureza qualitativa, e a técnica utilizada será a bibliográfica, com o uso de legislações nacionais, doutrinas, jurisprudências, artigos científicos, e demais obras acerca da temática, para sustentar a tese.

1. A EVOLUÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, À LUZ DOS DIREITOS DAS MULHERES E CRIANÇAS

A licença-maternidade é um direito fundamental garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro e reflete o compromisso do Estado com a proteção da saúde da mãe e do filho, bem como da promoção da convivência familiar. Ao longo dos anos, a legislação sobre o tema evoluiu significativamente, alinhando-se aos padrões internacionais e ampliando a proteção dos direitos das mulheres e crianças.

Este tema se relaciona com a inserção da mulher no mercado de trabalho, sendo uma realidade recente, tendo em vista que sua entrada efetiva ocorreu muitos anos após a dos homens.

Até 1962, a mulher casada dependia de autorização do marido para exercer atividade profissional, conforme o art. 233 do Código Civil de 1916¹. Somente com a edição da Lei nº 4.121/62² reconheceu-se o direito de a mulher exercer livremente o trabalho – ao menos no plano jurídico.

A primeira legislação brasileira relacionada à licença-maternidade surgiu com o Decreto-Lei nº 5.452 de 1943³, também conhecido como Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Este marco inicial estabeleceu um período de 84 dias de licença-maternidade para as trabalhadoras, a remuneração seria garantida pelo empregador e não havia garantia de estabilidade, o que implicava em restrições às mulheres no mercado de trabalho.

Por determinação da Organização Internacional do Trabalho — OIT⁴, e com o advento da Lei nº 6.136/1974⁵, não se assegurou apenas o prazo de afastamento em virtude de maternidade, à época de 12 semanas, mas também se estipulou que os salários do período do

¹ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: 95º da Independência e 25º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

² BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, DF: 141º da Independência e 74º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 20 nov. 2024.

³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁴ BRASIL. **Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção a maternidade. Artigo IV, item 8, da Convenção 103/1952 da OIT: “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁵ BRASIL. **Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974**. Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Brasília, DF: 153º da Independência e 86º da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6136-7-novembro-1974-357013-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 ago. 2024.



afastamento ficariam sob encargo da Previdência Social. Esta medida foi adotada com vistas a não desestimular a contratação de trabalhadoras pela classe empregadora, que não mais arcaria com os custos do eventual afastamento, em caso de condição gravídica.

Nas décadas seguintes, a legislação brasileira começou a refletir uma maior preocupação com a proteção da maternidade e o bem-estar infantil. A Constituição Federal de 1988 representou um marco na consolidação dos direitos trabalhistas e sociais, estabelecendo a licença-maternidade como um direito constitucional fundamental das trabalhadoras e promovendo a proteção integral da criança. O artigo 7º, inciso XVIII, garantiu "licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias"⁶.

O avanço foi mais significativo com a Lei nº 11.770/2008⁷, que ampliou a licença-maternidade para 180 dias, estabelecendo que as empresas que aderirem ao Programa Empresa Cidadã poderiam usufruir de incentivos fiscais. Essa legislação visou não apenas aumentar o período de licença, mas também estimular as empresas a adotar práticas que beneficiem a saúde das mães e o desenvolvimento dos filhos, alinhando-se com as diretrizes internacionais sobre proteção à maternidade.

A licença-maternidade desempenha um papel crucial na proteção da saúde das mulheres e no desenvolvimento das crianças. O instituto tem fundamentos biológicos, como o aleitamento materno, a recuperação da gestante e a necessidade de prestação de cuidados aos bebês. Por outro lado, também possui um fundamento social, já que permite à mãe e à criança criarem vínculos, essenciais ao desenvolvimento saudável e integral.

Nesse sentido, de acordo com a advogada Camila da Cunha⁸, a licença "é um direito da mãe, porém pensado não só em função dela. O período de afastamento laboral é, precipuamente, em função do filho, visando seu pleno desenvolvimento." Embasa sua afirmação nos princípios da proteção integral, do melhor interesse e da proteção absoluta da criança e adolescente.

Do ponto de vista infantil, a licença-maternidade proporciona um ambiente de cuidado essencial para o seu desenvolvimento inicial. O suporte durante os primeiros meses de vida é

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: 15 ago. 2024.

⁷ BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: 187º da Independência e 120º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

⁸ CUNHA, Camila Fonseca da. **O direito à licença-maternidade da mãe não-gestante em união homoafetiva e os papéis de gênero**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2024, p. 15.

crucial para a formação de vínculos afetivos e para o desenvolvimento físico, cognitivo e emocional adequado da criança.

É nesse sentido a lição do psicanalista e psiquiatra austro-americano René Spitz, professor da Universidade de Denver, no Colorado, que, em sua obra “O primeiro ano de vida”, menciona a presença da mãe, mediante pequenas ações e gestos, como fator indispensável ao estímulo ao bebê: “As influências formativas que se originam no ambiente (isto é, na mãe) são dirigidas a essa totalidade viva, receptiva e em desenvolvimento.”⁹.

A licença prolongada permite um período mais adequado para a recuperação física e emocional das mães, além de contribuir para a redução do estresse e da depressão pós-parto. O direito à licença-maternidade garante que as mulheres possam se recuperar adequadamente após o parto e iniciar a jornada de cuidados com seu recém-nascido.

Entretanto, há um contrassenso, pois muitas empresas evitam contratar mulheres devido à possibilidade de gravidez e a consequente necessidade de licença-maternidade. Mesmo que a legislação trabalhista proíba a discriminação por motivo de sexo ou gravidez (Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, artigo 373-A)¹⁰, a prática ainda persiste, limitando as oportunidades de emprego e desenvolvimento de carreira para mulheres. Destaca-se que essa discriminação estrutural reflete a desigualdade de gênero ainda prevalente no mercado de trabalho.

Diante de uma análise mais profunda sobre a origem da licença-maternidade, além da questão biológica, o fator ideológico foi de grande relevância para a criação do instituto, pois a relação entre gêneros está enraizada em concepções distorcidas e preconceituosas que pré-estabelecem vocações e obrigações sem levar em conta as particularidades de cada indivíduo, como dispõe Juliana Cleto:

As relações entre gêneros vêm acompanhadas de uma ideologia velada, que promove a discriminação e a separação de vocações e obrigações - cria-se o indivíduo para que este atue de forma preestabelecida por construções sociais, assim como se esperam dele atitudes condizentes com o seu gênero¹¹.

⁹ SPITZ, René Arpad. **O primeiro ano de vida**. Tradução de Erothildes Millan Barros da Rocha. São Paulo: Martins Fontes, 1979, p. 91.

¹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹¹ CLETO, Juliana. A licença maternidade como representação de uma ideologia velada: a divisão de tarefas por gênero e o dever de cuidado parental. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 58, n. 89, p. 37-48, jan./jun. 2014. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_89/juliana_cleto.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.



De forma diversa, violando a isonomia entre homens e mulheres, a legislação brasileira prevê prazo insignificante para a licença paternidade, o que significa reconhecer como menos importante a atuação do homem como pai.

Conforme o artigo 7, XIX, da CRFB¹² a definição do prazo da licença paternidade foi delegada para lei ordinária, que não foi editada até a presente data. Enquanto não sobrevém a disciplina legal, o prazo será de cinco dias, de acordo com o art. 10, §1º, do ADCT¹³.

Após, o art. 1º, II, da Lei nº 11.770/08¹⁴, com a redação dada pela Lei nº 13.257/2016¹⁵, possibilitou a prorrogação da licença para 20 dias, mas apenas para empresa participante do Programa Empresa Cidadã.

Esta realidade legislativa traz algumas consequências sociais e reforça a construção cultural dos papéis de gênero estabelecidos pelo patriarcado. A advogada Camila da Cunha¹⁶ traz alguns exemplos, como a imposição do dever das atividades domésticas e de cuidado dos filhos às mulheres, em uma dupla jornada de trabalho; o afastamento compulsório das mulheres das atividades formais laborais; maiores índices de desemprego, abandono de emprego e menores salários às mulheres, em comparação com os homens. Isso porque, existe uma estigmatização imposta pelo mercado de trabalho de que as funcionárias não terão disponibilidade e comprometimento à longo prazo com o trabalho profissional.

De forma acertada, a sociedade deve buscar mecanismos para proteger a gestação e a infância. Todavia, o cuidado da criança não deve ser imposto apenas às mulheres, pelo contrário, a presença de todas as figuras parentais – não importando o modelo familiar – são de extrema relevância para o desenvolvimento da criança em formação.

Assim, Terezinha Richartz afirma que, “com a referida desigualdade de período entre a licença-maternidade e a licença do genitor, observa-se a intenção de determinar que a genitora

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: 15 ago. 2024.

¹³ BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct. Acesso em: 20 nov. 2024.

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: 187º da Independência e 120º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância. Brasília, DF: 195º da Independência e 128º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 21 de nov. 2024.

¹⁶ CUNHA, Camila Fonseca da. **O direito à licença-maternidade da mãe não-gestante em união homoafetiva e os papéis de gênero**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2024, p. 29/30.

seja a única responsável pelos cuidados de sua prole no início de sua vida, tornando o pai um mero contribuidor do sustento da criança”¹⁷.

Nesse sentido, apesar dos avanços, a integração de políticas públicas que contemplem a licença-paternidade e as necessidades de conciliação entre trabalho e vida familiar continuam a ser um campo fértil para novas reformas.

2. AS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES E A CONCESSÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE NESTE CENÁRIO

Nas últimas décadas, as configurações familiares passaram por profundas transformações, refletindo mudanças sociais, culturais e legais significativas. Esse cenário impacta diretamente a legislação trabalhista e, em particular, a concessão de benefícios como a licença-maternidade.

Em sede doutrinária, o Eminentíssimo Ministro Edson Fachin assevera que a Constituição incorporou uma concepção plural de família, cuja consagração deve orientar a exegese de todo o Direito Civil e de toda a legislação infraconstitucional que impacta aspectos relacionados às relações familiares. *In verbis*:

[...] a Constituição Federal de 1988 impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista herdada do Século XIX, em especial do Código Napoleônico, migrando para uma concepção em que se privilegiam a subjetividade, o desenvolvimento humano e a dignidade da pessoa concretamente considerada, em suas relações interpessoais. É por isso que cabe enfatizar a concepção plural de família presente na Constituição, apta a orientar a melhor exegese do novo Código Civil brasileiro¹⁸.

No mesmo sentido, é o magistério de Gustavo Tepedino e Ana Carolina Brochardo Teixeira:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos¹⁹.

¹⁷ RICHARTZ, Terezinha et. al. Licença-maternidade e licença-paternidade: a persistência do patriarcado na legislação brasileira. **Brazilian Journal of Development**. Curitiba, v.9, n.1, p. 2103-2104, jan. 2023.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17-18.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 2.



As novas configurações familiares representam uma diversidade de arranjos que se afastam do modelo tradicional, como as monoparentais, homoafetivas, reconstituídas, extensas e por adoção.

No Brasil, até o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas pelo STF na ADI 4.277/DF e na ADPF 132/RJ²⁰, os homossexuais não podiam constituir formalmente uma família, o que representava uma verdadeira marginalização dos direitos homoafetivos. Depois de muita luta, o STF reconheceu a qualidade de entidade familiar das uniões homoafetivas. Essa decisão está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, já que cada um pode exercer livremente sua liberdade, bem como partilhar sua vida com outras pessoas²¹.

Há uma evidente discrepância entre a legislação vigente e as necessidades das novas configurações familiares. Em regra, a jurisprudência brasileira é favorável à extensão dos direitos concedidos a casais heterossexuais aos homoafetivos. Porém, não há uma lei expressa que assegure tal interpretação normativa, de modo que as decisões precisam se pautar no princípio da igualdade e em analogias a outras leis vigentes para resolver as situações levadas ao judiciário. Nesse cenário, a concessão da licença-maternidade e paternidade ainda não refletem completamente essa diversidade.

Diante de omissão legislativa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido da extensão da licença-maternidade a genitores em casos não expressamente previstos na legislação. Por exemplo, a Egrégia Corte declarou a inconstitucionalidade da fixação de prazos distintos de duração deste benefício para genitoras adotivas e biológicas, no julgamento do RE 778.889²².

Da mesma forma, no julgamento do RE 1.348.854²³, o Plenário do Supremo reconheceu ao servidor público do sexo masculino solteiro que adote uma criança, o direito à licença-maternidade.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132**. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico [...]. Relator: Min. Ayres Britto, 05 de maio de 2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20132%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 22 ago. 2024.

²¹ PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 22 ago. 2024.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 778889/PE**. Direito constitucional. Recurso extraordinário. Repercussão geral [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352981/false>. Acesso em: 22 ago. 2024.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 1348854/SP**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Servidor público federal [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de maio de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur471193/false>. Acesso em: 22 ago. 2024.

Recentemente, no RE 842.844²⁴, o Plenário da Corte afirmou que também deve ser garantido o direito à licença-maternidade e à estabilidade provisória às servidoras públicas detentoras de cargos comissionados, visto que este direito tem como objetivo fundamental o interesse da criança e da mulher.

Casais do mesmo sexo, especialmente aqueles compostos por duas mulheres, enfrentam dificuldades em garantir direitos iguais de licença-maternidade. A legislação atual não prevê de maneira explícita a concessão de licença-maternidade para ambas as mães em casos de adoção ou em situações em que uma das parceiras não seja a mãe biológica. Logo, a extensão da licença-maternidade para casais do mesmo sexo, onde ambas as mães ou pais devem ter o direito de cuidar do recém-nascido, é uma questão que ainda demanda maior atenção.

No sentido da igualdade entre as mulheres, enquanto gênero, Tullius Marcus Fiuza Lima defende ser inaceitável a concessão de licença-parternidade para a mãe não gestante, que compõe um casal homoafetivo do sexo feminino, isso porque:

Em respeito à personalidade e à dignidade da mulher, mostra-se inaceitável a concessão da licença-paternidade para a mãe não gestante, desconsiderando as particularidades psíquicas e culturais próprias do gênero, sobretudo no caso em que duas mães, compondo um casal homoafetivo do sexo feminino, pretendem exercer conjuntamente o direito à maternidade. O princípio da igualdade, em toas as dimensões, veda discriminações entre pessoas que merecem idêntico tratamento, isto é, entre duas mulheres, impedindo que o Judiciário, ao interpretar a norma constitucional, dê tratamento distinto a quem a lei, e também a natureza, definiu iguais.²⁵

Nesse contexto, o reconhecimento pessoal representa uma dimensão da dignidade da pessoa humana. O Professor Daniel Sarmento menciona que:

É possível extrair do princípio da dignidade da pessoa humana um direito fundamental ao reconhecimento, que também tem fortes conexões com a igualdade e com a solidariedade. Trata-se de um direito ‘ao igual respeito da identidade pessoal’. Ele não apenas veda as políticas públicas e práticas sociais que estigmatizam as pessoas por conta das suas identidades, como também impõe que o Estado interfira sobre as relações sociais, buscando eliminar as valorações negativas conferidas pela cultura hegemônica a certos grupos.²⁶

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 842844/SC**. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Constitucional. Administrativo. Servidora gestante [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de outubro de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur492484/false>. Acesso em: 22 ago. 2024.

²⁵ LIMA, Tullius Marcus Fiuza. O direito à licença-maternidade para casais homoafetivos femininos. p. 473-489. In: **Direito Econômico e Desenvolvimento**. Entre a prática e a academia. Coordenador: Cláudio Xavier Seefelder Filho. Belo Horizonte: Fórum. 2023.

²⁶ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana** - conteúdo, trajetórias e metodologia. Rio de Janeiro: Fórum, 2016, p. 334.



Assim sendo, o Ministro Edson Fachin²⁷ argumenta que a cultura hegemônica pressupõe que um casal deva consistir em integrantes com papéis masculinos e femininos, inclusive quando formado por pessoas do mesmo gênero. Portanto, é imperativo romper com essa visão binária, especialmente no contexto das uniões homoafetivas, compostas por dois homens ou duas mulheres.

No caso do Recurso Extraordinário 1.211.446²⁸, em que estão presentes duas mães, ao sugerir que uma delas terá direito à licença-paternidade, causaria uma reprodução do discurso da cultura hegemônica e, assim, a negligenciar a identidade das mulheres que desempenham o papel de mães, não de pais, em uniões homoafetivas.

Para asseverar este entendimento, a advogada Camila da Cunha afirma:

Privar a mãe de seu direito de gozo da licença-maternidade pelo fato de não ter gestado seu filho, é estabelecer tratamento discriminatório em função da origem da filiação, o que é constitucionalmente vedado pelo art. 227, §6, da CRFB/88. Ademais, atribuir-lhe uma licença-paternidade não encontra previsão legal, correspondendo a uma analogia *in malam partem*, a traduzir tratamento discricionário em função da origem da filiação.²⁹

É imperativo que o direito à licença seja ampliado e flexibilizado, permitindo que pais e mães, independentemente de seu gênero, orientação sexual ou composição familiar, possam usufruir de um tempo adequado para se dedicarem aos primeiros meses de vida de seus filhos.

Dessa forma, o Ministro Luiz Fux³⁰ afirma que a resposta do Judiciário deve ser equilibrada e com duplo efeito: i) na proteção da criança, que não escolhe a família em que irá nascer; ii) proteção da mãe não gestante em união homoafetiva, escanteada por uma legislação omissa e preconceituosa.

Diante das novas configurações familiares e a fim de garantir a maior participação dos pais na criação de seus filhos, desde o seu nascimento, favorecendo o fortalecimento dos

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 1211446/SP**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Constitucional. Administrativo. Licença-maternidade [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de março de 2024, p. virtual 121. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201211446%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 22 ago. 2024.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ CUNHA, Camila Fonseca da. **O direito à licença-maternidade da mãe não-gestante em união homoafetiva e os papéis de gênero**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2024, p. 53/54.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 1211446/SP**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Constitucional. Administrativo. Licença-maternidade [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de março de 2024, p. virtual 33. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201211446%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 22 ago. 2024.

vínculos de afetividade e interação entre os familiares, diversos países vêm consolidando a concessão da licença-parental, que surgiu como meio de equalizar essa situação.

3. ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.211.446/SP E A PROPOSTA DA LICENÇA PARENTAL

No caso em análise, a interessada é servidora pública, mãe não gestante, em união estável homoafetiva, cuja gestação decorreu de procedimento de inseminação artificial heteróloga³¹. A companheira é trabalhadora autônoma, sem filiação a qualquer regime de previdência e sem direito ao benefício da licença-maternidade. Diante disso, a funcionária pública deu entrada no pedido administrativo de licença gestante, o que foi negado sob a justificativa de ausência de amparo legal.

Na origem, a servidora ajuizou ação de concessão de licença gestante em face do Município de São Bernardo do Campo/SP. A sentença julgou procedente o pedido, reconhecendo o direito ao benefício da licença-maternidade, mediante remuneração, pelo período de 180 dias. O Tribunal *a quo* manteve a decisão, tendo em vista a maximização dos direitos fundamentais no âmbito familiar, tanto para as mães quanto para as crianças.

O RE 1211446³² foi interposto pelo Município de São Bernardo do Campo/SP contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, alegando que a interpretação extensiva atribuída ao direito à licença-maternidade contraria o princípio da legalidade administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB), pois não haveria autorização legal para a concessão da licença na hipótese. Argumenta ainda que o direito ao afastamento remunerado do trabalho é exclusivo da mãe gestante, que necessita de um período de recuperação após as alterações físicas decorrentes da gestação e do parto.

No julgamento do referido RE, o STF fixou a seguinte Tese³³ – Tema 1072: “a mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença-

³¹ A reprodução assistida heteróloga é aquela na qual um dos doadores de gameta ou ambos é estranho ao casal que está se submetendo a técnica. No caso analisado, por meio da técnica da fertilização *in vitro*, os óvulos da mãe não gestante foram fecundados, resultando na gravidez da companheira.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 1211446/SP**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Constitucional. Administrativo. Licença-maternidade [...]. Relator: Min. Luiz 13 de março de 2024, p. virtual 121. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201211446%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 22 ago. 2024.

³³ *Ibid.*



maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, fará jus à licença pelo período equivalente ao da licença-paternidade”.

Com a repercussão geral, o Ministro Relator reconheceu que é necessário ampliar o entendimento também para funcionárias do setor privado. Assim, o entendimento da Corte vai valer tanto para servidoras públicas quanto trabalhadoras que têm o contrato regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O voto do Min. Relator Luiz Fux traçou algumas bases teóricas, como a concepção plural de família da Constituição Federal, o direito fundamental a licença-maternidade e a coexistência dos princípios de proteção à maternidade e da supremacia do interesse público. Diante disso, ele entende que a licença-maternidade é uma proteção constitucional que tem efeitos para a mãe e para a criança, e que deve ser garantida independentemente da origem da filiação e da configuração familiar. Declarou que: “em uma sociedade democrática, a realidade da multidiversidade familiar e todos os seus desdobramentos têm que ser reconhecidos”³⁴.

De acordo com o Ministro, as mães não gestantes, "apesar de não vivenciarem alterações típicas da gravidez, arcam com todos os demais papéis e tarefas que lhe incumbem após a formação do vínculo familiar"³⁵.

O mesmo Ministro entendeu pela impossibilidade de concessão de dupla licença-maternidade ao mesmo núcleo familiar em virtude da mesma criança, devendo a uma delas ser concedida a licença-maternidade e à outra a licença-paternidade.

Acompanhando posicionamento do relator, ministro André Mendonça propôs tese considerando o livre planejamento familiar: “1. É legítima a concessão da licença a uma das mães, gestante ou não gestante. 2. Em razão do livre planejamento familiar é exclusiva às mães a decisão de quem deve usufruir da licença-maternidade e quem deve usufruir da licença-paternidade.”³⁶

Por outro lado, o ministro Alexandre de Moraes abriu divergência ao entender que é necessário conceder duas licenças maternidade em união homoafetiva de mulheres. Afirma que não é possível escolher apenas uma mãe para aplicar a licença-paternidade, sob o argumento de que: “[...] o INSS ficará sobrecarregado. Primeiro, são poucos casos, e, segundo, nós estamos,

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 1211446/SP**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Constitucional. Administrativo. Licença-maternidade [...]. Relator: Min. Luiz 13 de março de 2024, p. virtual 121. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201211446%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 22 ago. 2024.

ao adotar esse posicionamento, querendo replicar o modelo tradicional de casamento - homem e mulher - para união estável homoafetiva - mulher e mulher.”³⁷ Portanto, vota pela previsão da licença adotante dupla, de 120 dias para cada.

O entendimento foi acompanhado pela ministra Carmén Lúcia e o ministro Dias Toffoli, o qual enfatizou enfatizando que não cabe ao Estado dizer quem faria o papel de mãe e quem faria o papel de pai.

De acordo com a advogada Camila da Cunha³⁸, “os argumentos trazidos no Acórdão em comento, quando comparados com a conclusão e a redação da tese firmada, relevam, um esforço para autocontenção da Corte Constitucional”. Conclui que a busca por proporcionalidade gerou uma interpretação forçada, de modo a encaixar a composição da família homoafetiva no padrão heterocisnormativo, o que reforça discriminatórios papéis de gênero.

Em verdade, a decisão do STF representa um passo importante na garantia dos direitos das famílias homoafetivas. No entanto, é necessário ir além e questionar a distinção de direitos com base no sexo biológico, propondo medidas que reconheçam e valorizem todas as formas de parentalidade.

Como forma de solucionar os diversos casos que ainda chegarão ao judiciário sobre o tema das licenças nos arranjos familiares existentes atualmente, destaca-se a licença parental ou compartilhada, a qual se configura como um período que pode ser dividido entre os progenitores ou adotantes de comum acordo. Tal licença pode ser uma maneira de abarcar a diversidade e a pluralidade de famílias que já existem e que venham a existir. Pode, ainda, ser uma maneira de desafogar o Judiciário, uma vez que estas pessoas decidiriam entre si como dividir a licença e não buscariam este Poder.

Em relação a possibilidade jurídica da unificação da licença maternidade e paternidade, entende-se que, considerando o ordenamento jurídico atual, é possível a transformação da licença-paternidade e maternidade em uma licença única, desde que observados certos requisitos. De acordo com Silva Adriana: “De início, é intuitivo que uma reforma dessa natureza deve ser operada por meio de Emenda à Constituição, visto que licença-maternidade e paternidade são matérias formalmente constitucionais.”³⁹

³⁷ *Ibid.*

³⁸ CUNHA, Camila Fonseca da. **O direito à licença-maternidade da mãe não-gestante em união homoafetiva e os papéis de gênero**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2024, p. 53/54.

³⁹ SILVA, Adriana Vasconcelos de Paula e. Licença-maternidade e a busca da igualdade de gênero no ambiente de trabalho = Maternity license and the seek for gender equality in the work enviroment. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 84, n. 4, p. 225-246, out./dez. 2018.



A criação de uma licença sem distinção de gênero diminui a discriminação de arranjos familiares não tradicionais, como o analisado. Não será mais necessário identificar um indivíduo como “pai” e um como “mãe”; o benefício será destinado à família enquanto unidade.

Já existe um Projeto de Lei nº 1974/2021⁴⁰ propondo uma licença parental remunerada de 180 dias às mães, pais e a todas as pessoas em vínculo socioafetivo para os cuidados necessários com a chegada de um bebê, criança ou adolescente em grupos familiares, dos deputados Sâmia Bomfim (PSOL-SP) e Glauber Braga (PSOL-RJ).

Também existe o Projeto de Lei nº 3.773/2023⁴¹, que prevê a equiparação da licença-maternidade à licença-paternidade. A proposta foi aprovada pela Comissão de Direitos Humanos (CDH) e agora segue para votação na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

Na justificação do projeto, o Senador Jorge Kauru afirma:

A desarrazoada quantidade de famílias monoparentais hoje existentes, melhor se diria, “monomaternais”, pois são sustentadas e cuidadas exclusivamente pelas mães, podem indicar a falta de responsabilização dos homens sobre seus filhos. E, sem a regulamentação da licença-paternidade, é como se nós, parlamentares, estivéssemos tacitamente secundando esse tipo de atitude⁴².

Portanto, o instituto da licença-parental é um modelo mais adequado para a finalidade da igualdade de gênero. Os países nórdicos, a exemplo da Suécia, passaram a adotar a licença-parental como solução para o problema mencionado, erigindo um novo paradigma no contexto da evolução dos direitos trabalhistas da mulher.

Contudo, a simples reforma legislativa é insuficiente para concretizar este objetivo, porque a mudança precisa surgir socioculturalmente, sendo a Lei um mero indutor de comportamento.

Nesse sentido, não basta conceder um período maior de licença se não houver incentivo para que os homens usufruam dessa licença. Cabe mencionar o movimento feminista

⁴⁰ BRASIL. **Projeto de Lei nº 1974/2021**. Câmara dos Deputados. Dispõe sobre o instituto da Parentalidade em todo Território Nacional e altera as Leis 5.452, de 1º de Maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), 8112/1990 (Regime Jurídico dos Servidores), 8212/1991 (Lei Orgânica da Seguridade Social), 8213/1991 (Regime Geral da Previdência Social) e 11770/2008 (Empresa Cidadã). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2019141&filename=PL%201974/2021. Acesso em: 24 ago. 2024.

⁴¹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.773/2023**. Senado Federal. Dispõe sobre a Licença-paternidade, nos termos do art. 7º, inciso XIX, da Constituição Federal, cria o salário parentalidade, permite a permuta entre pais e mães dos períodos de licença-paternidade e de licença-maternidade e altera o Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis Trabalhistas), a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991 (Seguridade Social), a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991 (Planos de Benefícios da Previdência Social), e a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008 (Programa Empresa Cidadã). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9426279&disposition=inline>. Acesso em: 24 ago. 2024.

⁴² *Ibid.*

que atua na mudança da mentalidade do grupo social. Ademais, seria preciso a criação de políticas públicas voltadas para essa mudança estrutural.

CONCLUSÃO

Com base nas premissas gerais apresentadas, apesar dos avanços, ainda se observa que os benefícios da licença-maternidade e paternidade refletem uma visão tradicional e excludente da família, o que perpetua desigualdades nas responsabilidades parentais. Embora haja normas que prevejam a corresponsabilidade, a disparidade persiste e dificulta a igualdade de gênero.

Portanto, para que haja equilíbrio na relação, é fundamental que pais e mães compartilhem de maneira igual a responsabilidade pelo cuidado das crianças, tendo em vista que ambos possuem a mesma capacidade para desempenhar esta função.

Do mesmo modo, ao inserir a figura paterna nos cuidados familiares, as políticas públicas favorecem o fortalecimento dos laços afetivos, promove amor e aproxima o pai do processo de desenvolvimento da criança, em vez de mantê-lo em um papel secundário.

Ademais, com o reconhecimento dos novos modelos familiares, torna-se ainda mais essencial a adaptação dos benefícios oferecidos, tornando-os mais flexíveis para atender ao melhor interesse da criança, a fim de garantir que seu desenvolvimento não seja prejudicado em razão da configuração familiar em que se encontra.

Assim, a presente obra verificou que, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.211.446/SP, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito da mãe não gestante de usufruir da licença-maternidade, visto que não há fundamento constitucional para tratar de forma desigual a mãe gestante da não gestante, diante da vedação a discriminação pela origem da filiação. Todavia, a decisão restringiu a concessão do benefício a uma das mães e entendeu que a outra teria direito a um período equivalente ao da licença-paternidade.

Nesse contexto, é essencial adotar uma visão pluralista da família, que acolha os mais variados modelos familiares e reconheça como entidade familiar qualquer vínculo baseado na afetividade, independentemente de sua estrutura. Assim, o Direito deve garantir a liberdade de escolha na formação da família, sem privilegiar determinados formatos em detrimento de outros, uma vez que proteger a família é assegurar a dignidade plena do ser humano.

Isto posto, a proposta de uma licença parental que respeite as diferentes configurações familiares, independentemente de gênero ou orientação sexual, é apresentada como a solução mais adequada para promover a igualdade e o bem-estar infantil. Além disso, possibilita uma



inclusão mais ampla dos casais homoafetivos nas políticas públicas, evitando qualquer forma de segregação baseada em estereótipos de gênero.

A implementação de uma licença parental, reconhecida pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), poderia garantir um desenvolvimento mais equilibrado para as crianças, permitindo que tanto pais quanto mães assumam papéis ativos na educação e cuidado, o que, por sua vez, fortalece vínculos familiares e contribui para a equidade nas responsabilidades.

A regulamentação desse benefício no Brasil é compatível com os princípios constitucionais da dignidade humana, isonomia e o melhor interesse da criança, representando um passo crucial para modernizar as políticas de licença parental e atender às necessidades das novas configurações familiares.

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 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção a maternidade. Artigo IV, item 8, da Convenção 103/1952 da OIT: “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF: 187º da Independência e 120º da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974**. Inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social. Brasília, DF: 153º da Independência e 86º da República. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6136-7-novembro-1974-357013-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 ago. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei 3.773/2023**. Senado Federal. Dispõe sobre a Licença-paternidade, nos termos do art. 7º, inciso XIX, da Constituição Federal, cria o salário parentalidade, permite a permuta entre pais e mães dos períodos de licença-paternidade e de licença-maternidade e altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis Trabalhistas), a Lei nº

8.212, de 24 de julho de 1991 (Seguridade Social), a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991 (Planos de Benefícios da Previdência Social), e a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008 (Programa Empresa Cidadã). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9426279&disposition=inline>. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 778889/PE**. Direito constitucional. Recurso extraordinário. Repercussão geral [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 de março de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352981/false>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 1348854/SP**. Recurso extraordinário com repercussão geral. Servidor público federal [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 de maio de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur471193/false>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 842844/SC**. Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Constitucional. Administrativo. Servidora gestante [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 05 de outubro de 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur492484/false>. Acesso em: 22 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário RE 1211446/SP**. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Constitucional. Administrativo. Licença-maternidade [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 13 de março de 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%201211446%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 22 ago. 2024.

CLETO, Juliana. A licença maternidade como representação de uma ideologia velada: a divisão de tarefas por gênero e o dever de cuidado parental. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 58, n. 89, jan./jun. 2014. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_89/juliana_cleto.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

CUNHA, Camila Fonseca da. **O direito à licença-maternidade da mãe não-gestante em união homoafetiva e os papéis de gênero**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIMA, Tulus Marcus Fiuza. O direito à licença-maternidade para casais homoafetivos femininos. In: **Direito Econômico e Desenvolvimento**. Entre a prática e a academia. Coordenador: Cláudio Xavier Seefelder Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

PANDOLFO, Jonatha Rafael. Novas perspectivas das licenças maternidade e paternidade a partir da homoparentalidade. **Revista da ABET**, João Pessoa, v. 16, n. 2, jul./dez. 2017.



Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/abet/article/view/37797>. Acesso em: 22 ago. 2024.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana** - conteúdo, trajetórias e metodologia. Rio de Janeiro: Fórum, 2016.

SILVA, Adriana Vasconcelos de Paula e. Licença-maternidade e a busca da igualdade de gênero no ambiente de trabalho = Maternity license and the seek for gender equality in the work enviroment. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 84, n. 4, out./dez. 2018.

SPITZ, René Arpad. **O primeiro ano de vida**. Tradução de Erothildes Millan Barros da Rocha. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo. **Fundamentos do Direito Civil - Direito de Família**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

WINNICOTT, Donald Wood. **Human Nature**. London: Free Association Books, 1988. Tradução: Natureza humana. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA NO PROCESSO PENAL

Vitória Rezende da Silveira Varella

Graduada em Direito pela UCP. Advogada.

Resumo: O presente artigo trata do reconhecimento como meio de prova no processo penal. Primeiro, é importante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro se pauta no sistema acusatório e, usa dos meios de prova para fundamentar suas decisões. Um dos meios de prova utilizado é o reconhecimento de pessoas e coisas, que tem previsão legal no art. 226 do Código de Processo Penal. O objetivo do reconhecimento de pessoas e coisas, é auxiliar na busca da verdade na investigação preliminar ou na fase processual, sendo este um ato eminentemente formal que detém três fases, no entanto este procedimento formal não é observado na prática. O tema se mostra relevante, porque gera através da seletividade penal e do racismo estrutural fundamentos ilícitos a prisão cautelar e a condenação.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Reconhecimento. Meios de Prova. Seletividade Penal. Racismo Estrutural. Devido Processo Legal.

Sumário: Introdução. 1. A compreensão da prova no processo penal, sob o viés do sistema acusatório. 2. Reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova e seu procedimento. 3. Fragilidade do reconhecimento como meio de prova e a seletividade penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro adota o sistema acusatório, no qual as decisões judiciais devem ser fundamentadas em provas obtidas de maneira lícita e respeitando garantias processuais. Um dos meios de prova previstos, especialmente na fase de investigação preliminar, é o reconhecimento de pessoas e coisas, regulado pelo art. 226 do Código de Processo Penal. Trata-se de um procedimento formal que, frequentemente, não é observado na prática, o que gera debates na jurisprudência acerca de sua validade. Em razão da evolução epistemológica mais garantista no Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem-se defendido que a inobservância desse procedimento deve ser tratada como causa de nulidade, nos termos do art. 564, IV, do Código de Processo Penal. Essa perspectiva busca garantir a observância dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988.

Diante disso, as falhas no reconhecimento de pessoas e coisas tornam-se preocupantes, sobretudo quando inseridas no contexto da seletividade penal, que reflete o racismo estrutural presente no sistema de justiça brasileiro. Reconhecimentos equivocados, muitas vezes baseados



em falsas memórias, têm o potencial de levar à condenação de inocentes, com impactos severos nos direitos fundamentais. O presente artigo tem como objetivo geral analisar a fragilidade do reconhecimento de pessoas como meio de prova, enquanto os objetivos específicos incluem demonstrar a influência do racismo estrutural e da seletividade penal nos erros de reconhecimento, bem como explorar os fatores que tornam o procedimento falho, como a influência de falsas memórias.

Além disso, busca-se discutir como o contexto social brasileiro, pautado no "etiquetamento" de determinadas pessoas com base em características físicas e socioeconômicas, contribui para erros judiciais. Nesse sentido, o estudo fundamenta-se na teoria do etiquetamento, que explica como certas condutas e pessoas são rotuladas como criminosas, em especial indivíduos de baixa renda e características afrodescendentes, reforçando a estigmatização de grupos vulneráveis e a aplicação desigual da lei.

O artigo está estruturado em três capítulos principais. O primeiro capítulo, intitulado a compreensão da prova no processo penal, sob o viés do sistema acusatório, aborda os fundamentos do sistema acusatório e a relevância das provas para a formação do convencimento judicial, destacando a necessidade de respeito às garantias constitucionais no processo penal. O segundo capítulo, reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova e seu procedimento, analisa o procedimento estabelecido no art. 226 do Código de Processo Penal, suas formalidades e a importância de sua correta aplicação para a obtenção de uma prova confiável. Já o terceiro capítulo, fragilidade do reconhecimento como meio de prova e a seletividade penal, discute os erros frequentes no reconhecimento de pessoas e coisas, suas causas e as consequências para o sistema de justiça, com destaque para a influência do racismo estrutural e das falsas memórias.

A metodologia empregada no presente trabalho é de natureza qualitativa, baseada em pesquisa bibliográfica e documental. A análise considera doutrinas jurídicas, jurisprudências e estudos sobre seletividade penal, racismo estrutural e falsas memórias, além de dados estatísticos que refletem a realidade do sistema de justiça penal brasileiro. Essa abordagem permite uma análise crítica e interdisciplinar sobre o tema, relacionando aspectos jurídicos e sociais com a aplicação prática do direito.

Portanto, o artigo busca evidenciar as fragilidades do reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova, considerando seu impacto nos direitos fundamentais e no contexto da seletividade penal no Brasil. A análise proposta é essencial para compreender os desafios enfrentados pelo sistema de justiça e promover uma aplicação mais justa e igualitária do direito penal.

1. A COMPREENSÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL, SOB O VIÉS DO SISTEMA ACUSATÓRIO

O conceito e a função da prova no processo penal são importantes para melhor compreensão do tema reconhecimento fotográfico. Trata-se de um instrumento usado para reconstituição aproximada dos fatos previamente ocorridos, para que o juiz melhor exerça o seu crivo de julgamento e que este esteja embasado em elementos fáticos e concretos, assim, minimizando a possibilidade de um julgamento errôneo.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior¹, afirma que:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual do judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença.

Portanto, a prova produzida é do processo e tem como destinatário o juiz, isso porque o juiz ao julgar usará a verdade processual, ou seja, aquela que melhor se assemelha a verdade dos fatos com a maior coincidência possível, mas que não necessariamente é a verdade real. A busca da verdade real no processo penal não é possível, devendo assim, o julgador se pautar na verdade processual para proferir sua decisão.

Deste modo, as provas produzidas no processo sobre o crivo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, se diferem dos atos de investigação produzidos durante o inquérito policial. Com relação as provas produzidas no inquérito policial, estes são chamados pela doutrina de atos de investigação.

A denúncia ou queixa-crime necessita de elementos de convicção para ser proposta pelo Ministério Público ou pelo particular. Por conseguinte, os atos de investigação vão embasar o inquérito policial, o que ensejará a justa causa para deflagrar a ação penal, que será analisado pelo juiz no momento do recebimento ou não da ação e apenas neste momento o juiz poderá usar estes elementos produzidos em sede inquisitiva, administrativa e pré-processual como meio de justificativa, isso porque tais atos de investigação não podem ser usados para embasar eventual condenação do acusado, salvo as provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas que são exceção ao princípio do contraditório e da ampla defesa e são consequentemente passíveis de valoração pelo magistrado.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior², afirma que:

¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 352.

² *Ibid*, p.156.



É inviável pretender transferir para o inquérito policial a estrutura dialética do processo e suas garantias plenas, da mesma forma que não se pode tolerar uma condenação baseada em um procedimento sem as mínimas garantias. Como equacionar o problema? Valorando adequadamente os atos do inquérito policial e, nas situações excepcionais, em que a repetição em juízo seja impossível, transferindo-se a estrutura dialética do processo à fase pré-processual através do incidente de produção antecipada de provas.

No entanto, é importante destacar que as provas produzidas no inquérito policial além de serem capazes de deflagrar a ação penal, estas também são aptas a fundamentarem medidas cautelares.

No que tange as provas irrepetíveis, cautelares e antecipadas estas dizem respeito a provas que devem ser colhidas no momento em que são descobertas, sob pena de perecimento, tem como exemplo, as provas técnicas realizadas pelos peritos.

A prova será trazida ao processo de formas distintas a depender do sistema em ir ser aplicada. Isto porque no sistema inquisitorial o julgador tem dialética instrutória, podendo assim, investigar, acusar e julgar, o que evidencia a falta de paridade de armas para com a defesa. Já no sistema acusatório o juiz apenas se limita a função de julgar, isso porque há clara divisão entre acusação, defesa e julgador.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima³:

O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação de funções de acusar, defender e julgar.

Contudo, a classificação correta para o processo penal brasileiro é neoinquisitorial. Neste sentido, Aury Lopes Jr.⁴:

Classificamos de neoinquisitorial, pois é uma inquisição reformada, na medida em que, ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório, etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria uma noção de superação do modelo anterior, o que não é de todo verdade.

Em síntese, no Brasil, apesar da Constituição das República Federativa de 1988 no seu bojo ter consagrado diversas garantias do processo acusatório, o Código Penal de 1941 é pautado no modelo inquisitivo, assim grande parte da doutrina classifica o sistema brasileiro

³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p.39.

⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p.357.

como neoinquisitorial, um exemplo disto é a disposição sobre prevenção como causa de fixação de competência.

2. RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS COMO MEIO DE PROVA E SEU PROCEDIMENTO

O conceito de reconhecimento para o direito brasileiro se pauta na verificação, na confirmação que se dá através de recordações empíricas. Portanto, aplica recordações passadas ao presente momento para identificar pessoas e coisas e transformar esta percepção em um meio de prova.

Fernando da Costa Tourinho Filho⁵ define o reconhecimento como:

Ato por que se faz a verificação e confirmação da identidade de pessoa ou coisa. No reconhecimento há a fusão de uma percepção presente com outra pretérita. A pessoa que procede ao reconhecimento faz uma evocação à reminiscência e procura ver a semelhança entre aquela figura guardada na memória e aquela que lhe é apresentada.

Como mencionado acima, existem duas espécies de reconhecimento, o de pessoas e o de coisas. No que tange ao reconhecimento de pessoas, conforme previsão legal deve ser realizado de forma visual e presencial para assim, se obter a identificação do suspeito de ter praticado o ato delitivo em questionamento.

O procedimento do reconhecimento de pessoas, quando feito de forma presencial deve seguir as determinações legais para se mostrar idôneo e imparcial. Assim, deve o suspeito ser colocado, se possível, ao lado de pessoas com características físicas semelhantes as suas. Quando o reconhecimento presencial não for possível, poderá ser realizado por meio do uso de fotografias. Contudo, este último sofre grandes críticas doutrinárias, por não haver previsão legal para tal.

Em relação ao reconhecimento de coisas, ocorre quando existem objetos que podem ter sido utilizados na prática criminosa e também de acordo com previsão legal deve ser realizado de forma visual e presencial.

O instituto em questão tem natureza jurídica de meio de prova. O reconhecimento de pessoas e coisas se tornou meio independente de prova e passou a ter previsão expressa no

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.670.



ordenamento jurídico com o Código de Processo Penal de 1941⁶. Contudo, a origem do instituto se deu em razão da evolução da prova testemunhal.

Nesse sentido, Mariângela Tomé Lopes⁷:

Houve grande evolução nos estudos processuais para se chegar à conclusão de que se trata de meio de prova independente da prova testemunhal, tendo em vista características muito específicas que apresenta este meio de prova.

Em relação a modalidade de prova que se insere o reconhecimento de coisas e de pessoas, trata-se de um meio de prova repetível, ou seja, é possível realizar a sua colheita novamente em juízo, sem que acarrete prejuízo ou sem que haja perecimento. Contudo, parte da doutrina, capitaneada por Mariângela Tomé Lopes⁸, entende que com o decurso do tempo e condições que possam vir a interferir na memória, um segundo momento do reconhecimento se tornaria ineficaz e sem valor, fixando assim, o entendimento de que o reconhecimento de pessoas e coisas deve se dar apenas na fase pré-processual.

Sem embargo, existem dois momentos para se proceder ao reconhecimento, podendo este ocorrer na fase pré-processual ou na fase processual. Caso o ato realizado na fase pré-processual está condicionado a ser repetido na fase processual, em razão da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Todavia, em razão das falsas memórias tornarem o reconhecimento uma prova influenciável pelo decurso do tempo, caso este seja realizado na fase pré-processual, recebera o tratamento de prova antecipada, observando as devidas formalidades legais.

Isso porque, o ato do reconhecimento, depende da presença de certos sujeitos para o cumprimento das formalidades do ato, quais sejam: a presença do juiz, da acusação, da defesa que são os chamados sujeitos processuais. Quanto aos sujeitos do reconhecimento, são estes: sujeito ativo, sujeito passivo e sujeitos de comparação.

O sujeito ativo, é a pessoa que vai reconhecer o agente. Geralmente, é a vítima da conduta criminosa, uma testemunha ou, em situações excepcionais, um corréu. Porém, é importante destacar, que o Código de Processo Penal não tem previsão taxativa acerca do rol no que tange ao sujeito ativo do reconhecimento.

⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o 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: 10 jul. 2024.

⁷ LOPES, Mariângela Tomé. **O Reconhecimento como Meio de Prova: Necessidade de reformulação do direito brasileiro**. São Paulo: 2011. Tese de Doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p 30.

⁸ *Ibid.*

Ainda quanto o sujeito ativo, caso quem proceda ao reconhecimento seja uma testemunha, esta deve prestar compromisso de dizer a verdade, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho. Entretanto, caso trate-se de um corréu, a este não se estende tal compromisso para com a verdade, em razão da amplitude de defesa.

O sujeito passivo do reconhecimento de pessoas, geralmente é o investigado, mas nada impede de se realizar o reconhecimento de uma testemunha ou uma vítima. Por fim, o sujeito de comparação, é aquele que colocado juntamente com o investigado e que tem características físicas parecidas com o mesmo, para que torne tal procedimento idôneo e imparcial.

Determinados os sujeitos, é importante observar as fases do reconhecimento de pessoas dispostas no art. 226 e seguintes do Código de Processo Penal⁹, quais sejam: descrição das características física da pessoa a ser reconhecida, disposição da pessoa a ser reconhecida ao lado de outras que com ela tiverem semelhanças físicas, indicação da coisa ou da pessoa a ser reconhecida e por fim, será lavrado o auto de reconhecimento.

Na primeira fase do reconhecimento, é de suma importância que esta seja realizada de forma contemporânea aos fatos, em razão do decurso do tempo, influenciar o reconhecimento através de falsas memórias. A segunda fase, trata apenas de uma recomendação do Código, no sentido de colocar o sujeito passivo ao lado de pessoas que tenham características físicas semelhantes, não indicando nem o número mínimo de pessoas. No que tange a terceira fase, ou seja, o momento em que o sujeito passivo fará a indicação do sujeito passivo, é importante destacar que não há obrigatoriedade de tal indicação, devendo assim, ser instruído pelas autoridades policiais, para que o faça apenas caso haja certeza.

Por fim, com a indicação do sujeito passivo, será elaborado um auto pormenorizado do procedimento com a transição e a documentação do ato. É importante, destacar que esta peça instrutória é de suma importância para apuração de falhas no procedimento.

Caso posteriormente, seja apurado inobservância de forma, poderá o juiz determinar que esta prova seja repetida na fase processual. Portanto, apensar do reconhecimento de coisas e de pessoas ser tratado pela doutrina como uma prova irrepetível em razão das falsas memórias que ocorrem devido ao decurso do tempo, na prática trata-se de uma prova repetível, onde haverá a confirmação em juízo, para assim, adquirir status legal de prova, o que de certa forma coaduna com nosso ordenamento jurídico, em observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o 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: 10 jul. 2024.



No que se refere ao reconhecimento fotográfico, este é um meio de reconhecimento não presencial, e apenas visual e, é corriqueiramente usado como diligência policial, apesar de não ter previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, este apenas é aceito em razão do princípio da liberdade da prova, conforme disposto no art. 369 do Código de Processo Penal¹⁰. Este tipo de reconhecimento, é classificado pela doutrina como prova inominada e sofre duras críticas, porque entende-se que esta deveria ser apenas ato preparatório do reconhecimento pessoal e ainda, não detém inexistência na percepção capaz de distinguir detalhes.

Outro ponto que negativo que deve ser destacado de reconhecimento fotográfico é a atualização das fotografias usadas para fins de reconhecimento, que podem estar totalmente em desacordo com a realidade atual. Em relação a percepção da imagem fotográfico ainda, ressalta Aury Lopes Jr.¹¹ que “existe a formação de uma imagem mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora”, este é o chamado “efeito compromisso”.

Porém, apesar das críticas ao reconhecimento fotográfico, os Tribunais Superiores brasileiros à admitem, desde que observadas as formalidades legais, previstas no art. 226 do Código de Processo Penal¹². Caso não sejam observadas as formalidades legais, assim como no reconhecimento pessoal estas poderão ser sanadas na fase processual, adquirindo assim status legal de prova, em razão dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da independência formal entre o inquérito policial e o processo penal.

Contudo, o posicionamento atual adotado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores sofreu uma virada epistemológica, no sentido de que o art. 226 do Código de Processo Penal ao tratar do reconhecimento pessoal como meio de prova, não é apenas uma recomendação, pois é trado como uma garantia mínima do acusado. Nesse sentido, HC 598.886¹³.

Ainda se ressalta por fim, que para a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça ainda que o reconhecimento de pessoas e coisas seja realizado observando todas as

¹⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o 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: 10 jul. 2024.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 502.

¹² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o 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: 10 jul. 2024.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)**. Habeas Corpus. Roubo Majorado. Reconhecimento Fotográfico de pessoa realizado na fase do Inquérito Policial. Inobservância do Procedimento previsto no art. 226 do CPP [...]. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 18 de dezembro de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1996943&num_registro=202001796823&data=20201218&formato=PDF. Acesso em 1 jul. 2024.



formalidades legais impostas pela lei, este terá valor probatório relativo. Nesse sentido, HC 712.781¹⁴.

3. FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA E SELETIVIDADE PENAL

De início, cumpre destacar que o reconhecimento é um procedimento realizado através das memórias de uma pessoa que está ligada de alguma forma aos fatos objeto do inquérito policial. Contudo, ressalta-se que o ser humano é propenso a erros que podem ser desencadeados devido a eventos traumáticos, como por exemplo, quando testemunham determinado crime. Portanto, o reconhecimento como meio de prova é um recurso cognitivo que depende da flexibilidade da memória do sujeito que a vivenciou.

A prova obtida através do reconhecimento é elemento de suma importância para o processo penal, pois através deste se possibilita a apuração no que concerne à autoria do crime. Entretanto, em razão da memória ser passível de falhas que podem surgir de falsas memórias, mentiras ou esquecimentos momentâneos, pode-se comprometer o procedimento e, tal equívoco acarretar consequências irreparáveis ao sujeito identificado como o possível autor do delito. Além disso, é imperativo destacar que as memórias podem sofrer dois tipos de distorção, pois existem as falsas memórias espontâneas e falsas memórias por implantação externa. As falsas memórias espontâneas são aquelas em que o próprio sujeito as distorce em razão de autossugestões, ou seja, sabe o que de fato foi vivenciado, mas não tem mais disponível em seu âmago as informações completas, devido a novas informações inseridas por ela mesma. Já as falsas memórias contaminadas por implantação externa, o sujeito é colocado em situações que sofre sugestões deliberadas ou acidentais e anexa esta nova informação ao fato vivenciado.

Isto posto, é necessário se ater ao procedimento disposto em lei, como por exemplo, somente ser procedente no caso de haver duas testemunhas que identifiquem o possível acusado, sem que uma influencie na descrição e no reconhecimento da outra, ou seja, desde que cheguem a mesma conclusão de forma independente. Assim, caso haja apenas uma testemunha

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus nº 712.781 - RJ (2021/0397952-8)**. Habeas Corpus. Roubo Majorado e Corrupção de Menores. Reconhecimento Fotográfico de pessoa realizado na fase do Inquérito Policial. Inobservância do Procedimento previsto no art. 226 do CPP. Prova Inválida como fundamento para a condenação. Absolvição que se mostra devida [...]. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz, 28 de março de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=148227668®istro_numero=202103979528&peticao_numero=&publicacao_data=20220322&formato=PDF. Acesso em: 1 jul. 2024.



apta a realizar o reconhecimento e o sujeito a ser reconhecido negar os fatos, deve-se considerá-lo inocente, em razão a maleabilidade das falsas memórias, da mentira e de eventuais esquecimentos, priorizando a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Ainda no que tange a maleabilidade das falsas memórias, esta pode acarretar prisões, condenações e absolvições injustas. No Brasil, ainda há um fator que deve ser considerado como de extrema importância nos reconhecimentos fotográficos que é o racismo estrutural, isto porque o preconceito arraigado em nossa sociedade contamina o reconhecimento de pessoas sendo este na prática comumente racista, o que apenas reforça como se mostra imprescindível observar o procedimento previsto no Código de Processo Penal, pois só assim, haverá paridade no procedimento.

É evidente que em razão do racismo estrutural, muitos cidadãos passem por constrangimentos em sede policial, em razão desde ciclo de discriminação sistemática. As vítimas à margem da lei geralmente são pessoas negras, com baixa escolaridade, de características físicas afrodescendentes, como cabelos crespos e afro, que tem suas identificações realizadas por meio de fotos desatualizadas retiradas de redes sociais e colocadas em “álbuns de suspeitos”. A identificação para seguir determinado padrão, ainda usa como critério o local de residência do suspeito que geralmente é de regiões periféricas.

Portanto, em razão do ordenamento jurídico brasileiro admitir variações do reconhecimento como meio de prova e o mais comum e adotado na praxe forense ser o reconhecimento fotográfico que apenas é viável diante do princípio da liberdade de prova previsto no art. 369 do Código de Processo Penal¹⁵, permitindo assim, que tal procedimento ainda que não previsto na legislação brasileira seja trazido ao processo penal, desde que observadas as formalidades implícitas ao reconhecimento de pessoas e coisas. Salienta-se que tal procedimento deve ser realizado com extrema cautela devido a fatores sociais de discriminação sistemática, falsas memórias e influências externas da sociedade que se pautam na seletividade penal. Logo, destaca-se que o procedimento realizado na prática apenas motiva a manutenção da segregação social.

A seletividade penal se mostra evidente através do viés da teoria do etiquetamento social¹⁶. Tal teoria da criminologia surge nos EUA e na Europa em 1970 e se pauta na visão sociológica do interacionismo simbólico, ou seja, ela estuda a visão dos órgãos de controle

¹⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o 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: 10 jul. 2024.

¹⁶ BECKER, Howard. **Ousiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

estatal como Tribunal, Ministério Público e polícia em oposição a aqueles que são “etiquetados” de criminosos. Logo, fica evidente a perspectiva de que os órgãos competentes para exercer o controle estatal e prezar pela segurança da sociedade como um todo, consideram determinadas pessoas criminosas, apenas por estas se encontrarem em certas condições ou deterem certas características física e principalmente de cor.

A abordagem da teoria do etiquetamento, ainda contribui para determinar o que se compreende como crime e como este deve ser punido, isto porque determinados crimes só serão praticados por classes mais altas de alto padrão social, o que neste viés ensejará em condenações muitas vezes não compatíveis com o prejuízo/comportamento realizado. Enquanto, condutas consideradas menos reprováveis em termos de prejuízo, terão sanções mais drásticas, apenas por serem realizadas na maioria das vezes, por pessoas de classes menos favorecidas.

O etiquetamento destas pessoas que às impõe o estigma de criminoso, ainda inflaciona o cometimento de crimes ao invés de reduzi-lo, pois tal fenômeno decorrente da seletividade de criminosos e da discriminação sistemática, realça as cifras negras como negativas e os coloca em posições desfavoráveis perante a sociedade, consequentemente no mercado de trabalho, o que reflete de forma direta em seu poder econômico, sendo este um ciclo vicioso. Assim, conclui-se que a teoria do etiquetamento foi de suma importância em seu tempo, para evidenciar a seletividade penal e contribuir para a evolução da criminologia, e que esta evidenciou um problema experimentado pela sociedade da época nos EUA e na Europa, mas que ainda é um problema social global.

No Brasil, na prática ainda vemos a aplicação da teoria do etiquetamento que é evidenciada pela seletividade penal e carcerária, onde se detém 852.010 presos e cerca de 69,1% são de negros, de acordo com dados de 2023 divulgados no Anuário Brasileiro de Segurança Pública¹⁷. Estes dados, revelam de forma abrupta que a consciência coletiva brasileira, associa o negro a criminoso.

Ainda no que tange ao encarceramento em massa, é importante salientar que é dever do Estado promover condições dignas ao cumprimento de pena, pois o objetivo é a ressocialização do indivíduo. Contudo, tendo em vista que a grande massa carcerária é formada por pessoas marginalizadas pela sociedade, por conta da seletividade penal e do racismo, as condições reais dos presídios brasileiros são de estado de coisa inconstitucional, o que apenas contribui para a manutenção do status *quo* destes indivíduos.

¹⁷ ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: ano 18, 2024. Disponível em: <https://apidSPACE.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/1d896734-f7da-46a7-9b23-906b6df3e11b/content>. Acesso em: 1 jul. 2024.



O estigma racial produz definição negativa ao significado de negro. Tal estigma mostra que através dados empíricos que em nenhum momento da história a representação racial ocorreu de forma diversa, sendo sempre estes a maior parte da população carcerária, demonstrando que o processo penal tem cor e de forma precedente, o inquérito policial também.

Tal associação gerada pela discriminação sistemática, influencia as falsas memória no que tange ao procedimento do reconhecimento de pessoas, pois o reconhecimento será precedido de preconceitos gerados pelo ciclo de discriminação sistemática. Em razão desta construção histórica, no que concerne ao racismo, ainda se chega a um dos tópicos mais graves do processo penal que é o erro judiciário.

O erro judiciário gerado pelo reconhecimento de pessoas, acarreta a prisão de diversos inocentes. Contudo, estes erros de alto impacto social, em sua maioria não são levados em consideração, pois, geralmente ocorrem com pessoas marginalizadas pela sociedade e por isso, são tratados com descaso.

Contudo, é possível se utilizar de determinados mecanismo para melhor utilização da memória no processo penal que devem ser observadas pela autoridade policial ou judiciária no momento de sua abordagem. Desta forma, percebe-se que determinadas condutas realizadas no momento da abordagem para o reconhecimento de pessoas, podem sim, influenciar a criação de falsas memórias.

Nesse sentido, Gustavo Noronha de Ávila¹⁸:

As dez falhas mais comuns dos entrevistadores forenses foram listadas a seguir: 1) não explicar o propósito da entrevista; 2) não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista; 3) não estabelecer rapport (a empatia com o entrevistado); 4) não solicitar o relato livre; 5) basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas¹⁹; 6) fazer perguntas sugestivas/confirmatórias; 7) não acompanhar o que a testemunha recém disse; 8) não permitir pausas; 9) interromper a testemunha, quando ela está falando; e 10) não fazer o fechamento da entrevista²⁰.

Diante do exposto, destaca-se a importância de seguir o procedimento legal disposto no Código de Processo Penal. Além disso, deve-se tratar a testemunha com dignidade e decoro,

¹⁸ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 138.

¹⁹ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). Falsas memórias. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 220). apud ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 138

²⁰ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). Falsas memórias. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 211. apud ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p. 138

explicando de forma pormenorizada as etapas do procedimento e, principalmente, o impacto de seu reconhecimento na vida desta pessoa a ser identificada.

Portanto, o procedimento do reconhecimento de pessoas e coisas deve ser realizado de forma rígida no que tange as imposições legais, haja vista esta ser considerada uma prova irrepetível, que pode gerar de imediato a prisão preventiva do acusado a depender do fato que está sendo acusado e de forma mais gravosa ainda, pode ensejar a condenação de um inocente gerado por um erro cometido por inobservância de parâmetros legais em sede de inquérito policial. Por fim, ainda é importante destacar que é dever do magistrado fundamentar suas decisões de forma contundente através dos elementos de prova trazidos ao processo, não podendo pautar suas decisões tão somente em elementos de informações colhidos em fase pré-processual, conforme entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça que reforça a virada epistemológica de interpretação do art. 226 do Código de Processo Penal²¹.

CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe à tona o tema do reconhecimento de pessoas e coisas, como meio de prova no processo penal. Contudo, o viés abordado se pauta na problemática da inobservância dos procedimentos legais do reconhecimento de pessoas e coisas disposto no Código de Processo Penal, que tem como objetivo auxiliar na busca da verdade real na investigação preliminar ou na fase processual, mas que na maioria das vezes em razão da discriminação sistemática da sociedade, se pauta unicamente na seletividade penal.

Assim, para uma melhor compreensão da crítica a ser abordada, ao longo do primeiro capítulo buscou-se demonstrar o que se entende como prova no processo penal brasileiro e como esta é usada no sistema acusatório. No que tange, as provas produzidas em sede de inquérito policial e mais especificamente em relação ao reconhecimento de pessoas, está é feita em sede policial e é apta a deflagrar a ação penal e fundamentar medidas cautelares, como por exemplo, a prisão preventiva do acusado, o que demonstra mais uma vez a imperatividade do procedimento legal.

O reconhecimento de pessoas e coisas utilizado como meio de prova, se pauta basicamente na confirmação de situações passadas e que irá ser aplicada ao presente momento para identificar determinada coisa ou pessoa que foi utilizada ou cometeu conduta definida como

²¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o 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: 10 jul. 2024.



crime, transformando esta percepção empírica em meio de prova. Porém, o que se mostra inquestionável é que em razão das garantias constitucionais, processuais penais e da virada epistemológica do Superior Tribunal de Justiça, a inobservância do procedimento acarretará nulidade do reconhecimento, tratando assim, o procedimento legal apto a ensejar o reconhecimento pessoal como garantia mínima do acusado.

Ainda no que tange a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, é imperativo destacar que esta foi alargada, atribuindo valor probatório negativo ao reconhecimento de pessoas e coisas, ainda que este seja realizado observando todas as formalidades legais. Este tipo de posicionamento do Tribunal, demonstra maior cuidado para com as decisões judiciais, devendo a condenação não ser pautada apenas em elementos informativos obtidos em fase de inquérito policial/pré-processual, ainda que se trate de prova irrepetível.

Concatenado a isto, temos a fragilidade do reconhecimento como meio de prova, em detrimento da seletividade penal. Posto que a memória detém certa maleabilidade podendo sofrer com influências internas, externas, temporais ou sociais, revela-se cada vez mais imprescindível a observância do procedimento legal no reconhecimento de pessoas e coisas, pois somente assim, prisões, condenações e absolvições injustas poderão ser combatidas.

Todavia, no Brasil devido a fatores sociais de discriminação sistemática que se impõe aos afrodescendentes, o procedimento deve ser realizado com extrema cautela e legalidade, em razão da seletividade penal que impõe ao negro o estigma de criminoso. A segregação social que se dá em detrimento da seletividade penal é bem explicada pela teoria do etiquetamento, desenvolvida na visão da sociologia do interacionismo simbólico nos EUA e na Europa nos anos de 1970, que basicamente demonstra como os órgãos de controle estatal entendem que determinada parcela da sociedade deve ser considerada criminosa, seja por suas características físicas ou condições financeiras e que a conduta por eles praticada deve ser enquadrada como criminosa.

A comprovação de que a teoria do etiquetamento ainda se mostra atual pode ser constatada através de dados empíricos da população carcerária brasileira, que detém 69,1% de negros, o que apenas reforça a consciência coletiva racista da sociedade. A discriminação sistemática e inconsciente é observável ao longo da história e influência de forma direta nas falsas memórias utilizadas no reconhecimento de pessoas contaminado por preconceitos do ciclo de dissimilação sistemática, o que pode ocasionar erros judiciários e assim, prisões e condenações de pessoas inocentes, que na maioria das vezes não terão suas prisões e condenações reanalisadas por serem pessoas à margem da sociedade, com baixa escolaridade e estigmatizadas de criminosas em razão de sua cor. Portanto, o equívoco ocasionado em razão



de falsas memórias, pode acarretar consequências irreparáveis ao sujeito identificado como o possível autor do delito.

Contudo, o erro judiciário cometido em razão de reconhecimento de pessoas influenciado por falsas memórias e preconceitos intrínsecos à sociedade, em razão de ser cometido majoritariamente contra a população marginalizada e nomeada de criminosa, não tem grande repercussão e são tratados com descaso. Este tipo de comportamento estático diante de erro crassos é outro elemento que reforça a seletividade penal.

Por fim, conclui-se que a fim de evitar a discriminação sistemática no que tange ao reconhecimento de pessoas e coisas, deve-se observar de forma categórica o procedimento legal disposto no Código de Processo Penal. Além disso, se mostra imperativo ao procedimento o respeito ao decorro, ao tratamento digno e aos princípios constitucionais que orientam como um todo o ordenamento jurídico, pois somente através de um tratamento isonômico e despido de preconceitos podemos chegar a soluções jurídicas justas e que melhor se aproximam da verdade real dos fatos que é almejado pelo processo penal.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: ano 18, 2024. Disponível em: <https://apidspace.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/1d896734-f7da-46a7-9b23-906b6df3e11b/content>. Acesso em: 1 jul. 2024.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

BECKER, Howard. **Ousiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal, 8 ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Acesso em 1 jul. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o 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 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma. Data de julgamento: 27 de outubro de 2020.



Data de Publicação: 18 de dezembro de 2020. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1996943&num_registro=202001796823&data=20201218&formato=PDF. Acesso em 1 jul. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 712.781 - RJ (2021/0397952-8)**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. 6ª Turma. Data de Julgamento: 15 de março de 2022. Data de Publicação: 28 de março de 2022. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=148227668®istro_numero=202103979528&peticao_numero=&publicacao_data=20220322&formato=PDF. Acesso em: 1 jul. 2024.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). Falsas memórias. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 220). apud ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

KALED JUNIOR, Salad H. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**, 2ª ed. Editora Casa do Direito, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Execução Penal Volume Único**. 2º ed. Editora Juspodivm, 2023.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES, Mariângela Tomé. **O Reconhecimento como Meio de Prova: Necessidade de reformulação do direito brasileiro**. São Paulo: 2011. Tese de Doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 20ª ed. Editora Saraiva Jur, 2023.

MATIDA, Janaína. **Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência**. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Editora IBRASPP, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 6ª ed. Editora Forense, 2023.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**, 4ª ed. revista e atualizada, São Paulo, Atlas, 2012.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas**. Editora Artmed, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

VESTINDO A JUSTIÇA: OS DESAFIOS DO CONTROLE NORMATIVO DAS VESTIMENTAS PELOS MAGISTRADOS E SEU IMPACTO NO ACESSO À JUSTIÇA

Yanka Basile Catão.

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Advogada.

Resumo: a moda, mais do que apenas um conjunto de roupas e acessórios, reflete características sociais e individuais, revelando aspectos históricos, sociais e culturais. Nesse contexto, o uso dos chamados "trajes forenses" exemplifica a reprodução de padrões estabelecidos. No entanto, a regulamentação sobre vestimentas varia entre Tribunais e juízes, resultando em normas amplas e, por vezes, abusivas. O artigo examina as normas reguladoras criadas por magistrados sobre as vestimentas dos jurisdicionados, analisando os limites da interferência dos juízes. Ademais, propõe uma análise crítica das expressões genéricas como "decoro" e "dignidade da Justiça" e investiga como essas regras influenciam o acesso ao Judiciário e suas motivações subjacentes.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Princípio do Acesso à Justiça. Normas reguladoras

Súário: Introdução. 1. A linguagem adotada nas regulamentações sobre a indumentário de acesso aos tribunais 2. O impacto das normas de vestimenta no acesso ao Poder Judiciário 3. As regras de vestimenta como forma de dominação, exclusão social e manutenção do poder simbólico. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda as normas reguladoras editadas por magistrados sobre as vestimentas dos jurisdicionados para ingresso em ambientes judiciais, buscando analisar quais são os limites da interferência dos juízes no que tange às roupas dos indivíduos e de que forma essas regras refletem no acesso ao Poder Judiciário.

A moda é um sistema que acompanha o ato de se vestir e o tempo. Através dela podemos identificar diversas características sobre uma pessoa ou uma sociedade: período histórico, classe social, local em que se vive, clima, ideais políticos, entre outros, de forma que constitui um contexto muito maior do que apenas roupas e acessórios, envolvendo também costumes, comportamentos e questões sociais, que variam no tempo e na sociedade. Assim, a moda vai muito além do simples vestuário, sendo reflexo da sociedade e da personalidade do próprio indivíduo.

Nesse sentido, a moda funciona, ainda, como uma forma de reprodução de padrões já aceitos. É o caso do uso dos chamados "trajes forenses" nos ambientes judiciais. No entanto, o tema carece de uma regulamentação ampla e uniforme, ficando a cargo de cada Tribunal de Justiça e dos magistrados editar as normas acerca de como as pessoas poderão ingressar nesses ambientes.



Com efeito, não são raras as notícias de abuso cometidos pelos juízes ao regularem as vestimentas dos jurisdicionados e advogados. Além disso, são comuns portarias que versam sobre o tema adotarem expressões genéricas como “trajes que não firam o decoro ou a dignidade da Justiça”, ou ainda, trazerem proibições como blusas que mostrem os ombros, calças colantes, etc. Assim, é necessário discutir se essas regras tão amplas e discricionárias afetam o acesso ao Judiciário.

Desta forma, inicia-se o primeiro capítulo pela análise da linguagem utilizada nas normas reguladoras, analisando de que forma devem ser interpretadas expressões genéricas como “decoro” e “dignidade da Justiça”. Em seguida, apresenta-se o segundo capítulo que demonstra de que maneira as regras adotadas influenciam no acesso ao Judiciário. Por fim, o terceiro capítulo busca entender a real motivação por trás das regras, discutindo acerca de formas de dominação e manutenção do poder e de que forma isso se aplica ao tema do presente trabalho.

O artigo adota o método hipotético-dedutivo, que consiste em selecionar um conjunto de proposições hipotéticas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-las ou refutá-las por meio de argumentação. Nesse sentido, a abordagem deste estudo é predominantemente qualitativa, fazendo uso da bibliografia relevante ao tema proposto. A análise é embasada principalmente em legislação e doutrina, visando sustentar a tese apresentada.

1. A LINGUAGEM ADOTADA NAS REGULAMENTAÇÕES SOBRE A INDUMENTÁRIA DE ACESSO AOS TRIBUNAIS

A Constituição Federal atribui ao Estado o monopólio da Justiça e estabelece os órgãos responsáveis pela prestação jurisdicional. Além disso assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país, como direito fundamental, o direito de acesso ao Judiciário, conforme disposto no art. 5º, XXXV¹. Para Pedro Lenza², o acesso ao Judiciário é um mecanismo constitucional essencial por meio do qual a população busca a efetivação de seus direitos, exigindo uma atuação que seja transparente, legítima e pública, de acordo com os princípios da democracia solidária.

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: 08 ago. 2024

² LENZA, Pedro (coord). **Direito Constitucional**. Coleção Esquematizado. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. p. 1234.

Nesse contexto, um dos aspectos do livre acesso à Justiça é concretizado pela efetiva entrada dos indivíduos nos fóruns e demais ambientes judiciais, o que está sujeito à determinadas regras de vestimenta. Ocorre que tais diretrizes não são homogêneas em todo território nacional, ficando a cargo de cada Tribunal de Justiça e seus magistrados, no exercício do seu poder de polícia e de acordo com a sua discricionariedade, editar regulamentos que disponham sobre essa questão.

É muito comum que essas regulamentações adotem uma linguagem pouco específica, valendo-se de expressões carregadas de conceitos indeterminados e genéricos, como “trajes inadequados” ou que respeitem o “decoro e asseio”. Nesse sentido, a Ordem de Serviço nº 11/99 do Supremo Tribunal Federal, estabelece no artigo 16 que: “Não são permitidos, a qualquer título, o ingresso e a permanência nas dependências do Tribunal de pessoas com trajes em desacordo com o cerimonial, a formalidade e o caráter solene da Corte, ou que sejam atentatórios ao decoro.”³ Da mesma forma, o Ato nº 353/2018 do TST dispõe que “O acesso e a permanência nas dependências do Tribunal Superior do Trabalho serão autorizados somente às pessoas que se apresentarem com decoro e asseio, devendo ser utilizada vestimenta que observe o devido respeito ao Poder Judiciário e as disposições deste Ato.”⁴

Além do emprego das expressões genéricas acima citadas, há, ainda, proibições muito amplas e com alto grau de subjetividade, como o impedimento do ingresso de mulheres vestindo “blusas sem manga”, “calças colantes”, “blusas decotadas”, “calças jeans rasgadas” e “croppeds”. O Ato nº 353/2018 do TST traz que:

Art. 2º Não será admitida no Tribunal a entrada de pessoas:

I – do sexo feminino trajando peças sumárias, tais como shorts e suas variações, bermuda, miniblusa, blusas decotadas, minissaia, trajes de banho, trajes de ginástica, roupas com transparências, calças colantes e calças jeans rasgadas;

II – do sexo masculino trajando shorts, bermuda, camiseta sem manga, trajes de banho, trajes de ginástica e calças jeans rasgadas.

No mesmo sentido, a Instrução Normativa nº6/2024 do STJ⁵, dispõe que:

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ordem de Serviço nº 11/99**. Dispõe sobre normas relativas ao controle do acesso, circulação e permanência de pessoas nas dependências da Corte, bem como do traje compatível com o caráter formal de suas atividades. Brasília, 1999. Disponível em: <https://api-atosnormativosprd.azurewebsites.net/api/normativo/apresentacao/1496>. Acesso em: 09 ago. 2024.

⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ato Presidencial nº 353/2018**. Dispõe sobre o uso da vestimenta para acesso e permanência nas dependências do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/142229/2018_ato0353_rep01.pdf?sequence=2&isAlloved=y. Acesso em: 08 ago. 2024.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Instrução Normativa nº 6/2024**. Dispõe sobre as vestimentas do corpo funcional, grupo de estudantes, público em geral e visitantes para acesso às dependências do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2024. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/185750/Int_6_2024_GP.pdf. Acesso em: 09 ago. 2024



Art. 3º O acesso às dependências do Tribunal será vedado às pessoas que estejam usando:

I – peças sumárias, tais como shorts e suas variações, bermuda, miniblusa, minissaia ou trajes de banho e de ginástica, leggings, montaria, croppeds ou blusas que exponham a barriga, camiseta sem manga e fantasias;

II – chinelo (com tira em formato de Y que passa entre o primeiro e segundo dedo do pé e ao redor de ambos os lados do pé ou com uma tira ao redor de todos os dedos), exceto em caso de lesão no pé ou recomendação médica;

III – bonés, à exceção do corpo funcional da polícia judicial no uso do uniforme operacional

Com efeito, é importante ressaltar que frequentemente essas normas não se adequam ao contexto local, à informalidade da população ou à classe social das pessoas, sendo certo que a realidade brasileira revela que uma grande parte dos jurisdicionados é formada por pessoas que enfrentam condições de pobreza, humildade e são em grande parte semi-analfabetas. Diante de sua vida cotidiana, essas pessoas costumam vestir trajes mais informais, seguindo os costumes locais e suas limitações financeiras, praticando todos os atos da vida civil com as roupas que dispõem, de forma que acabam se dirigindo ao fórum da mesma maneira, sem a intenção de desrespeitar o sistema de Justiça.⁶

Dessa forma, é necessário ressaltar, ainda, a questão de uma cultura jurídica, elitista e erudita, que não é compartilhada pela população, mas tão somente entre os operadores do direito, já acostumados à liturgia e formalidade impostas pelo mundo jurídico. Para Luiz Felipe Matos de Souza⁷, existe até hoje uma barreira social construída pela elite judiciária para com o cidadão comum, principal destinatário da prestação jurisdicional.

Esse cenário remonta às Leis Suntuárias que continham proibições de ordem econômica, política e social e entre suas inúmeras restrições encontravam-se as que se referiam ao vestuário. De acordo com a pesquisadora Olga Bon⁸, as leis proibitivas relacionadas ao vestir possuíam três motivações principais: manter as hierarquias, privilégios e distinções sociais; impor uma moralidade que regulava o luxo de acordo com as diferentes classes; e implementar protecionismo econômico, controlando o uso de tecidos, pedras preciosas e outros materiais valiosos.

Ao que parece essa função de manutenção do poder e segregação entre elite e cidadãos

⁶ GOMES, Enéias Xavier. Trajes para ingresso nos fóruns em uma perspectiva processual. **De jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 14, jan./jun. 2010. p. 417-427

⁷ SOUZA, Luiz Felipe Mattos de. **Aristocracia judicial**: a elitização do Direito como impedimento à efetivação do acesso à Justiça. 2022. 31 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2022.

⁸ BON, Olga. A transformação do vestir: um estudo sobre leis suntuárias, moda e modernidade. **Anais do XIV Colóquio de Moda**. GT 6 Moda, cultura e historicidade. Associação Brasileira de Estudos e Pesquisas em Moda. 2018.

comuns vem sendo reforçada com as regulamentações sobre a indumentária impostas pelos magistrados. Nas palavras de Leandra Oliveira Costa “não se pode esquecer que ainda assim a medida reforça códigos de estratificação social, buscando novamente, manter o direito e a justiça como um ente superior, supremo, máximo, intocável e inacessível para alguns.”⁹

O Corregedor Nacional de Justiça Luis Felipe Salomão também critica essas determinações, apontando as consequências que tais proibições podem acarretar no acesso ao Judiciário:

A indicação de expressões demasiadamente abertas e com grau de subjetividade parecem extrapolar o que seria necessário ao poder de polícia, podendo levar a situações de impedimento ao acesso às dependências do Tribunal não previstas ou condizentes com os parâmetros normativos ditados pelo CNJ.¹⁰

Isso significa que a grande massa da população sequer tem acesso à informação de quais são os trajés adequados para acessar os ambientes judiciais, gerando um descompasso imenso entre a norma e o conhecimento popular, o que acaba trazendo muitos problemas nos fóruns, que barram a entrada de pessoas vestidas foras das normas¹¹, conforme será analisado no capítulo seguinte.

2. O IMPACTO DAS NORMAS DE VESTIMENTA NO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

As diretrizes firmadas pelos magistrados não são padronizadas e possuem diversas particularidades, fazendo com que sejam, em sua maioria, desconhecidas pela população. Ademais, impõem regras que fogem dos costumes sociais, de forma que podem, em tese, prejudicar o acesso dos jurisdicionados aos tribunais. Na prática, a análise de diversos casos noticiados pela mídia permite confirmar essa ideia.

Em Cascavel/PR, o juiz do trabalho Bento Luiz de Azambuja Moreira suspendeu uma audiência, pois uma das partes, o trabalhador rural Joanir Pereira, usava um par de chinelos. Na ocasião, o magistrado pediu que a parte se retirasse da sala de audiências, sob o argumento de

⁹ COSTA, Leandra Cristina de Oliveira. **O tribunal da moda: qual o limite da interferência do sistema judiciário na vestimenta dos operadores do Direito?** In: SILVA, Antônio Álvares da; VILELA, Daniela Rodrigues Machado; CARDOSO, Renato César (orgs.). *O futuro do Direito e do trabalho: descortinando novas possibilidades*. Belo Horizonte: Dialética. 2023. p. 259-278

¹⁰ CICCI, Luís Cláudio. Portal do Conselho Nacional de Justiça. **Norma sobre roupas no STJ preocupa Corregedoria com relação à igualdade de gênero**. Março/2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/norma-sobre-roupas-no-stj-preocupa-corregedoria-com-relacao-a-igualdade-de-genero/>. Acesso em: 09 ago. 2024

¹¹ SALGADO, Giselle Mascarelli. *Chique no judiciário: entre ritos e vestimentas para acessar o judiciário*.

Anais do VI Enadir -GT 18- Profissões jurídicas, rituais judiciais, sistema de justiça e pesquisa empírica em direito em diálogo com a antropologia. Núcleo de Antropologia do Direito, Universidade de São Paulo. 2019



que a falta de sapatos fechados “atentaria contra a dignidade do Judiciário”.¹²

Em outra oportunidade, o mesmo magistrado novamente suspendeu audiência em razão das vestes do reclamante: dessa vez a parte trajava bermudas. O juiz fundamentou sua decisão no art. 445, inciso I do CPC/73, “que confere ao juiz o poder de polícia em manter o decoro na sala de audiência”. Para ele, o traje do reclamante “não se coaduna com a realização de um ato formal dentro de uma sala de audiências do Poder Judiciário.”¹³

Na Região dos Lagos do Rio de Janeiro, em Iguaba Grande, a juíza e diretora do fórum Maíra Valéria Veiga de Oliveira determinou o uso de régua para medir o comprimento das saias das advogadas que ingressarem o local. A magistrada estabeleceu que a referida peça não poderia estar mais de cinco centímetros acima dos joelhos, fazendo com que aquelas que desconhecessem a norma perdessem audiências.¹⁴

Em Goiás, um desembargador do TRT da 18ª região se recusou a ouvir a sustentação oral de uma advogada por considerar que a roupa dela era inadequada. O desembargador Eugênio Cesário disse que a advogada “tem que estar à altura na forma e na aparência com o exercício dessa atividade”.¹⁵ Ademais, em Sergipe, uma mulher foi impedida de ingressar no fórum para participar de uma audiência de instrução por estar se vestindo “fora do padrão de compostura”.¹⁶

No mesmo sentido, em Tocantins, a Resolução nº 5/2015¹⁷ dispõe, no art. 15, VII, que é proibido o ingresso de pessoas “trajadas de modo incompatível com os bons costumes, decoro e formalidades recomendáveis ao Poder Judiciário”, enquadrando nessa categoria as roupas excessivamente curtas, desse modo compreendidas as vestimentas que estejam três centímetros acima da linha do joelho.

¹² JUIZ suspende audiência por causa de chinelo. **Migalhas**, São Paulo, 25 jun. 2007. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/40976/juiz-suspende-audiencia-por-caoa-de-chinelo?_SMSL=0060B5&s=WA. Acesso em: 08 ago. 2024.

¹³ JUIZ do Trabalho suspende audiência porque reclamante trajava bermudas. **Migalhas**, São Paulo, 28 jul. 2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/138209/juiz-do-trabalho-suspende-audiencia-porque-reclamante-trajava-bermudas>. Acesso em: 09 ago. 2024.

¹⁴ JUÍZA determina uso de régua para medir saias de advogadas em fórum no RJ; OAB faz denúncia à Corregedoria. **Portal G1**, Rio de Janeiro, 25 out. 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/regiao-dos-lagos/noticia/2019/10/25/juiza-e-denunciada-por-oba-por-determinar-uso-de-regua-para-medir-saias-de-advogadas-em-forum-no-rj.ghtml>. Acesso em: 08 ago. 2024.

¹⁵ DESEMBARGADOR se recusa a ouvir advogada por causa da roupa. **Migalhas**, São Paulo, 18 ago. 2017. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/263955/desembargador-se-recusa-a-ouvir-advogada-por-caoa-da-roupa>. Acesso em: 12 ago. 2024.

¹⁶ MANGUEIRA, Valnísia. Portal Central Única dos Trabalhadores. **Mulher é barrada em Fórum de Sergipe porque usava roupa ‘não composta’**. Sergipe. Julho/2022. Disponível em <https://se.cut.org.br/noticias/mulher-e-barrada-em-forum-de-sergipe-porque-usava-roupa-nao-composta-56f2>. Acesso em: 12 ago. 2024.

¹⁷ TOCANTINS [Estado]. Poder Judiciário do Estado de Tocantins. **Resolução nº 05/2015**. Regulamenta o acesso de pessoas nas dependências do Tribunal de Justiça, Fóruns e demais prédios do Poder Judiciário do Estado do Tocantins e estabelece sistema de segurança. Disponível em: <http://wwa.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/990>. Acesso em: 08 set. 2024.

Essa proibição resultou no impedimento de, ao menos duas mulheres, de ingressar no fórum de Palmas. O primeiro caso a repercutir na mídia foi de uma mulher que teve seu acesso ao local vetado em razão do vestido que estava usando, supostamente, estar três centímetros acima da linha do joelho, fazendo com que perdesse a audiência que teria naquele dia. Na oportunidade, o Tribunal de Justiça de Tocantins se manifestou em nota ao Portal de Notícias G1 afirmando que a resolução é baseada em lei federal e o uso de resoluções sobre esse tema também são aplicadas em outros estados. De acordo com a nota, os juízes-diretores de fóruns e demais gestores são instruídos a usar o “bom senso”.¹⁸

Já o segundo caso, também se deu em razão de violação da mesma regra. Nesse contexto, uma advogada grávida não pôde adentrar ao local pelo tamanho de seu vestido. De acordo com a advogada, uma empregada doméstica perdeu a audiência na Vara de Violência Doméstica pelo mesmo motivo. Na oportunidade, a OAB-TO manifestou sua preocupação de que tais normas possam desencorajar as mulheres a procurarem o Poder Judiciário.¹⁹

As regras acerca da forma de se vestir se estendem, hoje, também às audiências realizadas por meio de videoconferência. A Resolução nº 465/2022 do CNJ²⁰ dispõe que:

Art. 2º Nas hipóteses em que for realizada videoconferência no exercício da magistratura, em que todos ou alguns dos participantes do ato estiverem em local diverso do gabinete, da sala de audiências ou de sessões, os magistrados deverão zelar pela:

[...]

II – utilização de vestimenta adequada, como terno ou toga;

E completa:

Art. 3º Recomenda-se, ainda, que os magistrados, ao presidirem audiências:

[...]

II – zelem pela utilização de vestimenta adequada por parte dos participantes, como terno ou beca; e

[...]

§ 1º A recusa de observância das diretrizes previstas nesta Resolução pode justificar a suspensão ou adiamento da audiência, bem como a expedição, pelo magistrado, de ofício ao órgão correicional da parte que descumprir a determinação judicial.

¹⁸ MULHER é proibida de entrar em audiência por causa do tamanho do vestido: “humilhada”. **Portal G1**, Palmas, 05 abr. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/mulher-e-proibida-e-entrar-em-audiencia-de-palmas-por-caoa-de-vestido-humilhada.ghml>. Acesso em: 10 set. 2024.

¹⁹ GRILLO, Brenno. Portal Conjur **Advogada grávida é barrada em fórum do TO porque vestido foi considerado curto**. Tocantins, 12 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-12/advogada-gravida-barrada-forum-to-caoa-vestido/#:~:text=O%20livre%20acesso%20ao%20Poder,por%20caoa%20de%20seu%20vestido>. Acesso em: 10 ago. 2024

²⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 465/2022**. Institui diretrizes para a realização de videoconferências no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1215442022062362b45970cbb51.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024



Em julgamento virtual de sessão da Quarta Turma do STJ, um advogado foi convidado a se retirar pelo Ministro Luis Felipe Salomão por estar usando apenas camisa social branca e paletó, sem fazer uso da gravata, que se mostrou indispensável para a realização do feito. No mesmo sentido, o Ministro Gurgel de Faria também advertiu um advogado sobre a necessidade da gravata para fazer sustentação oral em sessão da Primeira Turma.²¹

Diante de tantos casos, fora aqueles que jamais chegaram ao conhecimento público, é possível perceber que as imposições da indumentária em nome do decoro, dignidade da Justiça e da liturgia atrapalham não só os jurisdicionados como também os próprios advogados que ficam sujeitos à arbitrariedade e subjetividade de cada magistrado.

O Ministro Reynaldo da Fonseca declarou que “a vestimenta não é ato de mera formalidade, e, sim, de respeito à instituição e ao Estado-juiz”.²² No entanto, é preciso pontuar que certa formalidade e o ambiente respeitável devem ser mantidos, mas também se faz necessário verificar até que ponto essas restrições devem ocorrer e se os trajes inadequados, de fato, prejudicam de alguma o exercício da jurisdição.

As regulamentações sobre o tema não podem funcionar meramente para proteger conceitos jurídicos indeterminados, variando de local para local, sem que os maiores interessados, os jurisdicionados e usuários do sistema, sequer tenham conhecimento de tais normas. Muito menos devem funcionar como uma forma de manutenção do poder e da elitização do Judiciário, que deve ser aberto e democrático.

Assim, a instrumentalidade do processo requer que o Estado promova o acesso à Justiça, evitando formalidades excessivas que possam impedir a realização dos objetivos da jurisdição. Restringir o livre acesso aos fóruns, exceto quando o cidadão busca desafiar o Estado, compromete a função do Poder Judiciário, uma vez que a população, principal interessada, será impedida de exercer parte de sua cidadania, afrontando diretamente um direito fundamental constitucionalmente garantido.²³

3. AS REGRAS DE VESTIMENTA COMO FORMA DE DOMINAÇÃO, EXCLUSÃO SOCIAL E MANUTENÇÃO DO PODER SIMBÓLICO

Diante das notícias trazidas no capítulo anterior, é possível perceber que as normas até

²¹ STJ: Sem gravata, advogado é gentilmente convidado a se recompor. **Migalhas**, São Paulo, 26 nov. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/355610/stj-sem-gravata-advogado-e-gentilmente-convidado-a-se-recompor>. Acesso em: 07 ago. 2024.

²² SESSÃO VIRTUAL: STJ dispensa toga e beca, mas exige terno e gravata. **Migalhas**, São Paulo, 8 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/351345/sessao-virtual-stj-dispensa-toga-e-beca-mas-exige-terno-e-gravata>. Acesso em: 05 ago. 2024.

²³ GOMES, Enéias Xavier. Trajes para ingresso nos fóruns em uma perspectiva processual. **De jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 14, jan./jun. 2010. p. 417-427

então estabelecidas interferem de maneira prejudicial no acesso das pessoas aos ambientes judiciais, uma vez que impõem regras de vestimenta que, além de não serem de domínio popular, são incompatíveis com os trajés cotidianamente usados pela maior parte da população. Tais imposições afetam principalmente os mais vulneráveis social e economicamente, gerando a preocupação de que isso crie resistência nessa classe de recorrer ao Poder Judiciário para a garantia de seus direitos.

A partir desse contexto, mostra-se pertinente o questionamento acerca do real motivo de tais determinações continuarem vigentes, já que não afetam de nenhuma forma a atuação dos operadores do Direito, no que tange à capacidade profissional, nem a participação dos jurisdicionados.

Nesse sentido, Pierre Bordieu²⁴ determina que a estrutura social é um sistema hierárquico onde os mais diversos arranjos interdependentes de poder determinam a posição social ocupada por cada grupo. O poder tem múltiplas fontes, motivo pelo qual a influência que um determinado grupo exerce sobre os demais é fruto da articulação entre elas.

Bordieu chama cada um desses poderes de capital, pois representam a capitalização de um ativo importante para se ter uma posição de destaque em determinada sociedade e contexto histórico. A distribuição desigual desses poderes consolida e reproduz a hierarquia social ao longo do tempo, de forma que a soma ou ausência desses recursos de poder determinará o lugar ocupado por grupos e indivíduos na hierárquica estrutura das sociedades e condicionará seu estilo de vida e suas oportunidades de ascensão.

Já para Michel Foucault²⁵, a construção de um discurso não se dá apenas pelos sistemas de dominação relacionados a si, mas pelo próprio poder que se procura conquistar, ou seja, o discurso não é apenas uma expressão neutra ou desinteressada de conhecimento, mas uma forma de exercer poder, moldar comportamentos e regular as relações sociais. O poder e o saber estão interligados, e o discurso é o meio pelo qual essa relação é operacionalizada.

Para o autor²⁶, o discurso jurídico é classificado como um discurso de permanência contínua no tempo, que, em vez de apenas mediar conflitos ou buscar justiça, estrutura e preserva as relações de dominação. Ele molda comportamentos, produz verdades e legitima certas hierarquias sociais, enquanto suprime a contestação e impede mudanças profundas na ordem social.

Além disso, os símbolos, ao promoverem a integração social, possibilitam uma

²⁴ BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

²⁵ FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 9 ed. São Paulo: Loyola, 2003.

²⁶ *Id.* **A verdade e as formas jurídicas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002.



compreensão compartilhada sobre o mundo, o que leva à reprodução da ordem social e da moral que a acompanha. Por isso, é possível entender a moral e a visão que uma sociedade tem de si mesma a partir dos símbolos e dos valores simbólicos que ela comunica, valoriza, celebra ou rejeita.

Isso inclui a forma como a sociedade trata suas vestimentas, seguindo os códigos que regulam os modos de se vestir, bem como a influência da moda, sendo certo que os grupos sociais possuem códigos de vestimenta que não se limitam ao que está escrito. Dessa forma, sendo o código de vestimenta um sistema simbólico de poder, se vale do subliminar e do tácito para constranger ou influenciar seus seguidores.

Com efeito, podemos transportar esses conceitos para o tema do presente trabalho, entendendo que os padrões de vestimenta impostos pelos magistrados, na verdade, funcionam como uma forma de perpetuar o poder simbólico que confere status, honra, prestígio, privilégios sociais e tratamento diferenciado. Assim, de acordo com Salgado, “a roupa no campo do direito também é uma espécie de senha para entrada em muitos ambientes. Quem decide quem pode entrar com que roupa, detém um poder ao acesso do Judiciário”.²⁷

De acordo com Diniz e Vilela²⁸, a imitação de itens de consumo relacionados à moda surge do desejo de integrar-se a um determinado grupo social e usufruir do prestígio vinculado a ele, derivado de seu estilo de vida, que é uma expressão significativa de seu poder simbólico. Por outro lado, a distinção é buscada por esses grupos de status como forma de reafirmar sua singularidade em relação aos outros grupos da sociedade.

A forma como alguém se veste nos ambientes judiciais traz consigo um simbolismo que define, como visto nos exemplos mencionados, quem possui conhecimento, quem ocupa os cargos mais altos na hierarquia do Direito e quem tem ou não acesso ao devido processo legal da maneira adequada. O poder atribuído a essas vestimentas é moldado pelas elites, e aqueles que fogem desse padrão acabam, em maior ou menor grau, enfrentando algum tipo de exclusão.²⁹

Nas palavras de Viviane Brito Yanagui:

²⁷ SALGADO, Gisele Mascarelli. Roupas e poder no campo do Direito: um estudo da sociologia jurídica sobre a roupa que se entra no judiciário. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, n. 217, ano XXV, fev. 2022. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/roupas-e-poder-sociologia-juridica/#_ftn21. Acesso em: 10 set. 2024.

²⁸ DINIZ, Ana Luiza Fernandes Pereira; VILELA, Andréa de Paula Xavier. A coroa dos oprimidos: design de moda e identidade em comunidades. **Anais do 12º Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Design**. v. 9, n. 2. São Paulo: Blucher, 2016. Disponível em: <https://www.proceedings.blucher.com.br/article-details/a-coroa-dos-oprimidos-design-de-moda-e-identidade-em-comunidades-24501>. Acesso em: 08 set. 2024.

²⁹ CORRAIDE, Marco Túlio. Trajes Forenses: uma análise da utilização de vestes jurídicas por meio da teoria de poder de discurso de Foucault. **Revista Diálogo**, Canoas, n. 45, p. 97-106, dez. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Dialogo/article/view/7599>. Acesso em: 11 set. 2024.

As vestimentas do ritual judicial inserem-se no conjunto de elementos simbólicos que servem a conferir distinção e poder aos atores responsáveis pela disputa e distribuição da justiça e ao ritual em si. Elemento que exerce influência direta nesse evento, ainda quando provoca incompreensão e até inconformidade. Por outro, a instituição Poder Judiciário percebe como fundamental a obrigação de resguardar a dignidade de si mesma diante dos justiciáveis e, para isso, exige de seu corpo funcional e dos próprios justiciáveis que se apresentem vestidos de maneira compatível com essa dignidade. Porque a dimensão estética do local da Justiça não pode ser subestimada, sob pena de se subestimar a própria efetividade dos mandamentos da instituição. É o recado que a instituição envia aos que estão sob si.³⁰

Nessa perspectiva, percebemos que a moda influencia e molda aqueles que buscam entrar no meio jurídico. Enquanto as roupas formais do ambiente forense transmitem uma impressão de autoridade, o que se percebe é a criação de um espaço onde conhecimentos fora desse âmbito não são valorizados. Isso resulta em um campo jurídico que, como uma ciência social, acaba excluindo certas populações e promovendo um ambiente crítico e segregado.

Percebe-se, por tudo o que foi exposto, que as normas acerca da indumentária nesses ambientes são impostas em nome do “decoro” e da “dignidade da Justiça”, quando na verdade é raro observar que aqueles que não seguem tais regras, sejam advogados ou partes interessadas, estejam de fato desrespeitando a etiqueta. A informalidade é frequentemente confundida com falta de decoro.

Apesar de várias mudanças nas regras jurídicas para tornar o Direito mais acessível e próximo da população, o uso de trajes formais acaba distanciando o campo jurídico das pessoas, uma vez que as roupas reforçam a ideia de que o Direito pertence a um espaço distinto, onde uma hierarquia diferente é estabelecida e onde a informalidade deve ser eliminada em todos os aspectos.

Nesse ponto, é necessário ressaltar que o que se defende aqui não é que a formalidade seja completamente abolida do âmbito jurídico, mas sim levar à reflexão do real motivo pelos quais essas regulamentações são postas, já que, na prática, dificultam o acesso das pessoas ao Poder Judiciário, devendo ser questionado até que ponto as vestimentas realmente afetam o exercício da jurisdição e se essas exigências não reforçam a exclusão social.

CONCLUSÃO

Conforme já mencionado, o presente artigo teve por objetivo analisar as regras acerca da vestimenta de ingresso aos tribunais e fóruns do país e se isso afetaria em alguma medida o

³⁰ YANAGUI, Viviane Brito. **Vestimentas da Corte: a indumentária do ritual do julgamento**. 2013. 88 f. Trabalho monográfico [Graduação em Direito] – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. p. 22.



acesso ao Poder Judiciário. Com tal finalidade, buscou-se examinar as instruções normativas sobre o tema, bem como notícias de como tais diretrizes foram aplicadas e repercutiram em casos reais, além de relacionar o assunto a conceitos da sociologia como a dominação.

Inicialmente, foram examinadas diversas regulamentações sobre o tema, buscando destrinchar a linguagem adotada, de forma que foi possível verificar o constante uso de termos vagos como "trajes inadequados" ou "decoro", além de regras arbitrárias e subjetivas como a proibição de calças colantes, blusas sem manga e roupas consideradas "inapropriadas". A partir disso, constatou-se que o direito de acesso ao Judiciário, apesar de ser garantia constitucional, fica limitado à completa discricionariedade dos magistrados que elaboram essas normas eivadas de elevado grau de abstração.

Após essa análise, buscou-se averiguar de que forma essas determinações efetivamente são aplicadas na prática. Para isso, foram relatados diversos casos em que tais diretrizes impediram o acesso dos indivíduos aos ambientes judiciais, tendo sido demonstrado que, por diversas vezes, a proibição da entrada dessas pessoas nos tribunais impossibilitou o exercício de direitos e frustrou a realização de atos como audiências. Assim, permitiu chegar à conclusão de que o acesso à Justiça enfrenta barreiras relacionadas às regras de vestimenta nos tribunais, uma vez que não levam em consideração as condições socioeconômicas da população, já que muitas pessoas, enfrentando pobreza e humildade, vestem-se de maneira simples e prática em seu dia a dia.

Por fim, procurou-se entender o real motivo dessas imposições continuarem vigentes, visto que atrapalham o pleno exercício de direitos dos jurisdicionados. Sob uma perspectiva teórica de autores como Pierre Bourdieu e Michel Foucault a explicação encontrada foi que o poder simbólico e os discursos jurídicos perpetuam as hierarquias sociais e a dominação, com as vestimentas servindo como um meio de distinção e exclusão. Dessa forma, as roupas formais do ambiente forense transmitem uma impressão de autoridade e reforçam a ideia de que o Direito é um campo separado da população comum. Embora a formalidade tenha um papel importante no Judiciário, essas normas, em muitos casos, não são essenciais e apenas agravam a distância entre o cidadão e o sistema de Justiça.

Nesse sentido, cabe ressaltar que foi verificado que as normas sobre a vestimenta em ambientes jurídicos são frequentemente justificadas em nome do 'decoro' e da 'dignidade da Justiça', mas, na verdade, a maior parte das pessoas que tem seu acesso negado não estão realmente desrespeitando a etiqueta, ou seja, a informalidade é muitas vezes confundida com falta de decoro.

Diante de todo o exposto, foi observado que essas regulamentações, ao impor um padrão elitista e distante da realidade da maioria dos cidadãos, acabam reforçando uma barreira social entre o mundo jurídico e a população. Isso gera um distanciamento, dificultando o livre acesso à Justiça para aqueles que não seguem as normas de vestimenta, mesmo que sem intenção de desrespeito. Assim, é crucial destacar que a intenção não é eliminar completamente a formalidade no âmbito jurídico, mas sim questionar sobre os verdadeiros motivos dessas regulamentações.

REFERÊNCIAS

BON, Olga. A transformação do vestir: um estudo sobre leis suntuárias, moda e modernidade. **Anais do XIV Colóquio de Moda**. GT 6 Moda, cultura e historicidade. Associação Brasileira de Estudos e Pesquisas em Moda. 2018.

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 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: 08 ago. 2024

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 465/2022**. Institui diretrizes para a realização de videoconferências no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1215442022062362b45970cbb51.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Instrução Normativa nº 6/2024**. Dispõe sobre as vestimentas do corpo funcional, grupo de estudantes, público em geral e visitantes para acesso às dependências do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 2024. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/185750/Int_6_2024_GP.pdf. Acesso em: 09 ago. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ordem de Serviço nº 11/99**. Dispõe sobre normas relativas ao controle do acesso, circulação e permanência de pessoas nas dependências da Corte, bem como do traje compatível com o caráter formal de suas atividades. Brasília, 1999. Disponível em: <https://api-atosnormativosprd.azurewebsites.net/api/normativo/apresentacao/1496>. Acesso em: 09 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Ato Presidencial nº 353/2018**. Dispõe sobre o uso da vestimenta para acesso e permanência nas dependências do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/142229/2018_ato0353_rep01.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 08 ago. 2024.



CICCI, Luís Cláudio. Portal do Conselho Nacional de Justiça. **Norma sobre roupas no STJ preocupa Corregedoria com relação à igualdade de gênero**. Março/2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/norma-sobre-roupas-no-stj-preocupa-corregedoria-com-relacao-a-igualdade-de-genero/>. Acesso em: 09 ago. 2024

CORRAIDE, Marco Túlio. Trajes Forenses: uma análise da utilização de vestes jurídicas por meio da teoria de poder de discurso de Foucault. **Revista Diálogo**, Canoas, n. 45, p. 97-106, dez. 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Dialogo/article/view/7599>. Acesso em: 11 set. 2024.

COSTA, Leandra Cristina de Oliveira. **O tribunal da moda: qual o limite da interferência do sistema judiciário na vestimenta dos operadores do Direito?** In: SILVA, Antônio Álvares da; VILELA, Daniela Rodrigues Machado; CARDOSO, Renato César (orgs.). O futuro do Direito e do trabalho: descortinando novas possibilidades. Belo Horizonte: Dialética. 2023. p. 259-278

DESEMBARGADOR se recusa a ouvir advogada por causa da roupa. **Migalhas**, São Paulo, 18 ago. 2017. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/263955/desembargador-se-recusa-a-ouvir-advogada-por-causa-da-roupa>. Acesso em: 12 ago. 2024.

DINIZ, Ana Luiza Fernandes Pereira; VILELA, Andréa de Paula Xavier. A coroa dos oprimidos: design de moda e identidade em comunidades. **Anais do 12º Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Design**. v. 9, n. 2. São Paulo: Blucher, 2016. Disponível em: <https://www.proceedings.blucher.com.br/article-details/a-coroa-dos-oprimidos-design-de-moda-e-identidade-em-comunidades-24501>. Acesso em: 08 set. 2024.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 9 ed. São Paulo: Loyola, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2002

GOMES, Enéias Xavier. Trajes para ingresso nos fóruns em uma perspectiva processual. **De jure**: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 14, jan./jun. 2010. p. 417-427

GRILLO, Brenno. Portal Conjur **Advogada grávida é barrada em fórum do TO porque vestido foi considerado curto**. Tocantins, 12 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-12/advogada-gravida-barrada-forum-to-causa-vestido/#:~:text=O%20livre%20acesso%20ao%20Poder,por%20causa%20de%20seu%20vestido>. Acesso em: 10 ago. 2024

JUIZ do Trabalho suspende audiência porque reclamante trajava bermudas. **Migalhas**, São Paulo, 28 jul. 2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/138209/juiz-do-trabalho-suspende-audiencia-porque-reclamante-trajava-bermudas>. Acesso em: 09 ago. 2024.

JUIZ suspende audiência por causa de chinelo. **Migalhas**, São Paulo, 25 jun. 2007. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/40976/juiz-suspende-audiencia-por-causa-de-chinelo?_SMSL=0060B5&s=WA. Acesso em: 08 ago. 2024.

JUÍZA determina uso de régua para medir saias de advogadas em fórum no RJ; OAB faz

denúncia à Corregedoria. **Portal G1**, Rio de Janeiro, 25 out. 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/rj/regiao-dos-lagos/noticia/2019/10/25/juiza-e-denunciada-por-oba-por-determinar-uso-de-regua-para-medir-saias-de-advogadas-em-forum-no-rj.ghml>. Acesso em: 08 ago. 2024.

LENZA, Pedro (coord). **Direito Constitucional**. Coleção Esquematizado. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

MANGUEIRA, Valnísia. Portal Central Única dos Trabalhadores. **Mulher é barrada em Fórum de Sergipe porque usava roupa ‘não composta’**. Sergipe. Julho/2022. Disponível em <https://se.cut.org.br/noticias/mulher-e-barrada-em-forum-de-sergipe-porque-usava-roupa-nao-composta-56f2>. Acesso em: 12 ago. 2024.

MULHER é proibida de entrar em audiência por causa do tamanho do vestido: “humilhada”. **Portal G1**, Palmas, 05 abr. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/mulher-e-proibida-e-entrar-em-audiencia-de-palmas-por-causa-de-vestido-humilhada.ghml>. Acesso em: 10 set. 2024.

SALGADO, Giselle Mascarelli. Roupas e poder no campo do Direito: um estudo da sociologia jurídica sobre a roupa que se entra no judiciário. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, n. 217, ano XXV, fev. 2022. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/roupas-e-poder-sociologia-juridica/#_ftn21. Acesso em: 10 set. 2024.

SALGADO, Giselle Mascarelli. Chique no judiciário: entre ritos e vestimentas para acessar o judiciário. **Anais do VI Enadir -GT 18- Profissões jurídicas, rituais judiciais, sistema de justiça e pesquisa empírica em direito em diálogo com a antropologia**. Núcleo de Antropologia do Direito, Universidade de São Paulo. 2019.

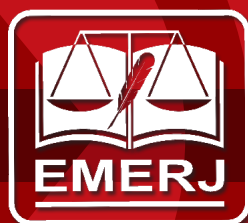
SESSÃO VIRTUAL: STJ dispensa toga e beca, mas exige terno e gravata. **Migalhas**, São Paulo, 8 set. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/351345/sessao-virtual-stj-dispensa-toga-e-beca-mas-exige-terno-e-gravata>. Acesso em: 05 ago. 2024.

SOUZA, Luiz Felipe Mattos de. **Aristocracia judicial: a elitização do Direito como impedimento à efetivação do acesso à Justiça**. 2022. 31 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2022.

STJ: Sem gravata, advogado é gentilmente convidado a se recompor. **Migalhas**, São Paulo, 26 nov. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/355610/stj-sem-gravata-advogado-e-gentilmente-convidado-a-se-recompor>. Acesso em: 07 ago. 2024.

TOCANTINS [Estado]. Poder Judiciário do Estado de Tocantins. **Resolução nº 05/2015**. Regulamenta o acesso de pessoas nas dependências do Tribunal de Justiça, Fóruns e demais prédios do Poder Judiciário do Estado do Tocantins e estabelece sistema de segurança. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/990>. Acesso em: 08 set. 2024.

YANAGUI, Viviane Brito. **Vestimentas da Corte: a indumentária do ritual do julgamento**. 2013. 88 f. Trabalho monográfico [Graduação em Direito] – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2013.



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090
www.emerj.tjrj.jus.br