DIREITO ATUAL

DEBATE E CRÍTICA



Cristina Rezende Eliezer
Carla Ribeiro Vaz de Melo
Cláudia Taís Siqueira Cagliari
Pauliana Maria Dias

EDITORA METRICS

AUTORES(AS)

Alexandra Johann Maieron
Alexandre Gonçalves Ribeiro
Álvaro Luiz Poglia
Ana Carolina da Silva Laurindo Barboza
Ana Carolina Teixeira da Silva
Ana Clara Baggio Violada
Ana Claudia da Silva Melo do Nascimento
Bruna Ferreira se Souza Bessa
Bruna Kleinkauf Machado
Bruno Grellmann Negrello
Carla Ribeiro Vaz de Melo
Caroline Fockink Ritt
Cassius Guimarães Chai
Cláudia Taís Siqueira Cagliari
Cristiane Chaves de Miranda
Dandara Oliveira Garcia
Daniel Petrocelli
Eduardo Destri Schwengber
Eduardo Ritt
Emilene Kauffmann Vieira
Fernanda Leonardo Lucindo
Fernanda Resende Severino
Gláucia Maria Pinto Vieira
Henrique Avelino Lana
Ian Haroldo Silva Miranda
Isaías Henrique Silva
João Maurício Adeodato
Jorge Luiz Lopes Merlim
Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho
José Carlos Kraemer Bortoloti
Julia Reinicke Job
Karla Cristine Ferreira Rodrigues
Kassiane Haas Tavares
Larissa de Moura Guerra Almeida
Leonardo da Rocha de Souza
Livea Farah
Lívia Copelli Copatti
Lucas Câmara de Assis
Lucas Gradanschi
Lucas Vinicios Cruz
Lucas Vinícius Dornelas Martins Guerra
Luís Miguel Afonso Gonçalves
Luis Miguel Barudi
Mara Aparecida Costa Sousa Monteiro
Márcio Soares Berclaz
Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa
Natalia Mascarenhas Simões Bentes
Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana
Rafael Kroth Andrade
Rafaella Monteiro de Barros da Silva
Raiane Saara Aparecida Silva
Raihany Ribeiro Diniz
Roberto Costa Neto
Robson Fernando Santos
Rogéria Aparecida de Souza Oliveira
Rudinéli Clemente Dick
Silvia Helena Arizio
Silvio Erasmo Souza da Silva
Tiago Rege de Oliveira
Vinicios Antonio Ranzan
Yann Dieggo Souza Timótheo de Almeida

Cristina Rezende Eliezer
Carla Ribeiro Vaz de Melo
Cláudia Taís Siqueira Cagliari
Pauliana Maria Dias
(Organizadoras)

DIREITO ATUAL
DEBATE E CRÍTICA

Coleção Discurso Jurídico

Volume 7

Editora Metrics
Santo Ângelo – Brasil
2025

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons
https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0

Capa: Editora Metrics
Revisão: Os autores

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D598 Direito atual [recurso eletrônico] : debate e crítica / organizadoras: Cristina Rezende Eliezer ... [et al.]. - Santo Ângelo : Metrics, 2025.
544 p. (Discurso jurídico; 7)

ISBN 978-65-5397-308-4
DOI 10.46550/978-65-5397-308-4

1. Direito. 2. Debate. I. Eliezer, Cristina Rezende (org.).

CDU: 34

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB 10/ 1720

Rua Antunes Ribas, 2045, Centro, Santo Ângelo, CEP 98801-630

E-mail: editora.metrics@gmail.com

https://editorametrics.com.br

Conselho Editorial

Dra. Berenice Beatriz Rossner Wbatuba	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Cláudia Taís Siqueira Cagliari	ATITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
Dra. Cristina Rezende Eliezer	PUC Minas, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Douglas Verbicaro Soares	UFRR, Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Eder John Scheid	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Fernando de Oliveira Leão	IFBA, Santo Antônio de Jesus, BA, Brasil
Dr. Glaucio Bezerra Brandão	UFRN, Natal, RN, Brasil
Dr. Gonzalo Salerno	UNCA, Catamarca, Argentina
Dra. Helena Maria Ferreira	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Henrique A. Rodrigues de Paula Lana	UNA, Belo Horizonte, MG, Brasil
Dr. Jenerton Arlan Schütz	UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil
Dr. Jorge Luis Ordelin Font	CIESS, Cidade do México, México
Dr. Luiz Augusto Passos	UFMT, Cuiabá, MT, Brasil
Dr. Manuel Becerra Ramirez	UNAM, Cidade do México, México
Dr. Marcio Doro	USJT, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Marcio Flávio Ruaro	IFPR, Palmas, PR, Brasil
Dr. Marco Antônio Franco do Amaral	IFTM, Ituiutaba, MG, Brasil
Dra. Marta Carolina Gimenez Pereira	UFBA, Salvador, BA, Brasil
Dra. Mércia Cardoso de Souza	ESEMEC, Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Milton César Gerhardt	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dr. Muriel Figueredo Franco	UZH, Zurique, Suíça
Dr. Ramon de Freitas Santos	IFTO, Araguaína, TO, Brasil
Dr. Rafael J. Pérez Miranda	UAM, Cidade do México, México
Dr. Regilson Maciel Borges	UFLA, Lavras, MG, Brasil
Dr. Ricardo Luis dos Santos	IFRS, Vacaria, RS, Brasil
Dr. Rivetla Edipo Araujo Cruz	UFPA, Belém, PA, Brasil
Dra. Rosângela Angelin	URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Salete Oro Boff	ATITUS Educação, Passo Fundo, RS, Brasil
Dra. Vanessa Rocha Ferreira	CESUPA, Belém, PA, Brasil
Dr. Vantoir Roberto Brancher	IFFAR, Santa Maria, RS, Brasil
Dra. Waldimeiry Corrêa da Silva	ULOYOLA, Sevilha, Espanha

Este livro foi avaliado e aprovado por pareceristas *ad hoc*.

SUMÁRIO

PREFÁCIO 13
Natália Mascarenhas Simões Bentes

APRESENTAÇÃO 15
Julia Reinicke Job

Capítulo 1 - A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS: ENTRE A TUTELA DE DIREITOS E A EROSÃO DA AUTONOMIA LOCAL 17
Larissa de Moura Guerra Almeida

Capítulo 2 - A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE MODERNA 29
Henrique Avelino Lana

Capítulo 3 - RUPTURAS COM A COLONIALIDADE DO SER DEFICIENTE: A EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL 41
Lucas Câmara de Assis
Gláucia Maria Pinto Vieira

Capítulo 4 - A PRISÃO APÓS JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – UMA ANÁLISE DO RE 1235340 / SC À LUZ DA RETÓRICA ERÍSTICA 53
Leonardo da Rocha de Souza
João Maurício Adeodato
Cassius Guimarães Chai

Capítulo 5 - DESIGUALDADE PROCESSUAL E DEMANDAS DE MASSA: LIMITES DA DESJUDICIALIZAÇÃO 73
Ana Clara Baggio Violada

Capítulo 6 - INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO COLETIVO 87
Alexandre Gonçalves Ribeiro

Capítulo 7 - O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE TURISMO SEXUAL: IMPLICAÇÕES LEGAIS E OS DESAFIOS PARA A SUA SUPRESSÃO 105
Kassiane Haas Tavares
Silvio Erasmo Souza da Silva

Capítulo 8 - A IMPORTÂNCIA DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS NA PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE *STARTUPS*: INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA E ESTRATÉGIA EMPRESARIAL 123
Lucas Vinicios Cruz

Capítulo 9 - O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA POVOS INDÍGENAS: UM ESTUDO DE CASO NO ESTADO DO PARÁ 135
Natalia Mascarenhas Simões Bentes
Bruna Kleinkauf Machado

Capítulo 10 - A NOVA LEI DO FEMINICÍDIO: INOVAÇÕES E ASPECTOS POSITIVOS PARA PROTEÇÃO DA MULHER..... 155
Caroline Fockink Ritt
Eduardo Ritt

Capítulo 11 - A RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICA DAS BIG TECHS NO AMBIENTE DAS MÍDIAS SOCIAIS..... 169
Yann Dieggo Souza Timótheo de Almeida

Capítulo 12 - OS IMPACTOS CAUSADOS COM A UNIFICAÇÃO DE TRIBUTOS SOBRE BENS DE CONSUMO PELA REFORMA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA..... 185
Julia Reinicke Job
Rafael Kroth Andrade

Capítulo 13 - QUANDO O JUDICIAL CONFRONTA O JURÍDICO: *LAWFARE* E POLITIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA 195
Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa
Tiago Rege de Oliveira

Capítulo 14 - AS PLATAFORMAS DIGITAIS E O COLONIALISMO DE DADOS COMO INSTRUMENTOS DE FRAGILIZAÇÃO DA DEMOCRACIA..... 219
Álvaro Luiz Poglia

Capítulo 15 - DESAFIOS E AVANÇOS DO DIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: CAMINHOS PARA A JUSTIÇA E INCLUSÃO SOCIAL..... 237
Henrique Avelino Lana

Capítulo 16 - PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: INSTRUMENTOS JURÍDICOS E ESTRATÉGIAS MULTIDISCIPLINARES - UMA INTERSEÇÃO COM DIREITO DE FAMÍLIA, TRIBUTÁRIO E EMPRESARIAL 249
Cristiane Chaves de Miranda
Dandara Oliveira Garcia

Capítulo 17 - DA (IM)POSSIBILIDADE DE USUCAPIR IMÓVEL PERTENCENTE AO ENTE PÚBLICO À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE..... 263
Bruno Grellmann Negrello
Cláudia Taís Siqueira Cagliari

Capítulo 18 - MUDANÇA NA SIGNIFICAÇÃO DO TRABALHO POR PARTE DO EMPREGADO 275
Ana Carolina da Silva Laurindo Barboza
Raiane Saara Aparecida Silva
Fernanda Resende Severino

Capítulo 19 - A CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍCIA MUNICIPAL DE CHAPECÓ 283
Robson Fernando Santos
Eduardo Destri Schwengber
Vinicios Antonio Ranzan

Capítulo 20 - O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS E A PROTEÇÃO DE DADOS DO TRABALHADOR... 295
Fernanda Leonardo Lucindo

Capítulo 21 - TECNOLOGIA A SERVIÇO DO DIREITO E O DIREITO NA ERA DIGITAL: UMA ANÁLISE DA INFORMÁTICA JURÍDICA E DO DIREITO DA INFORMÁTICA 305
Emilene Kauffmann Vieira
Silvia Helena Arizio

Capítulo 22 - A BUSCA DE IGUALDADE ENTRE SEGURADAS OBRIGATÓRIAS, PROTEÇÃO A MATERNIDADE DA CONTRIBUINTE INDIVIDUAL 313
Alexandra Johann Maieron
Rafael Kroth Andrade

Capítulo 23 - RECURSOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: RACIONALIZAÇÃO E EFETIVIDADE RECURSAL 323
Lucas Vinícius Dornelas Martins Guerra

Capítulo 24 - EFEITOS JURÍDICOS PELO DESCUMPRIMENTO IMOTIVADO DO DIREITO-DEVER DE CONVIVÊNCIA PARENTAL 335
Carla Ribeiro Vaz de Melo
Raihany Ribeiro Diniz
Rogéria Aparecida de Souza Oliveira

Capítulo 25 - A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 349
Henrique Avelino Lana

Capítulo 26 - A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO – UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIAL 363
Daniel Petrocelli
Bruna Ferreira se Souza Bessa
Rafaella Monteiro de Barros da Silva
Roberto Costa Neto

Capítulo 27 - DESAFIO DE ASSOCIAÇÕES DE CLASSES PROFISSIONAIS 375
Livea Farah
Jorge Luiz Lopes Merlim

Capítulo 28 - A LOCAÇÃO URBANA E A ATIVIDADE DE AIRBNB: CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO EUROPEU, COM ÊNFASE NA PRIMAZIA DA REGRA CONDOMINIAL 387
Daniel Petrocelli

Capítulo 29 - PREVISIBILIDADE CONTRATUAL DOS RISCOS NOS PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS E A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO MÉDICO: PARÂMETROS E LIMITES PARA UMA CORRETA PREVISÃO CONTRATUAL DOS RISCOS 397
Lucas Gradanschi
José Carlos Kraemer Bortoloti

Capítulo 30 - A ATUAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL NO ENFRENTAMENTO AO FEMINICÍDIO: EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS E DESAFIOS NO PROCESSO JUDICIAL 421
Ana Claudia da Silva Melo do Nascimento
Mara Aparecida Costa Sousa Monteiro

Capítulo 31 - A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CPC: INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL 429
Ian Haroldo Silva Miranda
Luís Miguel Afonso Gonçalves

Capítulo 32 - PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO COMO FORMA DE PACIFICAÇÃO FAMILIAR..... 445
Ana Carolina Teixeira da Silva
Rudinéli Clemente Dick
Lívia Copelli Copatti

Capítulo 33 - REFLEXÕES SOBRE SISTEMA DE CONTROLE INTERNO E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O CASO DO INSTITUTO FEDERAL DE MINAS GERAIS..... 459
Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana

Capítulo 34 - O ENSINO JURÍDICO E A SOCIEDADE EM TRANSFORMAÇÃO 471
Luis Miguel Barudi

Capítulo 35 - POR UM NOVO REGIME DE BENS PARA UNIÕES POLIGÂMICAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO..... 483
Karla Cristine Ferreira Rodrigues
Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana

Capítulo 36 - AS LEIS PENAIS INDETERMINADAS E O CRIME DE GOLPE DE ESTADO: SOBRE O MANEJO DO ARTIGO 359-M DO CÓDIGO PENAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 491
Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho

Capítulo 37 - A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO: DA ANTIGUIDADE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... 505
Henrique Avelino Lana

Capítulo 38 - A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988, MINISTÉRIO PÚBLICO E SOCIEDADE: ENCONTROS E DESENCONTROS 519
Márcio Soares Berclaz

POSFÁCIO 541
Isaías Henrique Silva

SOBRE AS ORGANIZADORAS..... 543

PREFÁCIO

O presente volume da série *Direito Atual: Debate e Crítica* surge em um momento histórico em que o Direito se configura não apenas como um conjunto de normas, mas como um campo permeado por disputas sociais, políticas e culturais. Como bem observa Boaventura de Sousa Santos, "o Direito é simultaneamente uma promessa e uma ameaça" — e é exatamente nessa dualidade que encontramos a urgência de uma crítica renovada e engajada.

Organizada pelas professoras Cristina Rezende Eliezer, Carla Ribeiro Vaz de Melo, Cláudia Taís Siqueira Cagliari e Pauliana Maria Dias, esta obra convida à reflexão profunda sobre a natureza do Direito no século XXI, promovendo o diálogo entre diferentes visões teóricas e abordagens interdisciplinares. Ao afirmar que "cabe à crítica transformá-lo numa promessa por cumprir e não numa ameaça sempre presente"[1], Boaventura nos lembra da responsabilidade ética de enfrentar as complexidades contemporâneas do fenômeno jurídico, principalmente em contextos marcados por exclusões estruturais, colonialismo epistêmico e desigualdades persistentes.

Inspirada no pensamento de Boaventura de Sousa Santos, a coletânea articula uma crítica jurídica ancorada nas epistemologias do Sul, propondo um olhar que valoriza os saberes e práticas jurídicas não hegemônicas, frequentemente silenciadas pelo modelo jurídico dominante. Essa perspectiva crítica propõe superar o *monoculturalismo do Direito*, reconhecendo e legitimando formas jurídicas alternativas — comunitárias, indígenas, populares — que coexistem com o sistema estatal, embora não sejam por ele reconhecidas de forma plena.

Os artigos aqui reunidos exploram temas centrais das disputas jurídicas atuais, como os limites da jurisdição penal, os direitos das minorias e as tensões entre judicialização e autonomia política. Ao abordar essas questões, os autores e autoras partem do reconhecimento de que o Direito, tal como está instituído, opera muitas vezes como um instrumento de reprodução de desigualdades — e que a crítica, por sua vez, é um mecanismo de resistência e reinvenção.

O conceito de pluralismo jurídico é retomado não apenas como constatação sociológica, mas como fundamento normativo e político para uma nova teoria do Direito, voltada à emancipação social. Boaventura

1 Boaventura de Sousa Santos. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 311.

insiste que, diante da diversidade de conflitos e atores sociais, o Direito deve abrir-se ao que ele chama de tradução intercultural — um processo por meio do qual diferentes racionalidades jurídicas podem dialogar e produzir soluções mais justas, legítimas e contextualmente situadas.

Além disso, em um tempo de avanço das tecnologias de controle, da crise ambiental e da intensificação da desigualdade social, as contribuições desta obra reforçam a necessidade de pensar o Direito para além da normatividade técnica, e sim como prática social viva, moldada por relações de poder, resistências e possibilidades de transformação. A crítica aqui exercida é herdeira da pós-modernidade jurídica proposta por Boaventura, que propõe abandonar os mitos da neutralidade, da completude e da coerência sistêmica do Direito.

A diversidade temática e metodológica presente nesta coletânea não apenas enriquece o debate acadêmico, mas também sustenta a ideia de que o Direito deve ser compreendido como um campo em disputa, onde se cruzam projetos sociais, narrativas de justiça e demandas históricas de reconhecimento e redistribuição. Em consonância com essa visão, os textos revelam a urgência de uma educação jurídica crítica, de políticas penais que rompam com a lógica punitivista, e de uma leitura cuidadosa dos impactos das tecnologias digitais nas relações sociais e jurídicas.

Em sintonia com o pensamento de Boaventura, esta obra apresenta-se como um espaço plural de investigação e resistência, no qual a crítica se impõe como um imperativo epistemológico e democrático. Ao instigar-nos a pensar o Direito como um instrumento vivo, a coletânea nos convida a escutar, interpelar e transformar as realidades que nos cercam.

Que este volume sirva como uma ferramenta para estudantes, docentes, juristas e ativistas comprometidos com a construção de um Direito mais justo, plural e democrático — sempre atento à promessa que ele pode representar para a sociedade.

Natália Mascarenhas Simões Bentes

Junho de 2025.

APRESENTAÇÃO

No hodierno, a sociedade se encontra em um contexto em que impera a globalização, a tecnologia e as inúmeras mudanças que delas decorrem. Assim, o Direito desempenha um papel essencial na realidade, servindo como meio de promoção da cidadania, das instituições democráticas e do desenvolvimento socioeconômico.

No Brasil, em especial, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por consolidar diversos direitos fundamentais, com o fito de assegurar a dignidade humana, a proteção dos cidadãos e a igualdade entre eles. Todavia, à medida que a sociedade evolui e as tecnologias são aprimoradas, urge a necessidade de o Direito se adaptar às novas realidades.

Tal contexto implica em uma série de facetas, que vão desde as mudanças nas abordagens do direito do consumidor, especialmente com o advento da era digital, do comércio eletrônico e da Reforma Tributária, até a proteção do direito das mulheres, da maternidade e da infância, diante, inclusive, da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo.

Além disso, necessário compreender os desafios de acesso a uma ordem jurídica justa, autocompositiva e da crise numérica de judicialização no Poder Judiciário, assim como do sistema recursal contemporâneo, o qual busca conter o desequilíbrio histórico entre a quantidade de recursos processuais e a efetividade das decisões judiciais.

Outrossim, não se pode ignorar o desenvolvimento acelerado das relações cibernéticas, que envolvem a relação entre a Democracia, proteção de dados, direito à privacidade e informação, e a atuação das plataformas digitais globais e as *Big Techs*, que operam como protagonistas no mundo digital, na medida em que representam uma nova forma de exploração, através do colonialismo de dados, que funciona como combustível para os algoritmos integrantes dos sistemas de Inteligência Artificial, amplamente usufruída no cotidiano de todos os usuários, seja no mercado de consumo ou, até mesmo, nas relações trabalhistas.

Ademais, assuntos como a educação inclusiva, a singularidade da cultura e educação dos povos originários e o desafio da normatização do *Airbnb* para o Direito Civil e Imobiliário como nova forma de ocupação urbana são passíveis de consideração e análise para os interessados pelo Direito contemporâneo.

No âmbito do Direito Penal, cumpre citar as novidades trazidas pelas decisões acerca da execução imediata da pena, a elaboração da Lei nº 14.994/2024 (Lei do Feminicídio) e o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, que constitui um mercado ilícito extremamente organizado, integrado ao ambiente internacional, tratando-se de um delito multifacetário, de grande expansão na realidade atual e muito rentável para as organizações criminosas.

Dessa forma, imperioso analisar a evolução histórica do Direito e sua adaptação às transformações sociais, políticas e econômicas, haja vista que referida área de conhecimento, enquanto sistema normativo, é responsável por acompanhar e se adaptar à evolução da humanidade e das tecnologias.

Assim, a presente obra, que constitui o volume 7 da coletânea "Direito Atual: Debate e Crítica", organizada pelas doutoras Cristina Rezende Eliezer, Cláudia Tais Siqueira Cagliari, pela mestra Pauliana Maria Dias e pela especialista Carla Ribeiro Vaz de Melo, é formada por 38 capítulos, escritos por profissionais e acadêmicos de diversas instituições e regiões do país, abordando uma série de temáticas do ordenamento jurídico brasileiro, as quais se encontram em constante evolução e transformação, tendo em vista que o Direito persiste no objetivo de acompanhar as mudanças sociais e tecnológicas.

Logo, este livro é mais do que um compilado de textos, é um encontro de ideias, perspectivas e posicionamentos diversos que, juntos, compõem um novo olhar para o passado, o presente e o futuro da sociedade. Cada autor contribuiu grandemente para a consolidação do conhecimento acerca do Direito atual, oferecendo debates e críticas capazes de proporcionar aos leitores novas reflexões e horizontes.

Portanto, espero que esta leitura instigue o início de novos debates necessários e auxilie na construção de profissionais, acadêmicos e seres humanos melhores. Desejo uma boa leitura.

Julia Reinicke Job
Pós-graduanda e bacharela em Direito

Capítulo 1

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS MUNICIPAIS: ENTRE A TUTELA DE DIREITOS E A EROSÃO DA AUTONOMIA LOCAL

Larissa de Moura Guerra Almeida[1]

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconheceu os municípios como entes federativos autônomos, dotados de competências legislativas, administrativas e financeiras, conforme previsto nos artigos 18 e 30 (Brasil, 1988). Essa estrutura federativa conferiu protagonismo às gestões locais na formulação e execução de políticas públicas, sobretudo em áreas sociais como saúde, educação e assistência social. No entanto, nas últimas décadas, tem-se observado um crescimento expressivo da judicialização dessas políticas, especialmente no âmbito municipal, fenômeno que suscita sérias reflexões quanto ao equilíbrio entre a tutela jurisdicional de direitos fundamentais e o respeito à autonomia política e administrativa dos entes locais.

A judicialização das políticas públicas – compreendida como a crescente transferência de decisões de natureza política e administrativa para o Poder Judiciário – adquire contornos peculiares nos municípios. Frequentemente, o Judiciário é acionado para determinar o fornecimento de medicamentos, a abertura de vagas em creches, a realização de obras emergenciais, entre outras demandas, muitas vezes formuladas de maneira individual e sem o necessário diálogo com os órgãos técnicos da administração. Tais decisões, ainda que bem-intencionadas, podem comprometer o planejamento público, desorganizar prioridades coletivas e

1 Doutoranda e Mestre em Direito Público, PUC Minas. Bolsista CAPES PROEX/Taxa. Pesquisadora do "Grupo de Estudos Avançados em Direitos Fundamentais, Processo Democrático e Jurisdição Constitucional", do Grupo de Pesquisa "Constitucionalismo e Direitos na Era Digital" e do Núcleo de Pesquisa "REDES de Direitos Humanos" (PPGD PUC Minas). Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADEP. Professora e Advogada em Direito Constitucional, Administrativo e Eleitoral. Contato: lah.moura.guerra@gmail.com. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0406208623321421. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9130-1893.

consumir recursos escassos, impactando negativamente a governança local (Barroso, 2013).

O presente artigo tem como objetivo analisar criticamente os efeitos da judicialização das políticas públicas municipais, com foco nos dilemas entre a proteção de direitos fundamentais e a preservação da autonomia municipal. A partir da análise de casos concretos e do referencial doutrinário e jurisprudencial, buscar-se-á identificar os limites da atuação judicial nesse campo, bem como propor critérios para uma atuação mais equilibrada e institucionalmente respeitosa entre os poderes.

A metodologia adotada é qualitativa, baseada em pesquisa bibliográfica, análise documental e jurisprudencial, privilegiando autores como Luís Roberto Barroso (2013), Ingo Wolfgang Sarlet (2018) e Roberto Gargarella (2003). O estudo está estruturado em seis seções principais, que versam sobre o conceito de autonomia municipal, os contornos da judicialização, os impactos de decisões judiciais sobre a esfera local, os limites constitucionais da atuação jurisdicional e, por fim, propostas de reequilíbrio federativo e administrativo.

O tema se insere em um campo de debate essencial para a democracia brasileira, sobretudo porque envolve a efetividade dos direitos sociais e o fortalecimento das instituições públicas locais. Com isso, pretende-se contribuir para uma reflexão crítica sobre os desafios do Direito Público contemporâneo, propondo caminhos que respeitem tanto a juridicidade quanto a complexidade da gestão pública municipal.

2 A autonomia municipal e seus limites constitucionais

A Constituição de 1988, no artigo 18, instituiu um modelo federativo singular ao incluir os municípios como entes federativos dotados de autonomia política, administrativa e financeira (Brasil, 1988). Esse desenho rompeu com o tradicional dualismo União-Estados e consolidou o chamado *federalismo trino*, reconhecendo aos municípios competências próprias e o dever de auto-organização mediante leis orgânicas aprovadas pelas respectivas câmaras municipais.

A autonomia municipal, porém, não é sinônimo de soberania. Trata-se de uma autonomia relativa, exercida dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal, que impõe aos municípios obrigações normativas e operacionais, especialmente no tocante à prestação de serviços públicos essenciais. O artigo 30 da Constituição estabelece, entre outras competências, a prerrogativa de legislar sobre assuntos de interesse local

(inciso I), suplementar a legislação federal e estadual quando cabível (inciso II) e promover o adequado ordenamento territorial (inciso VIII).

Na prática, essa autonomia é constantemente tensionada por fatores estruturais e conjunturais. Muitos municípios, sobretudo os de pequeno porte, enfrentam severas limitações de ordem técnica, administrativa e orçamentária, o que compromete sua capacidade de elaborar e implementar políticas públicas eficazes (Souza, 2004). A dependência de transferências constitucionais e de convênios com a União e os estados evidencia uma assimetria federativa que fragiliza a gestão local.

Além disso, o controle externo exercido pelos tribunais de contas, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário também atua como fator limitador da autonomia decisória dos gestores locais. A tensão entre controle e autonomia é saudável e própria do Estado Democrático de Direito, mas torna-se problemática quando extrapola os limites da legalidade e da razoabilidade, substituindo escolhas legítimas do gestor público por decisões judiciais unilaterais.

O desafio, portanto, consiste em preservar a autonomia municipal sem sacrificar o controle e a responsabilidade pública. É nesse contexto que a judicialização das políticas públicas deve ser compreendida como um fenômeno que, se não contido por balizas normativas e institucionais claras, pode comprometer não apenas a efetividade das políticas públicas, mas também a lógica democrática do federalismo cooperativo brasileiro.

3 A judicialização das políticas públicas nos municípios: conceito, causas e contexto

A judicialização das políticas públicas pode ser definida, de maneira geral, como a crescente interferência do Poder Judiciário na formulação, execução e controle de ações típicas do Executivo, sobretudo naquelas que envolvem a concretização de direitos fundamentais. Trata-se de fenômeno complexo, que desafia a separação clássica entre os poderes e que, no contexto federativo brasileiro, adquire contornos especialmente sensíveis na esfera municipal.

No plano conceitual, a judicialização não deve ser confundida com o ativismo judicial. Enquanto a judicialização é um fenômeno inevitável em Estados constitucionais comprometidos com a supremacia da Constituição e a eficácia dos direitos, o ativismo refere-se a uma postura interpretativa proativa (e muitas vezes expansiva) do Judiciário diante de

lacunas normativas ou omissões dos demais poderes (Barroso, 2013). O ativismo judicial deve ser distinguido do "protagonismo judicial necessário" à proteção de direitos sociais, sendo essencial avaliar o contexto e os limites institucionais envolvidos (Clark et. al., 2020).

No âmbito municipal, a judicialização se manifesta principalmente por meio de ações individuais, coletivas ou civis públicas que exigem do ente local a prestação de serviços ou a entrega de bens vinculados a políticas públicas – como o fornecimento de medicamentos, internações hospitalares, transporte escolar, alimentação gratuita e acesso a vagas em creches e escolas.

Essa incidência decorre, em grande medida, de três fatores estruturais: (i) a fragilidade institucional das administrações municipais, muitas vezes sem planejamento estratégico, estrutura técnica adequada ou capacidade de diálogo com os órgãos de controle; (ii) a pressão legítima da sociedade civil e de órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública, que atuam como agentes de concretização de direitos fundamentais; e (iii) a cultura jurídica brasileira fortemente marcada pela judicialização como forma de resolver conflitos sociais, especialmente diante da baixa efetividade dos demais canais de controle democrático (Clark et. al., 2020; Sarlet, 2018).

O aumento da litigiosidade não pode ser analisado apenas como um excesso de judicialização, mas também como reflexo do "déficit de institucionalidade" da gestão pública (Sampaio, 2013). A ausência de uma racionalidade procedimental nas decisões administrativas locais permite que o Judiciário atue como último guardião da juridicidade, ainda que isso envolva tensionamentos com a autonomia decisória dos gestores (Sampaio, 2013)

A judicialização é fenômeno multifacetado, cuja gênese está tanto na omissão estatal quanto na pressão social e na evolução interpretativa da Constituição. Para ele, o controle jurisdicional das políticas públicas deve estar subordinado ao princípio da legalidade e à razoabilidade administrativa, sob pena de esvaziar o sentido político da democracia participativa.

Cabe destacar que, embora seja frequente atribuir um caráter patológico à judicialização, ela também pode representar uma válvula de escape institucional relevante diante da inércia administrativa ou da má gestão de recursos públicos. O problema reside no desequilíbrio: decisões judiciais que individualizam demandas sociais, sem considerar o contexto orçamentário ou as diretrizes técnicas da administração, tendem a gerar efeitos colaterais como a fragmentação das políticas públicas, a judicialização orçamentária e a perda de governabilidade local (Souza, 2004).

A proteção judicial de direitos não pode ignorar o princípio da separação dos poderes nem se converter em instrumento de substituição da função administrativa (Barroso, 2013). Esse risco é ainda mais agudo nos municípios, cuja margem de manobra financeira é restrita e cujas escolhas de alocação de recursos muitas vezes precisam atender múltiplas e simultâneas prioridades.

Assim, compreender a judicialização das políticas públicas municipais exige não apenas uma análise jurídica, mas também sociopolítica e institucional. Trata-se de um fenômeno que revela as virtudes e limites do modelo constitucional de 1988, ao mesmo tempo em que convida à construção de soluções que fortaleçam a capacidade estatal local, promovam a participação cidadã e definam critérios objetivos para a atuação judicial.

4 Casos emblemáticos e impactos reais da judicialização municipal

A judicialização das políticas públicas no plano municipal não é um fenômeno meramente teórico: ela se materializa cotidianamente em decisões que impõem obrigações diretas aos gestores locais, muitas vezes à revelia do planejamento público, das diretrizes orçamentárias e das prioridades deliberadas em esferas democráticas. Essa interferência judicial, embora motivada pela proteção de direitos fundamentais, pode produzir desequilíbrios graves na gestão pública, sobretudo nos municípios de menor porte, cujas estruturas administrativas e recursos são limitados.

Um dos exemplos mais recorrentes é o fornecimento judicial de medicamentos fora da lista padronizada do SUS. O Recurso Extraordinário (RE) nº 657.718/MG, julgado com repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, estabeleceu a possibilidade de o Estado e os municípios serem compelidos judicialmente a fornecer medicamentos não registrados na Anvisa, desde que observados critérios como necessidade comprovada, inexistência de substituto terapêutico e capacidade técnica da administração para atendimento. A decisão, apesar de conter ressalvas, abriu caminho para milhares de demandas individuais que desafiam a lógica da política farmacêutica pública (STF, 2016).

Outro campo de intensa judicialização envolve o direito à educação infantil. Municípios têm sido reiteradamente compelidos a garantir vagas em creches e pré-escolas, com base no direito à educação como direito público subjetivo – o que se verifica no julgamento do RE 436.996/SP (STF, 2009). Embora esse entendimento esteja em consonância com o

artigo. 208, inc. IV, da Constituição (Brasil, 1988), a imposição judicial desconsidera, por vezes, as limitações materiais da gestão local, que enfrenta dificuldades em ampliar a rede física, contratar pessoal e manter a qualidade do serviço prestado.

Na área da saúde, além dos medicamentos, é comum a determinação de internações em leitos hospitalares, realização de exames de alta complexidade e fornecimento de insumos para tratamentos contínuos. Decisões como essas, muitas vezes proferidas em sede liminar e sem oitiva da administração, obrigam o gestor a realocar recursos de forma imediata e pontual, comprometendo o planejamento global da política de saúde municipal. Em muitos casos, a judicialização não considera as pactuações interfederativas do SUS, gerando duplicidade de responsabilidades entre União, estados e municípios (Sarlet, 2018).

Além das áreas tradicionais, novas frentes de judicialização têm surgido, como na prestação de transporte público gratuito para estudantes ou pessoas com deficiência, fornecimento de auxílio-moradia emergencial, ou ainda a regularização fundiária forçada por decisão judicial, sem prévia articulação com o plano diretor ou a legislação urbanística local. Essas demandas, embora legítimas sob a ótica dos direitos humanos, tensionam os limites da capacidade estatal e da própria função jurisdicional.

O impacto dessas decisões vai além do aspecto financeiro. O excesso de decisões pontuais e fragmentadas compromete a racionalidade do sistema administrativo, gera insegurança jurídica e favorece o tratamento desigual de situações semelhantes. Cidadãos com maior acesso ao Judiciário acabam sendo atendidos com prioridade, em detrimento daqueles que aguardam o atendimento regular das políticas públicas.

Há ainda o problema da execução orçamentária coercitiva. Determinações judiciais que impõem gastos não previstos ou não autorizados pela lei orçamentária anual geram um conflito direto entre os princípios da legalidade orçamentária e da reserva do possível. O Judiciário, ao impor tais obrigações, assume papel ativo na distribuição de recursos públicos, muitas vezes sem dispor da legitimidade democrática ou da capacidade técnica para isso (Sampaio, 2013).

É evidente que o Poder Judiciário desempenha papel crucial na garantia de direitos fundamentais. No entanto, o cenário que se delineia nos municípios é de intervenção sistêmica, muitas vezes descoordenada, que substitui a atuação planejada da administração pública por decisões judiciais individualizadas. Isso enfraquece a governança democrática e dificulta a consolidação de políticas públicas estruturadas e universais.

5 Tensão entre autonomia municipal, separação dos poderes e tutela jurisdicional de direitos

A judicialização das políticas públicas municipais se insere em um campo de conflito constitucional que envolve, de um lado, o dever do Estado de garantir os direitos fundamentais sociais (art. 6º da CF/88), e, de outro, os princípios estruturantes da separação dos poderes (art. 2º) e da autonomia dos entes federativos (art. 18). Trata-se de um dilema normativo que desafia a interpretação constitucional contemporânea e exige uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico.

O Judiciário tem legitimidade para intervir na formulação de políticas públicas quando estas se mostrarem omissas, ineficazes ou violadoras de direitos constitucionalmente assegurados (Barroso, 2013). Contudo, essa atuação deve respeitar os limites da discricionariedade administrativa e evitar substituir decisões políticas tomadas dentro da legalidade. O autor propõe um modelo de atuação judicial "moderada", voltado para o controle de legalidade e de razoabilidade, sem que isso represente a substituição do administrador público pelo juiz.

No mesmo sentido, há uma distinção entre uma atuação judicial de caráter corretivo e outra de caráter substitutivo (Clark et. al., 2020). O protagonismo judicial é legítimo quando visa corrigir omissões ou ilegalidades, mas torna-se problemático quando assume a função de reconfigurar políticas públicas em desconformidade com a lógica democrática e a gestão pública racional. Essa substituição pode resultar em um "governo por sentença" (Clark et. al., 2020), sem planejamento, sem controle social e sem responsabilidade fiscal.

Analisando-se o modelo latino-americano de constitucionalismo, observa-se que a tutela judicial dos direitos sociais não pode ocorrer de forma isolada das instituições políticas (Gargarella, 2013). A expansão do controle judicial em detrimento dos espaços deliberativos evidencia uma crise da democracia representativa, na qual o Judiciário ocupa o vácuo deixado por instituições disfuncionais (Gargarella, 2013). Essa crítica é especialmente pertinente no contexto municipal brasileiro, onde os canais institucionais de deliberação são frágeis e onde muitas vezes há captura da política local por interesses particulares.

No âmbito nacional, propõe-se uma abordagem mais institucional da judicialização (Sampaio, 2013). O Judiciário deve atuar como catalisador de mudanças estruturais, mas nunca como gestor substitutivo. A interferência judicial nas decisões de política pública deve observar critérios

de proporcionalidade, deferência institucional e diálogo entre os poderes. A atuação unilateral, sem coordenação com os gestores públicos, compromete a eficácia e a legitimidade das políticas públicas.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem oscilado entre uma posição de deferência à administração e outra de maior ativismo. Em decisões como o RE 436.996/SP (direito à educação infantil), o STF reafirmou o caráter subjetivo de determinados direitos sociais, determinando sua concretização imediata. Já em julgados como o RE 565.089/SP, relativo à reserva do possível e à cláusula da "máxima efetividade", a Corte reconheceu a necessidade de ponderação entre os direitos e os recursos públicos disponíveis, admitindo a análise do impacto orçamentário como elemento legítimo na conformação do direito (STF, 2019).

Além disso, a Corte tem reconhecido a importância da separação dos poderes como cláusula pétrea (CF/88, art. 60, §4º, III) e reafirmado que o Judiciário não pode assumir funções administrativas típicas, exceto nos casos em que haja violação manifesta de direitos ou ausência absoluta de política pública. O desafio está em construir uma hermenêutica constitucional que preserve os direitos sem anular a autonomia política e organizacional dos municípios.

Por fim, a tensão analisada nesta seção aponta para a necessidade de uma atuação judicial calibrada, capaz de tutelar direitos fundamentais sem comprometer os princípios democráticos e federativos. A solução não reside na negação da judicialização, mas na sua institucionalização dentro de parâmetros republicanos, com reforço dos mecanismos de diálogo interinstitucional e da capacidade técnica da administração pública municipal.

6 Propostas de equilíbrio e governança pública municipal

O reconhecimento da judicialização das políticas públicas como um fenômeno estrutural e multifatorial impõe a necessidade de propor soluções que transcendam a dicotomia entre ativismo judicial e deferência absoluta à administração. A resposta adequada passa por uma reconfiguração institucional, normativa e hermenêutica que permita ao Estado (especialmente no nível municipal) exercer suas competências com responsabilidade, eficiência e dentro dos parâmetros constitucionais.

Quanto ao *fortalecimento institucional e técnico da gestão municipal*, a primeira medida de equilíbrio reside no investimento na capacidade administrativa e técnica dos municípios. A ausência de planejamento,

protocolos padronizados e fluxos de decisão documentados facilita a judicialização, pois fragiliza a legitimidade das escolhas do gestor público. A fragilidade institucional das administrações locais cria um ambiente propício à intervenção judicial descoordenada (Sampaio, 2013).

É necessário fomentar a adoção de planos setoriais participativos, comissões técnicas permanentes e protocolos administrativos baseados em critérios objetivos, especialmente nas áreas mais judicializadas, como saúde, educação e assistência social. A gestão baseada em evidências e com fundamentação técnico-científica tende a ser mais respeitada judicialmente, inclusive por meio da aplicação do princípio da deferência.

Sobre a *criação de espaços de diálogo institucional com o Judiciário*, a promoção de mecanismos de diálogo interinstitucional é outro eixo essencial. Iniciativas como os comitês interinstitucionais de resolução de demandas repetitivas, já adotados em algumas regiões por recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020), permitem que Executivo, Judiciário, Defensoria e Ministério Público construam protocolos de atendimento e parâmetros para decisões judiciais mais equilibradas.

Tais comitês são especialmente úteis em áreas como fornecimento de medicamentos e acesso à educação, evitando decisões judiciais isoladas que desorganizem o sistema. Neste aspecto, defende-se o modelo do "diálogo institucional" como alternativa ao ativismo desproporcional, permitindo uma atuação mais deliberativa e cooperativa entre os poderes (Clark et. al., 2020).

No tocante à *revisão da postura judicial em relação à reserva do possível e à separação de poderes*, do ponto de vista jurídico, é fundamental que o Poder Judiciário adote uma postura hermenêutica mais prudente ao analisar demandas que implicam alocação de recursos públicos. A jurisprudência deve evoluir para reconhecer que a reserva do possível não é escusa genérica, mas tampouco pode ser ignorada como princípio constitucional de gestão racional dos recursos.

É recomendável que os magistrados passem a exigir prova técnica da omissão administrativa e avaliem o impacto orçamentário das decisões proferidas, com base na Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar nº 101/2000, e nos instrumentos de planejamento municipal das leis orçamentárias – plano plurianual, PPA; lei de diretrizes orçamentárias, LDO; e lei orçamentária anual, LOA (Clark, 2001). Como assinala Barroso (2013), a intervenção judicial só se justifica quando houver "completa ausência de política pública razoável".

Em relação ao *incentivo à autocomposição e à justiça consensual*, a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação institucional, também pode contribuir para reduzir a judicialização excessiva. Por meio de câmaras administrativas de resolução de demandas sociais, o município pode atuar preventivamente, oferecendo soluções dialogadas antes do ajuizamento da ação.

Esse modelo também reforça o caráter participativo e democrático da gestão pública, conforme preconiza o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988, que estabelece a soberania popular como fundamento da República. A negociação administrativa, quando bem estruturada, evita o litígio e permite alocações mais justas e eficientes dos recursos disponíveis.

Por fim, quanto à *atuação qualificada da advocacia pública municipal*, destaca-se o papel estratégico da advocacia pública municipal na defesa do interesse público e na mediação entre legalidade e efetividade. A profissionalização das procuradorias municipais, a valorização da carreira e a atuação preventiva são condições essenciais para qualificar a resposta do município às demandas judiciais, evitando condenações desproporcionais e protegendo o erário.

A adoção de teses jurídicas coerentes, a participação em audiências públicas e a atuação proativa junto ao Judiciário são formas de reafirmar a legitimidade das decisões administrativas, bem como de dialogar com os demais poderes de maneira técnica e constitucionalmente fundamentada.

7 Conclusão

A judicialização das políticas públicas municipais configura uma realidade consolidada no cenário jurídico brasileiro e representa, ao mesmo tempo, um instrumento de proteção de direitos fundamentais e um desafio à estrutura democrática, federativa e orçamentária do Estado. No plano municipal, esse fenômeno revela-se ainda mais agudo diante das fragilidades institucionais, da escassez de recursos e da precariedade da estrutura administrativa local.

Ao longo deste artigo, buscou-se demonstrar que a judicialização – especialmente quando desprovida de critérios técnicos, sensibilidade federativa e deferência institucional – pode gerar consequências nocivas para a governança pública, promovendo a desorganização de políticas públicas estruturadas, comprometendo o planejamento orçamentário e afetando a legitimidade democrática dos gestores eleitos. Não se trata de

negar a legitimidade da atuação judicial, mas de exigir que ela ocorra dentro de parâmetros normativos e institucionais equilibrados.

A análise crítica permitiu identificar que o excesso de judicialização contra municípios frequentemente resulta da combinação entre omissões administrativas reais e limitações estruturais do sistema federativo. Entretanto, o Judiciário não pode substituir os canais deliberativos da democracia representativa, sob pena de esvaziar a autonomia política e a responsabilidade fiscal dos entes locais.

Diante desse quadro, foram propostas medidas concretas para reequilibrar a atuação institucional: o fortalecimento da capacidade técnico-administrativa dos municípios, a construção de espaços interinstitucionais de diálogo, a reavaliação jurisprudencial quanto à reserva do possível e à separação dos poderes, a promoção de formas autocompositivas de resolução de conflitos e o aprimoramento da advocacia pública municipal.

Essas iniciativas apontam para uma concepção de Estado constitucional cooperativo, no qual o Judiciário atua como garantidor de direitos, mas em harmonia com os demais poderes e com respeito à lógica federativa. A efetivação dos direitos sociais (sobretudo, em realidades locais vulneráveis) depende não apenas da intervenção judicial, mas da construção de instituições públicas democráticas, responsivas e capacitadas.

Assim, sugere-se que pesquisas futuras aprofundem a análise empírica da judicialização nas pequenas e médias cidades, identificando padrões regionais, impactos orçamentários e respostas administrativas exitosas. Também se recomenda investigar o papel da formação de magistrados, membros do Ministério Público e defensores públicos quanto à compreensão das competências e limitações da gestão pública municipal, fomentando uma atuação mais cooperativa e constitucionalmente orientada.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 5 out. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 abr. 2025.

CLARK, Giovani. **O município em face do direito econômico**. Belo

Horizonte, Del Rey, 2001.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo; NASCIMENTO, Samuel. **Constituição econômica bloqueada: impasses e alternativas**. Teresina: EDUFPI, 2020.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Centros de Inteligência racionalizam métodos para resolver demandas repetitivas na Justiça. **Agência CNJ de Notícias**, 11 de dezembro de 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/centros-de-inteligencia-racionalizam-metodos-para-resolver-demandas-repetitivas-na-justica/. Acesso em 30 abr. 2025.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el lugar de los jueces en las democracias contemporáneas.** 2. ed. Buenos Aires: Siglo XXI, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SOUZA, Celina. Governos locais e gestão de políticas sociais universais. **Revista São Paulo em Perspectiva**, n. 18 (2), 27-41, jun. 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/j/spp/a/qbYVHXgy3fRPrbNgx6M5LXL. Acesso em 30 abr. 2025.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 436.996/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. DJE 3 fev. 2006. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9807391#:~:text=436.996%2C%20Relator%20o%20Ministro%20Celso,nem%20se%20subordina%20a%20raz%C3%B5es. Acesso em: 10 mai. 2025.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 565.089/SP**. Rel. Min. Marco Aurélio. Red. do acórdão e último incidente, Min. Luís Roberto Barroso (RE-ED-quintos). Portal STF, acordão de 25 set. 2019. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2561880. Acesso em: 1 mai. 2025.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657.718/MG**. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe 12/05/2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026. Acesso em: 10 mai. 2025.

Capítulo 2

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE MODERNA

Henrique Avelino Lana [1]

1 Introdução

Este artigo busca explorar a evolução histórica do direito do consumidor, destacando os principais marcos legais que moldaram sua trajetória até os dias atuais. A partir da análise das primeiras formas de proteção ao consumidor, o artigo discute as transformações legais e as mudanças nas abordagens do direito do consumidor à medida que as sociedades se industrializaram e se globalizaram. Além disso, são abordados os novos desafios que o direito do consumidor enfrenta no contexto contemporâneo, especialmente com o advento da era digital, o comércio eletrônico e as novas formas de consumo. O objetivo é fornecer uma análise crítica sobre como o direito do consumidor tem evoluído e como ele precisa se adaptar para proteger efetivamente os cidadãos na sociedade moderna.

O direito do consumidor, como o conhecemos hoje, é o resultado de séculos de evolução normativa, social e econômica, tendo como princípio fundamental a proteção do indivíduo em sua relação com o mercado. Em um mundo cada vez mais globalizado e digitalizado, os desafios para garantir os direitos dos consumidores são mais complexos, exigindo uma constante adaptação das legislações e políticas públicas. Desde as primeiras formas de regulamentação das relações de consumo até a criação de sistemas jurídicos modernos de defesa do consumidor, como o Código de Defesa do Consumidor no Brasil, o direito do consumidor tem sido uma ferramenta essencial para garantir a justiça e o equilíbrio nas relações comerciais.

A origem do direito do consumidor remonta a séculos passados, quando o aumento das relações comerciais e a proliferação do mercado consumidor começaram a gerar novas questões de proteção. No entanto, foi

1 Advogado, sócio do escritório MP&AL - Moreira do Patrocínio & Avelino Lana Advogados. Especialista, Mestre e Doutor em Direito. Pós-Doutorado em Direito Empresarial. Professor na PUC/MG e Centro Universitário FAMINAS / BH.

apenas com a Revolução Industrial e o crescimento do capitalismo moderno que a necessidade de legislar para proteger o consumidor se tornou uma preocupação central para os legisladores. Ao longo do século XX, diversos países começaram a adotar legislações específicas que visavam garantir direitos básicos para os consumidores, como a proteção contra práticas comerciais abusivas, publicidade enganosa e a garantia de um nível mínimo de qualidade nos produtos e serviços.

Hoje, o direito do consumidor enfrenta desafios inéditos, especialmente com a ascensão do comércio eletrônico, a coleta massiva de dados pessoais, a inteligência artificial e o fenômeno das plataformas digitais. Essas inovações trouxeram uma série de questões que exigem uma atualização urgente das normas legais para proteger os consumidores no ambiente digital e globalizado. Este artigo explora tanto a evolução do direito do consumidor quanto os novos desafios e as possíveis soluções jurídicas para garantir a proteção dos consumidores no contexto da sociedade moderna.

2 A evolução histórica do Direito do Consumidor

O direito do consumidor, em sua forma mais rudimentar, pode ser rastreado até as antigas civilizações, onde já se encontravam alguns mecanismos para regular as trocas comerciais e proteger as partes envolvidas. No entanto, a evolução do direito do consumidor como um campo jurídico estruturado realmente começa com o desenvolvimento do mercado de consumo durante a Revolução Industrial, no século XVIII. A expansão do mercado e a intensificação da produção de bens de consumo criaram novas necessidades de regulamentação para equilibrar as relações entre produtores e consumidores.

Nas civilizações antigas, embora não houvesse um conceito formal de "direito do consumidor", já existiam algumas formas de proteção para as partes envolvidas em transações comerciais. No Império Romano, por exemplo, o direito contratual e o direito das obrigações já estabeleciam algumas normas que protegiam os interesses de quem adquiria bens ou serviços, como as regras sobre viciação do produto e os contratos comerciais.

O direito do consumidor, tal como o conhecemos, começou a ganhar forma no século XIX, impulsionado pelas mudanças sociais e econômicas decorrentes da Revolução Industrial. Com a massificação da produção de bens e serviços, surgiram novos riscos para os consumidores, como fraudes, produtos de qualidade duvidosa e práticas comerciais desleais. Foi nesse contexto que surgiram as primeiras regulamentações legais de proteção

ao consumidor, inicialmente em países como o Reino Unido e os Estados Unidos.

No Reino Unido, a Lei dos Vendedores de Produtos de 1850, por exemplo, foi uma das primeiras legislações que buscou proteger os consumidores contra fraudes e a venda de mercadorias de baixa qualidade. Já nos Estados Unidos, o movimento progressista no final do século XIX e início do século XX resultou em diversas leis para regular as práticas comerciais, como as relacionadas à segurança de produtos e à proibição de práticas enganosas.

Com o avanço das economias capitalistas no século XX e a crescente globalização, os direitos dos consumidores começaram a ser mais reconhecidos e protegidos em uma escala global. Nos Estados Unidos, com o New Deal de Franklin Roosevelt nos anos 1930, foram adotadas uma série de medidas para proteger os consumidores de práticas abusivas, como a Federal Trade Commission (FTC), que se estabeleceu como a principal agência reguladora de práticas comerciais desleais.

No Brasil, o marco mais importante para o direito do consumidor foi a criação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990, uma legislação moderna que consolidou diversos direitos para os consumidores, estabelecendo normas rigorosas para a proteção contra práticas comerciais desleais, publicidade enganosa e produtos defeituosos. O CDC tornou-se uma referência mundial, sendo um dos primeiros códigos legais a garantir explicitamente os direitos do consumidor e a promover a educação do consumidor, além de oferecer mecanismos claros para a resolução de disputas entre consumidores e fornecedores.

3 Novos desafios do Direito do Consumidor na sociedade moderna

A sociedade moderna, com o advento da era digital, trouxe uma série de novos desafios para o direito do consumidor. O comércio eletrônico e as plataformas digitais transformaram a maneira como os consumidores interagem com os mercados, criando uma nova realidade de consumo, onde os tradicionais limites de território e as normas de proteção ficaram mais difusos. O direito do consumidor teve que evoluir rapidamente para acompanhar esse novo cenário.

O crescimento explosivo do comércio eletrônico gerou novas preocupações em relação à segurança dos consumidores e à transparência

das transações. A facilidade de fazer compras online e a ascensão de gigantes como Amazon, Alibaba e outras plataformas globais têm gerado desafios para a legislação de proteção ao consumidor. O risco de fraudes digitais, a proteção de dados pessoais e a garantia de direitos básicos de devolução e reembolso são questões urgentes que os sistemas jurídicos precisam resolver.

A natureza global do comércio eletrônico também levanta questões sobre jurisdição, ou seja, qual legislação se aplica quando um consumidor de um país compra produtos de um fornecedor de outro país. A falta de uma regulamentação internacional uniforme dificulta a resolução de disputas, tornando a proteção ao consumidor no ambiente digital uma tarefa complexa.

Com a crescente coleta e utilização de dados pessoais pelos fornecedores de bens e serviços, a proteção da privacidade do consumidor tornou-se uma questão central no direito do consumidor. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia, são exemplos de legislações modernas que visam garantir que os dados pessoais dos consumidores sejam utilizados de forma responsável, transparente e segura. No entanto, com o uso intensivo de big data, inteligência artificial e outras tecnologias, as questões de privacidade se tornam cada vez mais complexas, e a regulamentação precisa acompanhar essas transformações para garantir a proteção efetiva dos consumidores.

A globalização também trouxe consigo uma série de desafios para a proteção dos direitos do consumidor, especialmente no que se refere à distribuição desigual de poder econômico e à vulnerabilidade dos consumidores em mercados internacionais. O crescimento de empresas transnacionais e a proliferação de plataformas digitais globais complicam ainda mais a regulação do consumo, especialmente em relação às práticas comerciais desleais e à venda de produtos falsificados.

Em mercados transnacionais, consumidores muitas vezes se deparam com desafios relacionados à jurisdição e à aplicabilidade das leis locais. Isso cria uma lacuna na proteção do consumidor, já que nem sempre as leis nacionais têm poder para regular as práticas de empresas baseadas em outros países.

O direito do consumidor na sociedade moderna enfrenta um futuro desafiador, mas também está diante de oportunidades para a criação de soluções jurídicas mais adequadas às novas realidades. Uma possível solução para os problemas relacionados ao comércio eletrônico e à globalização é o fortalecimento da cooperação internacional na regulação do mercado,

por meio da criação de tratados internacionais ou acordos multilaterais que possam estabelecer normas mínimas de proteção ao consumidor em um cenário globalizado.

Além disso, é fundamental que as legislações nacionais continuem a se adaptar às novas tecnologias, garantindo uma proteção robusta para os consumidores, seja por meio de regulamentação da coleta de dados, seja pela criação de novos mecanismos de resolução de disputas, como os sistemas de arbitragem digital. O futuro do direito do consumidor exige um equilíbrio entre inovação, proteção dos direitos fundamentais dos consumidores e a adaptação do direito às novas necessidades da sociedade globalizada.

A evolução do direito do consumidor reflete a crescente complexidade das relações de consumo e as transformações econômicas, tecnológicas e sociais que ocorreram ao longo do tempo. Desde as primeiras regulamentações comerciais nas antigas civilizações até a criação de legislações modernas como o Código de Defesa do Consumidor no Brasil, o direito do consumidor tem se expandido e se sofisticado para garantir a proteção dos indivíduos em suas relações com o mercado.

No entanto, os novos desafios impostos pela era digital e pelo mercado globalizado exigem uma contínua adaptação das legislações e das práticas jurídicas. O direito do consumidor do futuro deve ser mais dinâmico e capaz de lidar com as inovações tecnológicas, como o comércio eletrônico, a proteção de dados pessoais e as plataformas digitais. Para isso, é necessário fortalecer a cooperação internacional, desenvolver novas formas de resolução de disputas e assegurar que os direitos dos consumidores sejam protegidos, independentemente do lugar onde consumam ou do fornecedor com quem se relacionam.

A sociedade moderna, caracterizada pela globalização, digitalização e inovação tecnológica, apresenta uma série de desafios inéditos para o direito do consumidor. À medida que as formas tradicionais de consumo evoluem, novas questões surgem, exigindo a adaptação das legislações existentes para assegurar que os direitos dos consumidores sejam efetivamente protegidos. Os novos desafios vão além da simples regulamentação de produtos e serviços, abrangendo questões complexas relacionadas à privacidade, à proteção de dados, às práticas comerciais transnacionais e ao comércio eletrônico. A seguir, exploraremos com mais profundidade esses desafios e suas implicações para a proteção do consumidor.

O comércio eletrônico é uma das mudanças mais significativas nos hábitos de consumo da sociedade moderna. A transição para o ambiente digital e o crescimento de plataformas como *Amazon, Alibaba, eBay,*

Mercado Livre, entre outras, transformaram a forma como os consumidores compram produtos e serviços. A conveniência, a diversidade de produtos e os preços competitivos impulsionaram o crescimento das compras online, mas também trouxeram novos desafios jurídicos significa

Uma das maiores dificuldades que surgiram com o comércio eletrônico é a jurisdição, ou seja, qual legislação deve ser aplicada em casos de disputas entre consumidores e empresas que operam em diferentes países. Como as plataformas digitais operam globalmente, um consumidor de um país pode comprar de um fornecedor localizado em outro país, o que torna mais difícil a aplicação de leis nacionais sobre a relação de consumo.

Em muitas jurisdições, as leis de proteção ao consumidor não têm aplicação direta em transações internacionais, o que pode deixar o consumidor vulnerável a práticas comerciais desleais ou fraudulentas. Por exemplo, problemas como produtos defeituosos, publicidade enganosa, não entrega de produtos ou defeito na qualidade são mais difíceis de resolver, já que as plataformas digitais frequentemente utilizam a isenção de responsabilidade, alegando que não são responsáveis pelas transações realizadas entre os consumidores e os fornecedores.

Outro desafio do comércio eletrônico é garantir que as informações sobre produtos e serviços sejam claras, transparentes e acessíveis. Muitas vezes, a publicidade enganosa ou a omissão de informações sobre as condições de uso, prazos de entrega e garantias dos produtos vendidos online afeta negativamente o consumidor. No ambiente físico, a relação entre o consumidor e o comerciante pode ser mais transparente, mas no comércio eletrônico, com a ausência do contato direto e a representação digital, as práticas enganosas tornam-se mais difíceis de identificar e combater.

A devolução de produtos, a garantia de produtos e a proteção contra fraudes financeiras também são questões críticas. As plataformas de comércio eletrônico devem oferecer políticas claras de devolução e reembolso para garantir que os consumidores possam efetivamente exercer seus direitos, mas muitas vezes essas políticas são obscuras ou difíceis de acessar, dificultando o exercício pleno da proteção ao consumidor.

O avanço das tecnologias digitais e a proliferação de dispositivos conectados aumentaram consideravelmente o risco de violação da privacidade e da proteção de dados pessoais. As empresas que operam no comércio eletrônico, bem como plataformas de mídia social, constantemente coletam dados de consumidores para personalizar ofertas e realizar análises comportamentais. Embora essa coleta de dados possa beneficiar os

consumidores, oferecendo-lhes produtos mais relevantes, também levanta questões sérias de privacidade.

O direito à privacidade e à proteção dos dados pessoais tornou-se um dos maiores desafios do direito do consumidor. A coleta e o processamento de dados sem o consentimento explícito do consumidor, a venda de informações pessoais a terceiros e a vulnerabilidade das plataformas contra ataques cibernéticos comprometem a segurança dos dados dos consumidores. Os consumidores, muitas vezes, não têm total clareza sobre como seus dados estão sendo coletados, armazenados e compartilhados com empresas e terceiros.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia são marcos importantes na tentativa de regulamentar a coleta e o uso de dados pessoais. Elas buscam garantir que os consumidores tenham maior controle sobre seus dados, impondo penalidades rigorosas às empresas que violarem as regras de proteção de dados. No entanto, a complexidade das tecnologias e a falta de conscientização por parte dos consumidores ainda representam desafios na implementação efetiva dessas legislações.

As plataformas digitais, como redes sociais e marketplaces online, possuem um enorme poder de coleta de dados, mas frequentemente não oferecem transparência suficiente sobre como os dados são coletados, armazenados e utilizados. O uso de algoritmos para personalizar ofertas pode levar a situações em que os consumidores são manipulados por sistemas que conhecem profundamente suas preferências, vulnerabilidades e comportamentos. Esse fenômeno, conhecido como manipulação algorítmica, é um desafio jurídico que exige regulamentações claras para proteger os direitos do consumidor.

As práticas comerciais abusivas são uma preocupação crescente no direito do consumidor moderno, especialmente com o crescimento das plataformas de compartilhamento e marketplaces. Empresas como *Uber, Airbnb e Netflix* têm modelos de negócios que não se encaixam nos conceitos tradicionais de contratos de consumo. A ideia de que o consumidor não é mais apenas o comprador de um produto ou serviço, mas também um «produtor» (no caso das plataformas de compartilhamento), complica a aplicação das leis de proteção do consumidor.

Em muitas plataformas digitais, como no caso das economias compartilhadas, o conceito tradicional de "consumidor" é desafiado, uma vez que o usuário pode ser tanto o consumidor quanto o fornecedor de serviços. Por exemplo, no modelo de economia colaborativa, consumidores

podem se tornar "prestadores de serviços" em plataformas como *Uber ou Airbnb*, tornando difícil a aplicação de normas jurídicas tradicionais.

Essa ambiguidade no papel dos usuários nas plataformas exige que o direito do consumidor seja revisado para incluir novas formas de regulamentação para essas transações. O direito tradicionalmente voltado à proteção do consumidor precisa ser adaptado para considerar também os direitos de quem está oferecendo produtos ou serviços, garantindo que as responsabilidades sejam equitativas e justas para ambas as partes.

Outro desafio emergente no direito do consumidor moderno é a crescente demanda por práticas de consumo consciente e sustentável. Os consumidores estão cada vez mais exigindo que as empresas adotem práticas ambientais e sociais responsáveis. Questões como consumo sustentável, comércio justo, direitos trabalhistas e impactos ambientais têm levado a uma mudança no comportamento de consumo e, consequentemente, à necessidade de novas regulamentações.

A legislação precisa evoluir para acompanhar essa demanda crescente por responsabilidade corporativa. As leis de proteção ao consumidor devem garantir que as empresas não apenas cumpram os direitos básicos de seus clientes, mas também ajam de forma ética e sustentável, sem prejudicar o meio ambiente, os trabalhadores e a sociedade. O direito do consumidor, nesse contexto, deve incorporar a sustentabilidade como um princípio central, pressionando empresas a adotar práticas mais transparentes e ambientalmente responsáveis.

Os novos desafios do direito do consumidor na sociedade moderna estão intrinsecamente ligados à revolução digital, à globalização e à novas formas de consumo que surgem com as inovações tecnológicas. O direito do consumidor, embora tenha avançado significativamente nas últimas décadas, ainda enfrenta questões complexas e muitas vezes não previstas nas legislações atuais. A necessidade de regulamentar o comércio eletrônico, garantir a privacidade e proteção de dados pessoais, controlar as práticas comerciais abusivas nas plataformas digitais e promover o consumo sustentável exigem uma atualização constante do direito. A legislação precisa se adaptar às novas formas de consumo, reconhecendo as mudanças tecnológicas e sociais que impactam a relação entre consumidores e empresas. Só assim será possível garantir que os consumidores possam continuar a ser protegidos, mesmo em um cenário econômico e digital em constante transformação.

4 Conclusão

Os desafios que o direito do consumidor enfrenta na sociedade moderna são vastos, complexos e multifacetados. Desde os primeiros marcos de proteção ao consumidor nas civilizações antigas, até o surgimento de legislações robustas como o Código de Defesa do Consumidor no Brasil e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia, o direito do consumidor sempre teve como principal objetivo garantir a proteção do indivíduo em suas relações de consumo. No entanto, à medida que as sociedades evoluem e se tornam mais interconectadas, os sistemas jurídicos precisam ser constantemente adaptados para responder a novas questões e desafios, especialmente diante do impacto da era digital, da globalização e da rápida transformação nos modelos de consumo.

A revolução digital, por exemplo, trouxe consigo um conjunto de novos desafios legais. O comércio eletrônico, que permite a realização de transações comerciais a qualquer hora e de qualquer lugar, transformou a experiência de compra, mas também aumentou os riscos de fraudes digitais, publicidade enganosa e produtos defeituosos. A ausência de um contato físico direto entre consumidores e fornecedores, a multiplicidade de canais de venda e a crescente internacionalização do mercado dificultam a aplicação das normas tradicionais de proteção ao consumidor. Nesse contexto, o direito do consumidor precisa evoluir, não apenas em termos de jurisdição e responsabilidade, mas também na forma como as informações sobre produtos e serviços são divulgadas, garantindo que os consumidores possam tomar decisões informadas em um ambiente de transações frequentemente mediadas por tecnologia.

O aumento da coleta de dados pessoais é outro desafio central. À medida que as empresas digitais, as plataformas de mídia social e os marketplaces online acumulam uma quantidade sem precedentes de informações sobre os consumidores, o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais se tornou uma preocupação crescente. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil e o GDPR na União Europeia representam passos importantes para garantir que as informações pessoais dos consumidores sejam tratadas com responsabilidade e segurança.

Contudo, a coleta de dados em massa, a manipulação algorítmica das preferências de compra e os ataques cibernéticos que comprometem a segurança digital são questões que exigem uma abordagem jurídica mais robusta e uma atualização constante da legislação. Os consumidores precisam de um sistema jurídico que ofereça não só a proteção contra o uso

indevido dos seus dados, mas também que lhes proporcione mais controle e transparência sobre como essas informações são coletadas e usadas.

Além disso, a jurisdição internacional no comércio eletrônico continua sendo um dos maiores desafios. A natureza global das transações online complica a aplicação das leis nacionais, deixando muitos consumidores vulneráveis a práticas comerciais desleais de fornecedores localizados em outras partes do mundo.

A falta de um regime jurídico global unificado para resolver disputas de consumo transnacional cria lacunas significativas na proteção ao consumidor, especialmente quando se trata de garantias de produto, devoluções e resolução de disputas. A criação de uma regulamentação internacional mais eficiente e a cooperação entre os países são essenciais para garantir que os consumidores possam exercer seus direitos, independentemente de onde estejam localizados.

As plataformas digitais também trouxeram um novo modelo de consumo, muitas vezes distorcendo a definição tradicional de "consumidor" e "fornecedor". O modelo da economia compartilhada, representado por empresas como *Uber, Airbnb e iFood*, propõe novas relações entre consumidores e fornecedores, em que indivíduos desempenham ambos os papéis. Isso gera um conflito com a regulamentação tradicional, pois as leis de proteção ao consumidor foram pensadas para regular relações de consumo entre empresas e consumidores, com um certo equilíbrio de poder.

A responsabilidade das plataformas digitais e a proteção dos consumidores nessas novas formas de mercado precisam ser repensadas, pois, muitas vezes, essas plataformas atuam como intermediárias, mas não assumem total responsabilidade pelas transações realizadas dentro de seus ambientes.

Outro ponto relevante é o consumo consciente e a sustentabilidade. À medida que o mundo enfrenta desafios ambientais e sociais, cresce a pressão sobre as empresas para que adotem práticas comerciais responsáveis e sustentáveis. O direito do consumidor na sociedade moderna precisa acompanhar essa mudança, promovendo uma regulamentação que não apenas proteja os direitos do consumidor, mas também incentive a responsabilidade ambiental e social das empresas. O direito do consumidor sustentável passa a ser uma questão de justiça social, em que o consumidor não é apenas protegido contra práticas comerciais prejudiciais, mas também tem acesso a informações claras sobre a origem dos produtos, suas implicações ambientais e a responsabilidade social das empresas. Esse movimento implica

em adaptar o direito do consumidor a novas expectativas da sociedade, que buscam um equilíbrio entre o consumo e o impacto ambiental.

Portanto, o direito do consumidor no contexto moderno enfrenta um cenário dinâmico e multifacetado. A legislação deve ser adaptável e pronta para lidar com as inovações tecnológicas e as novas formas de consumo. O comércio eletrônico, a privacidade dos dados, as plataformas digitais e a responsabilidade social das empresas são questões emergentes que exigem uma abordagem mais holística e integrada do direito. Para garantir a proteção eficaz dos consumidores, é fundamental que o direito do consumidor evolua de forma dinâmica e eficaz, incorporando as novas necessidades e desafios da sociedade globalizada e digitalizada.

A criação de mecanismos jurídicos mais flexíveis e de cooperação internacional para regular as transações de consumo em um mundo interconectado é essencial. Além disso, as agências reguladoras, tanto no nível nacional quanto internacional, devem desempenhar um papel fundamental na implementação dessas normas e na resolução de disputas de consumo, especialmente em transações digitais. O futuro do direito do consumidor está intimamente ligado à capacidade do sistema jurídico de se adaptar e garantir que os consumidores não apenas tenham seus direitos protegidos, mas também sejam empoderados a tomar decisões informadas, conscientes e seguras no ambiente digital.

Por fim, o direito do consumidor no futuro deverá ser capaz de integrar novas perspectivas que incluam não apenas a proteção contra abusos comerciais, mas também a promoção de práticas empresariais responsáveis e sustentáveis. O consumidor moderno exige um direito que, além de proteger seus direitos básicos, seja capaz de lidar com os desafios de um mercado cada vez mais globalizado e digital, proporcionando uma justiça equilibrada e adaptada às mudanças rápidas e significativas que caracterizam a sociedade contemporânea. Esse direito, para ser eficaz, deve ser mais do que uma legislação reativa; precisa ser um sistema proativo, que antecipe e regule as novas formas de consumo, garantindo a proteção do consumidor de maneira abrangente e eficaz, enquanto promove um futuro sustentável e justo para todos.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos, MARQUES, Cláudia Lima e BESSA Leonardo R. **Manual de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

LIMA MARQUES, Cláudia. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. **O Novo Regime das Relações Contratuais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA MARQUES, Cláudia; BENJAMIN, Antônio H. V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHIMIDT NETO, André Perin. **Revisão dos Contratos com Base no Superendividamento.** Curitiba: Juruá, 2012.

SCHIMITT, Cristiano. **Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Capítulo 3

RUPTURAS COM A COLONIALIDADE DO SER DEFICIENTE: A EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Lucas Câmara de Assis[1]
Gláucia Maria Pinto Vieira[2]

1 Introdução

O presente artigo busca analisar, inicialmente, como se dá o processo de colonialidade do Ser deficiente, constituindo-se em um instrumento do poder colonial para desumanizar o outro e negar sua identidade e seus saberes. A colonialidade do corpo estabelece uma ação marcada pelo desinteresse e pela desconsideração pelo corpo do outro, presenteando-o com o selo da inferioridade, que acabou por provocar nos corpos das pessoas com deficiência o silêncio e o vácuo. O foco na educação inclusiva seria a alternativa já indicada no ordenamento jurídico para repudiar o capacitismo e a hierarquização dos que são e dos que não são deficientes, afastando a visão puramente biológica e patológica sobre os corpos. Sendo assim, o presente trabalho busca entender quais são as premissas nacionais e internacionais para o estabelecimento de um parâmetro de educação desse grupo excluído e ainda marginalizado, apontando a educação inclusiva como solução, pois ela traz, em sua essência, a imposição da convivência de sujeitos plurais em um ambiente educativo, em que partindo da diferença como alteridade, os sujeitos – não importam se com ou sem deficiência -, possam aprender e construir suas identidades através do encontro dialógico.

1 Mestre em Direito Privado pela PUC-MINAS. É pesquisador cadastrado no CNPQ do Núcleo de Estudos Avançados em Direitos Humanos e Núcleo de Direito Societário. Professor universitário na Rede Funorte das disciplinas de direito civil e empresarial e advogado com atuação no direito privado. É pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti (2022). É pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto Elpídio Donizetti (2020). E-mail: adv.lucasassis@outlook.com.br.

2 Mestre em Direito Privado pela PUC-MINAS. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNIPAC. Professora do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico (EBTT) do Direito no IF Sudeste MG – *campus* Barbacena, em Barbacena/MG. E-mail: glauciamaria01@gmail.com.

2 Decolonialidade do corpo das pessoas com deficiência

O termo colonialidade foi conceituado pelo sociólogo peruano Anibal Quijano e tratado como lado mais obscuro da modernidade pelo semiólogo argentino Walter Mignolo (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2023). A colonialidade do ser é, na verdade, um instrumento de poder colonial que desumaniza o outro, nega a sua identidade, seus saberes e culturas, através da opressão formalizada por um padrão de normalidade europeia e estadunidense, que imprime um modelo heteronormativo e capacitista.

Assim, existem pessoas que estão na "zona do ser" – colonizadores -, grupo formado por pessoas que se ditam superiores e que são privilegiados a partir de suas identidades, seus conhecimentos e sua cultura como hegemônicos. E os colonizados seriam inseridos na "zona do não-ser", pois não pertencem ao perfil do sujeito civilizado (FANON, 2008). Isso forma o mito da inferioridade ontológica da "zona do não ser", que fabrica pessoas que são menos em vista da superioridade daqueles que são mais, pois seriam sujeitos do conhecimento, de história e fazedores e criadores de cultura (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2023).

Na visão das professoras do Programa de Pós-Graduação em Educação e Cultura da UFPA:

> A colonialidade do Ser, então, nos possibilita compreender o processo de negação do outro em uma perspectiva ontológica, de hierarquia colonial e de violência dos direitos humanos, não exclusivamente à raça, mas também ao gênero, a sexualidade, a idade, a cultura entre outros, ou seja, a todos os grupos e indivíduos que sofreram e tem sofrido com os impactos históricos sociais da modernidade/colonialidade. Os estudos decoloniais vem atuando como base epistêmica, política e cultural neste anúncio, uma vez que oportuniza os oprimidos, os subalternizados em dizer e sinalizar a sua palavra, sua leitura de mundo e suas identidades outras (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2023, p. 4).

A colonialidade seria, portanto, um instrumento intersubjetivo histórico e coletivo de opressão, ou seja, um processo de subalternização epistêmica, política, ontológica, linguística, sexual, racial, entre outros segmentos, operando-se, portanto, em diversas dimensões da coletividade humana. As garras da colonialidade do poder, do ser e do saber assenhoram-se por todos os aspectos das relações sociais e atuam diretamente nas mentalidades, nos saberes, nos corpos, nas territorialidades das populações latino-americanas (SOUZA, 2017).

A colonialidade do ser para se referir ao processo de subalternização das pessoas com deficiência é a colonização dos corpos. O eurocentrismo

parte de uma visão de normalidade que não abarca as pessoas com deficiência. Lado outro, as perspectivas decoloniais trabalham pela afirmação das corporeidades. Assim, "é preciso superar a dicotomia cartesiana (europeia) de corpo e mente. Os corpos sentem e pensam. Os corpos das pessoas com deficiência (especialmente físicos, cegos, surdos, pessoas com síndrome de Down) desafiam a ideia de normalidade eurocêntrica" (OLIVEIRA, 2018, p. 4).

O sujeito deficiente, ainda na modernidade, é marcado e representado por uma visão unicamente clínica e terapêutica. Ou seja: a colonialidade do ser, ao fabricar o sujeito com deficiência, macula-o como subalterno aos outros. Nessa toada, muito comum perceber que, ao fazer uso de uma característica física, linguística ou comportamental de uma pessoa com deficiência de forma pejorativa, assume-se uma ação capacitista, como exemplo, expressões como "Você é retardado?", "Para de fingir demência!", "Parece até autista!", "Ciclano está igual cego em tiroteio...", "A desculpa do aleijado é a muleta".

Na visão de Wash (2009), tentar romper, descolonizar, ressignificar e transformar tal concepção, partindo de uma ótica socioantropológica, decolonial e intercultural crítica, constitui-se uma praxiologia extremamente penosa. Olhar o outro pelo prisma da diferença linguística, identitária e cultural se torna uma ação marcada pela alteridade, isto é, pelo reconhecimento da singularidade existencial de cada sujeito.

Dussel (2000) afirma que a invenção do outro foi fabricada pela negação desse como outro no decorrer da história. Em se tratando de pessoas com deficiência, há uma negação e uma invisibilidade em seus processos formativos, educativos e culturais. Faz-se necessário, nas visões do autor, pensar o outro pela diferença e não pela igualdade, rompendo com o colonialismo que criou uma referência e a partir dela se pensou o outro.

Trilhar um caminho de reflexão sobre corponormatividade exige voltar-se para a própria epistemologia decolonial. A perspectiva decolonial não apenas observa as populações negras e indígenas, mas sim qualquer população que foi invisibilizada e subalternizada em suas formas de saber e conhecer, pois, a colonização, enquanto processo, reproduz lógicas econômicas, políticas e cognitivas de existência.

Destaca-se que as principais lutas contra as formas moderno-coloniais de exploração tratadas na modernidade são: capitalismo, racismo, patriarcado, sexismo e homofobia. Todavia, "percebe-se uma lacuna na subalternização, na exploração e na opressão vivida pelas Pessoas com Deficiência – capacitismo – como se houvesse uma cortina de fumaça que

impedisse de olhar esses sujeitos como concretos vitimados e periféricos" (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2023, p. 6).

E para pensar a corponormatividade a partir do pensamento decolonial é preciso questionar a lógica das ciências naturais moderna, fundada com o ideal do *Cogito, Ergo sum*, que reafirma o ideal de separação entre alma e corpo. Isso porque a ciência moderna se funda no viés imperialista apoiado na observação, mensuração, classificação e verificabilidade. A partir desse olhar metodológico, a corporeidade humana assume valor de mercadoria: o corpo-objeto (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2023, p. 6).

Vale assinalar que o colonialismo, quando empreendeu o genocídio dos povos originários ameríndios e a escravização dos povos africanos, categorizou quais corpos eram humanos e quais eram não humanos (CARVALHO, 2020). Vê-se, a partir daí, a brutalização dos corpos considerados não humanos, com base na leitura e no diagnóstico dos colonizadores. O corpo é, portanto, para a epistemologia do movimento decolonial, marcado por conflitos, isso porque ele é um símbolo explorado nas relações de poder para classificar e hierarquizar diferença entre grupos. Essa relação entre corpo e poder é permeada pela destituição de direitos e até da própria humanidade dos corpos considerados diferentes (LÓPEZ, 2015).

No colonialismo, há um verdadeiro processo de desumanização e negação do outro, outrora por sua eliminação física resultante de uma ação escravagista, colonizadora e violenta, ora pela negação de sua diferença e alteridade acarretando o seu encobrimento, ou seja, a sua invisibilidade. O outro será, portanto, naturalizado como anormal ou como inferior – selvagem, não humano – a partir da cultura oficial, da ideologia dominante, da linguagem padrão e da identidade do opressor (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2023).

Historicamente, as pessoas com deficiência ocupam o lugar de um outro maléfico (SKLIAR, 2003), de um outro rejeitado e negado por suas diferenças. O outro seria o depositário de todos os males ou então o portador das falhas sociais. Por isso não se deve mais utilizar o termo "portador de deficiência", pois a expressão pode se tornar um estigma por meio do qual a deficiência passa a ser a característica principal da pessoa em detrimento de sua condição humana, o que não é compatível com um modelo inclusivo.

Este tipo de pensamento, focado na hierarquização da diferença do outro, supõe que a pobreza é do pobre, a violência é do violento, o problema de aprendizagem é do aluno e a deficiência é do deficiente (DUSCHATZKY; SKLIAR, 2011). Paradoxalmente, a estigmatização da

pessoa deficiente fortalece o que haveria de bom no outro, neste caso, na pessoa sem deficiência, que não teria mal algum a ser expurgado.

O outro deficiente é constituído sobre a roupagem de incapaz – e assim o foi por muito tempo na teoria milenar das incapacidades do direito privado – sendo nomeado como anormal pelo seu corpo, seu intelecto, sua língua e sua identidade. O capacitismo estabelece um modelo físico, normal, hegemônico. É o padrão da classe dominadora e dominante. O sujeito com deficiência, entretanto, está à margem, pois é um estado diminuído do que é ser um humano.

Portanto, quanto mais reforçar o discurso conservador da identidade perfeita e não patológica mais cristaliza-se o pensamento capacitista. É necessário perceber tais desigualdades e opressões com o objetivo único de superá-las através de políticas públicas que privilegiem a educação e o reconhecimento da integralidade do Ser sujeito com deficiência.

3 Direito à educação inclusiva

A educação é um direito fundamental garantido a todas as crianças e adolescentes (art. 53 do ECA), independente do fato de possuírem ou não deficiência. A criança e o adolescente, seja deficiente ou não, têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes a legislação: (1) igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (2) direito de ser respeitado por seus educadores; (3) direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; (4) direito de organização e participação em entidades estudantis; (5) acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146 de 6/7/2015) impõe ao Estado, à sociedade e à família o dever de assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à habilitação e reabilitação, à moradia, ao trabalho, à assistência social, à previdência, à cultura, esporte, turismo, lazer, transporte e à mobilidade, reconhecendo, ao lado desses direitos, a educação como Direito Fundamental.

O direito à educação não está apenas cristalizado no Estatuto da Criança e do Adolescente ou no Estatuto da Pessoa com Deficiência, mas também na Lei da Integração (Lei Federal nº 7.853/1989), na Lei de

Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal n o 9.394/1996) e no Plano Nacional de Educação (Lei Federal n° 13.005/2014).

No art. 28 da lei 13.146/2015, há ainda a determinação de diversas incumbências ao Estado, os quais merecem destaque: (1) o desenvolvimento de sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida; (2) a criação e aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena; (3) a criação de oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas; (4) a implementação de oferta de profissionais de apoio escolar, entre tantas outras medidas.

Aliás, às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamen-te o disposto o art. 28, incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal já confirmou a constitucionalidade do dispositivo, ponderando que "o ensino privado não deve privar os estudantes com e sem deficiência da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora transmudando-se em verdadeiro local de exclusão ao arrepio da ordem constitucional vigente[3]".

Tudo isso mostra a relevância da temática, pois:

> A exclusão da escola é a forma mais perversa e irremediável de exclusão social, pois nega o direito elementar de cidadania, reproduzindo o círculo da pobreza e da marginalidade, alienando a pessoa de qualquer perspectiva de futuro (Lei 10.172/2001 que aprova o Plano Nacional de Educação p. 13).
>
> A escola possui um papel fundamental na concretização de valores como o respeito às diferenças, construção de uma sociedade inclusiva, e uma visão não limitante da deficiência. É um poderoso *locus* de formação moral, ética, estética e política. Compreende-se que é essencial ensinar cidadania para as crianças, o direito de pertencer e celebrar as diferenças (COSTA e DINIZ, 2020, p. 428).

Por essas e outras que a inclusão deve ser uma meta forçada. O modelo educacional inclusivo pressupõe uma decisão política pela construção de uma sociedade inclusiva. Isso passa por "reconhecimento e respeito das diferenças,

3 ADI 5357, Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 09/06/2016.

visão de educação que admite que as dificuldades de alguns alunos resultam do ensino e de como a aprendizagem é concebida e avaliada, e que a deficiência não pode ser resumida a um perfil clínico" (SAMPAIO, 2009, p. 24).

A escola inclusiva deve ser entendida como uma escola de todos. A educação, nesse sentido:

> deve organizar-se por meio de quatro vias do saber – que na verdade são uma via só, uma vez que entre elas há múltiplos pontos de contato, de intersecção, de permuta – ou, de quatro pilares do conhecimento e que servirão a cada indivíduo e ao longo de toda sua vida: a) aprender a conhecer, ou seja, uma aprendizagem que visa ao domínio dos próprios instrumentos do conhecimento, antes mesmo da aquisição de um vasto repertório de saberes; b) aprender a fazer, voltado à questão da formação profissional; c) aprender a ser, ou seja, todo o ser humano deve ser preparado para elaborar pensamentos autônomos e formular avaliações críticas próprias, que permitem decidir, por si mesmo, como agir nas mais diferentes situações da vida; d) aprender a viver junto (RIBEIRO, 2007, p. 69).

A Constituição Federal garante o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino e acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. O atendimento especializado, contudo, não tem aqui conotação excludente, de separação do ambiente escolar comum:

> Alguns precisam, sim, de atendimento especializado; no entanto, esse atendimento não significa restrição ao mesmo ambiente que os demais educandos, ao contrário, esse atendimento deve ser bem definido e funcionar como um currículo à parte, oferecendo subsídios para que os alunos possam aprender conteúdos específicos a cada deficiência, concomitantemente ao ensino comum. Insistimos: a garantia de atendimento especializado não pode subtrair o direito de acesso ao mesmo ambiente que os demais educandos (FÁVERO, 2007, p. 55 e 56).

Importantíssimo anotar "que a Constituição fala em 'atendimento educacional especializado' e não em educação especial, ou seja, pela norma constitucional não é admissível o ensino segregado" (SEGALLA, 2012, p. 182). O espírito do Poder Constituinte Originário foi colocar no mesmo espaço os desiguais. A pessoa com deficiência, portanto, teria direito ao ensino comum e ao ensino especial, ou melhor dizendo, ao atendimento educacional especializado, sendo este último complementar ao ensino regular, mas jamais substituto. O ambiente de segregação não é saudável para quem não tem deficiência, nem para quem a possui:

> Veja-se que, por impropriedade técnica, o legislador ordinário substituiu a expressão utilizada na Constituição "atendimento educacional especializado" por "educação especial". No entanto, o que deve prevalecer é o intuito constitucional de proteção e garantia do direito à educação das pessoas com deficiência, em detrimento da terminologia equivocada. Apesar do equívoco de terminologia, certo é que a principiologia da LDB, somada à sistemática constitucional, não permite o ensino segregado (SEGALLA, 2012, p. 185).

A educação inclusiva requer uma série de transformações que envolve o acesso e o progresso na educação formal e informal de alta qualidade, sem discriminação. A inclusão procura habilitar as comunidades, sistemas e estruturas a combater a discriminação, incluindo os estereótipos prejudiciais, reconhecendo a diversidade, promovendo a participação e superando as barreiras ao aprendizado e à participação de todos, concentrando-se no bem-estar e sucesso dos estudantes com deficiência. Ela exige uma transformação profunda dos sistemas de ensino em termos de legislação e políticas, bem como de mecanismos de financiamento, administração, e de desenho, oferta e acompanhamento da aprendizagem. Pois o simples ato de permitir a matrícula na escola regular não é sinônimo de inclusão, há a necessidade de adequação do sistema tradicional para permitir o aprendizado.

4 Distinções entre exclusão, segregação, integração e inclusão escolar

Com a internalização da Convenção das Nações Unidas ao ordenamento jurídico pátrio, inclusive, com status de Emenda Constitucional, o Brasil tornou inequívoca a obrigação jurídica do processo de inclusão em educação de estudantes com deficiência em todos os níveis de ensino. Nesse sentido, na 14ª Sessão do Comitê da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, foi realizada uma convocação dos países signatários para adesão ao esboço do que seria o "comentário Geral nº 04" sobre o direito à educação inclusiva. No comentário, elaborado pelo Comitê da ONU, há uma distinção estrategicamente central na construção de uma educação com qualidade entre os processos educacionais de exclusão, segregação, integração e inclusão, conforme se observa abaixo:

> O Comitê salienta a importância do reconhecimento entre exclusão, segregação, integração e inclusão. A exclusão ocorre quando estudantes são direta ou indiretamente impedidos de ter acesso à educação sob qualquer forma. A segregação ocorre quando a educação de estudantes com deficiência é provida em ambientes separados, projetados ou usados para atender uma deficiência particular ou várias deficiências de forma

> isolada dos estudantes sem deficiência. Integração é o processo de colocar pessoas com deficiência em instituições educacionais regulares com entendimento de que eles devem se ajustar aos requisitos padronizados dessas instituições. Inclusão envolve um processo de reforma sistêmica que incorpora mudanças e modificações no conteúdo, métodos de ensino, abordagens, estruturas e estratégias na educação para superar barreiras com uma visão que serve para prover a todos os alunos, na mesma faixa etária, uma experiência de aprendizagem equitativa e participativa que melhor corresponde às necessidades e preferências. Posicionar estudantes com deficiência em turmas regulares sem as correspondentes mudanças estruturais, por exemplo, na flexibilização de currículos e nas estratégias de ensino e aprendizagem, não constitui inclusão. A Integração não garante automaticamente a transição da segregação para inclusão (NOVA YORK, 2016).

Dessa feita, vê-se que o reconhecimento da inclusão é a chave para alcançar o direito à educação das pessoas com deficiência, como último estágio evolutivo. A educação inclusiva é fundamental para atingir uma educação de qualidade para todos os estudantes, incluindo aqueles com deficiência, e para o desenvolvimento de sociedades inclusivas, pacíficas e justas. Somente a educação inclusiva pode fornecer tanto a educação de qualidade quanto o desenvolvimento social para pessoas com deficiência, além da garantia da universalidade e da não discriminação do direito à educação.

Historicamente encaradas como dependentes da seguridade social, as pessoas com deficiência são agora reconhecidas pelas leis internacionais como titulares de direitos, inclusive o direito à educação, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, havendo diversos dispositivos nacionais e internacionais que incorporam medidas que atestam a crescente consciência e compreensão do direito das pessoas com deficiência à educação. O direito à educação inclusiva, entretanto, requer uma transformação na cultura, nas políticas e práticas em todos os ambientes educacionais formais e informais para acomodar as diferentes necessidades e identidades individuais dos estudantes, juntamente com o compromisso de eliminar as barreiras que impedem essa possibilidade.

Tal transformação, necessária e urgente, envolve o reforço da capacidade do sistema de ensino a fim de alcançar todos os estudantes. Centra-se na plena e efetiva participação, acessibilidade, comparecimento e conquistas de todos os estudantes, especialmente aqueles que, por diferentes razões, estão excluídos ou em risco de serem marginalizados.

Portanto, a educação inclusiva, ao fim e ao cabo, deve ser compreendida como verdadeiro princípio que valoriza o bem-estar de todos

os estudantes, respeita a sua dignidade e autonomia inerentes, reconhece as necessidades individuais e sua capacidade de efetivamente ser incluído e contribuir para a sociedade. Dever maior do Estado.

5 Conclusão

A educação é um direito social de extrema relevância no Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988 prevê o direito fundamental à educação nos seguintes dispositivos: art. 6º, art. 7º, IV, art. 22, XXIV, art. 23, V, art. 24, X, art. 30, VI, no art. 150, VI, "c" e nos artigos 205 a 214, que trata exclusivamente do direito em tela. É, assim, um direito fundamental, social, prestacional e subjetivo. É um direito de todos e, diante da efetividade, necessita ser concretizado, não podendo a Administração Pública invocar a ausência de recursos financeiros e orçamentários, pois, ao se falar em educação, estar-se-á discorrer de um mínimo existencial, parcela indissociável de uma existência digna.

A educação é uma verdadeira atividade criadora, que potencializa o indivíduo em várias vertentes, não apenas na intelectual. Contudo, a educação sempre reflete um momento histórico. Ao longo da história, diversas mudanças ocorreram no tratamento dispensado às pessoas com deficiência, iniciando-se com ações de caridade à institucionalização das medidas assistencialistas ao reconhecimento de tais pessoas como seres de direito, possuidoras de dignidade humana.

Ao categorizar os corpos a partir da lógica colonial e hegemônica, estar-se-ia produzindo preconceito, discriminação e aprisionamento de singularidades. O trabalho, ao final, faz um esforço para compreender a dimensão existencial dos indivíduos, considerando sua corporeidade para a construção de um ambiente inclusivo, que promova mais que o acesso mínimo à educação, mas que esta seja fundamentada na desconstrução do pensamento colonial, para servir de instrumento libertário para a população que sofre com estigmas do preconceito e do capacitismo. Por isso, faz-se necessária a dinamização do ensino, voltando-o ao aprofundamento da cultura, à promoção do progresso social e de uma sólida formação ética e crítica e à análise do contexto da realidade, sem esquecer dos valores da liberdade, dos direitos e das garantias fundamentais destas pessoas com deficiência. Só há inclusão a partir da lógica da equidade, do respeito às diferenças, pois a deficiência não pode ser mais interpretada como "corpo perfeito que lhe falta", mas como manifestação da diversidade.

Referências

CARVALHO, B. R. B. **Por uma psicologia não-fascista para um mundo catastrófico**: a experiência de profissionais de psicologia face a lgbtfobia. 178 f. Tese (Doutorado). Doutorado em Psicologia Clínica, Programa de Pós-graduação em Psicologia Clínica, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2020.

COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da Costa; DINIZ, Maria Helena. **Direito à educação – um novo repensar**. Revista de direitos sociais e políticas públicas
(UNIFAFIBE). Volume 9, n. 01, páginas 409-446, setembro, 2021.

DUARTE, Clarice. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. Tese de doutorado (doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

DUSCHATZKY, S; SKLIAR, C. O nome dos outros. **Narrando alteridade na cultura e na educação**. In: LARROSA, J; SKLIAR, C. (Org.). Habitantes de Babel: políticas e poéticas da diferença. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011, p. 119-138.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência**: garantia de igualdade na diversidade. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA, 2007.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direito à educação das pessoas com deficiência.** 2004. Disponível em: http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/621/801]. Acesso em: mar/2022.

GALLASI, Almir (org). **Estatuto da pessoa com deficiência**: comentários à Lei 13.146/2015. Indaiatuba: Editora Foco, 2022.

LOPES, Laís de Figueirêdo. "Artigo 1: Propósitos" In DIAS, Joelson et alii. **Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**. Brasília, Presidência da República Secretaria de Direitos Humanos Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2014.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São
Paulo: Saraiva, 2021.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas,

2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **A Dignidade da Pessoa Humana**. Coimbra: Almedina, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**: Trunfos contra a Maioria. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

OCAÑA, Alexander Ortiz; LÓPEZ, María Isabel Arias; CONEDO, Zaira Esther Pedrozo. **Decolonialidad de la educación**. Emergencia/urgencia de uma pedagogía decolonial. Santa Marta, Universidad del Magdalena, 2018.

OLIVEIRA, W. M. M. de; OLIVEIRA, I. A. de. **As identidades surdas como objeto de estudo em produções científicas no Brasil** (2004 a 2018). In: BRASILEIRA, T. S. A; FRANÇA, R. F. C (Org) Cartografia de produção do conhecimento na/da Pan- Amazônia dos grupos de pesquisa PRÁXIS UFOPA e UNIR. Brasília: Rosivan Diagramação & Artes Gráficas, 2021. p. 58-79.

OLIVEIRA, W. M. M de. **Narrativas de vida e pensamento decolonial**: na construção da integralidade do Ser Surdo na Amazônia Tocantina. Tese (Doutorado em Educação) Universidade do Estado do Pará, Belém, 2023, 413f. Disponível em: https://ccse.uepa.br/ppged/ Acesso em: 28 nov. 2023.

SAMPAIO, Cristiane; SAMPAIO, Sônia. **Educação inclusiva**: o professor mediando
para a vida. Salvador: EDUFBA, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. **Inclusão social e direito à educação**: a importância de uma escola para todos. In: Soraya Gasparetto Lunardi (Org.). Inclusão social e sua efetivação. Curitiba: CRV, 2011.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; RAGAZZI, Ivana Aparecida G. **Assistência integral à saúde da pessoa com deficiência**: meios de efetivação do dever estatal. In: GOTTEMS, Claudinei J.; SIQUEIRA, Dirceu P. (Orgs.). Direitos fundamentais: da normatização à efetividade nos 20 anos da Constituição brasileira. Birigui: Boreal, 2008.

SKLIAR, C. **Pedagogia (improvável) da diferença**: e se o outro não estivesse aí? Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

Capítulo 4

A PRISÃO APÓS JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – UMA ANÁLISE DO RE 1235340 / SC À LUZ DA RETÓRICA ERÍSTICA

Leonardo da Rocha de Souza[1]
João Maurício Adeodato[2]
Cassius Guimarães Chai[3]

1 Introdução

O julgamento pelo Tribunal do Júri ao longo dos séculos tem sido objeto de longas e, porque não dizer, intermináveis discussões jurídicas e filosóficas, dada às paixões que desperta, não só naqueles diretamente envolvidos, mas também na sociedade na totalidade.

1 Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional – FDV. E-mail: rocha.advocacia@hotmail.com

2 Doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt. Fez outros estágios pós-doutorais de curta duração (três a quatro meses) nas Universidades de Mainz (1991), Freiburg (1995), Heidelberg (2000, 2003, 2006, 2009 e 2011), Hagen (2014) e Frankfurt (2018). Doutor Honoris Causa pelas Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo (2009). Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória e da Universidade Nove de Julho. Professor Colaborador da Escola Paulista de Direito. Professor Colaborador do LL.M. Legal Theory da Universidade de Frankfurt. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq - Nível 1A.. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4290-7087

3 Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (2001) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Cardozo School of Law - Yeshiva University (2006); Estudos Doutorais e de pós doutorado em Derecho Administrativo de la Sociedad del Conocimiento - Universidad de Salamanca, 2007 a 2010; Estudos pós-doutorais e Visiting Professor, guest of Legal Department of Central European University - Hu, 2007; estudos extraordinários European University Institute - ITA, 2010; estudos na The Hague Academy of International Law - Haia, 2011; Professor Titular da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão (ESMPMA). Pós-doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor Permanente PPGD/Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestrado e doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Professor Titular da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR e PPGAERO). Membro da International Law Association /ILA, International Association of Political Science. Doi: https://orcid.org/0000-0001-5893-3901

Neste contexto, há aqueles que amam e outros que desejam a extinção do julgamento pelo tribunal popular (inclusive no próprio poder judiciário). [4]

No âmbito dessa teia de discussões, a prisão automática após julgamento pelo Tribunal do Júri tomou a agenda do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 1235340 / SC, julgado em 12/09/2024[5], em que se deliberou em síntese, sobre a constitucionalidade da execução imediata da pena, em caso de condenação, de qualquer pessoa submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri, mesmo diante da eventual pendência de qualquer recurso manejado pelo réu.

O objetivo deste artigo é fazer uma análise do referido julgado, à luz da retórica erística, para fugir aos lugares-comuns[6], seus argumentos e verificar a existência (ou não) e desejos inconfessáveis, nem sempre revelados nas decisões judiciais[7].

Isso porque, em termos das decisões judiciais, não obstante todas as tentativas filosóficas e jurídicas da argumentação para sua justificação, a retórica vê com desconfiança discursos supostamente persuasivos ali contidos e de certa forma até sedutores com a utilização de palavras vagas como "verdade", "justiça", "igualdade", "combate ao perigo e a impunidade", "segurança e ordem pública". E essa desconfiança tem seus fundamentos considerando que, ao longo da história, essas argumentações que buscam convencer ou persuadir, na verdade, desembocam na imposição de uma visão de mundo ou interpretações jurídicas dos fatos que geram decisões em geral autoritárias, arbitrárias, que tem sido "justificadas" sempre e em nome desses mesmos desejos heroicos, a exemplo do Ato Institucional 05 de 13 de dezembro de 1968.[8]

Considerando que o acordão contém 217 laudas, a análise ficará restrita, *a priori*, ao voto vencedor elaborador pelo ministro Luís Roberto Barroso e ao voto divergente inaugural vencido da lavra do ministro Gilmar Ferreira Mendes, em homenagem à técnica dos *dissoi logoi* num verdadeiro elogio ao outro[9], para conhecer mais de um lado das questões ali

4 https://www.jusbrasil.com.br/noticias/toffoli-diz-para-congresso-propor-extinção-do-juri-passou-da-hora/1881835106 hora/1881835106 - Acesso em: 10 jan. 2025.

5 https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/condenados-por-juri-popular-podem-ser-presos-imediatamente-apos-o-julgamento-decide-stf/ - Acesso em: 10 jan. 2025.

6 ADEODATO, 2023, p. 10.

7 ADEOTADO, 2023, p. 9-18.

8 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm - Acesso em: 10 jan. 2025.

9 HASSEMER, 2007, p. 35.

debatidas, abstraindo-se o máximo possível, com as ressalvas da já conhecida impossibilidade de neutralidade científica[10].

Assim, sintetizando os argumentos e as afirmações contidas nesse julgamento, busca-se tentar desvelar, em suas fundamentações, o "não dito", o real significado das palavras imprecisas e vagas ali existentes. No caso concreto, tem-se como relator desse julgamento Sua Excelência Ministro Luís Roberto Barroso, um idealista que, vez ou outra, exalta o "papel de judiciário como solução dos problemas da sociedade brasileira" e para quem a Suprema Corte tem um papel "iluminista" e precisa "empurrar a história".[11] Só por essas palavras, ditas por quem redigiu o voto que se tornou o relato vencedor, visto que foi acolhido pela maioria dos seus pares, já bastaria para, com a desconfiança retórica, olharmos com certo ceticismo no que tange aos reais fundamentos dessa decisão, conclusão essa que se espera chegar ao final desse artigo.

Diante disso, o presente artigo tem por escopo oferecer resposta ao seguinte problema de pesquisa: O discurso contido no relato vencedor do julgamento do RE 1235340/SC contem argumentos persuasivos, sinceros, reveláveis, a retórica defendida por Aristóteles e convenceu os participantes do julgamento ou, na verdade, o relato dominante se utilizou das vias erísticas e argumentos e significados impossíveis de serem revelados, sob pena de derrota no debate travado, para, no final, sagrar-se vencedor? Se sim, quais seriam essas vias, argumentos e significados não revelados?

O artigo revela a preocupação de trazer à baila conceitos, definições da retórica erística na decisão judicial e na linguagem. Também busca discutir a argumentação e persuasão no contexto retórico, para, no caso concreto, revelar e comprovar (ou não), que essa decisão judicial, não obstante os senhores ministros queiram demonstrar sinceridade e boas intensões em suas palavras, também podem, numa visão retórica erística, revelar vieses autoritários inconfessáveis.

O marco teórico aqui adotado repousa no pensamento do filósofo do Direito, João Mauricio Adeodato[12], cujas contribuições à filosofia do direito e à teoria da argumentação oferecem uma perspectiva relevante sobre as práticas discursivas no contexto jurídico. Em sua análise do discurso jurídico, o jusfilósofo, Adeodato, reflete sobre a retórica e a argumentação no campo do direito, proporcionando um sólido embasamento para a

10 ADEODATO, 2023, p. 12.

11 https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/editoriais/barroso-stf-poder-politico-ativismo/ - Acesso em: 10 jan. 2025.

12 https://www.fdv.br/professor/joao-mauricio-adeodato/

discussão da utilização da retórica erística nas decisões judiciais, afirmando que no contexto jurídico, o discurso não é somente um meio de expressar a chamada "verdade", tida como relato vencedor, mas também um instrumento de persuasão e legitimação de decisões. Assim, o direito, enquanto prática discursiva depende de uma série de estratégias argumentativas, muitas das quais podem ser vistas como manipulativas ou inconfessáveis, dependendo da intenção e das vontades do julgador e das circunstâncias da disputa, encaixando-se perfeitamente na análise proposta no presente artigo, visto que esse ponto de vista se alinha diretamente com a ideia de retórica erística, que, no caso concreto do RE 1235340/SC, a prisão após julgamento pelo tribunal do júri, mesmo pendente recursos, ou seja, sem o trânsito em julgado, pode estar, por via transversa, buscando a vitória de pensamentos autoritários e não ditos, hipótese inicial aventada no presente artigo.

2 Retórica, argumentação, persuasão, linguagem e a erística na decisão judicial

A retórica, em síntese, desde seus primórdios gregos, envolvia o estudo e o domínio de todas as vias do discurso humano, tendo como objetivo a defesa de um ponto de vista da disputa jurídica posta, adaptando o discurso ao contexto[13]. Envolve o estudo da persuasão, que se dá por três caminhos: *ethos* (a mensagem convence devido a quem fala), *pathos* (a mensagem convence por despertar emoções favoráveis em quem ouve) e *logos* (a mensagem convence pelo conteúdo do que foi dito). Impede destacar a dificuldade de elaboração e até identificação de tais conceitos tendo em vista as parcas fontes de pesquisas e documentos, muitos dos quais são comentários escritos por terceiros.[14]

Na perspectiva de Aristóteles, a retórica só trata da persuasão, deixando de fora as demais vias discursivas, exclusão essa que não ocorreu na Grécia clássica anterior a sua existência, que incluía, além da persuasão, a erística. Segundo o professor Adeodato, se a argumentação ou retórica visa à persuasão, na decisão prevalecem as vias erísticas[15], sendo essa a hipótese que se pretende demonstrar no presente artigo quando da análise do julgado proposto. Numa linha temporal sintética, a teoria da argumentação inicia-se com a argumentação ou retórica como qualquer via discursiva (Grécia clássica – Górgias) e Aristóteles limita a argumentação ou retórica como

13 ADEODATO, 2022, p. 294.
14 ADEODATO, 2022, p. 294.
15 ADEODATO, 2022, p. 293.

persuasão (*ethos, pathos e logos)*, excluindo a erística no discurso contido na decisão judicial. Assim, o que temos, numa visão realista, é que o relato vencedor entre os estudiosos da retórica até o momento é o de Aristóteles, ou seja, o ato de argumentar ou retórica visa à persuasão e não considera a erística[16].

Para distinguir a persuasão da erística e fazer prevalecer suas ideias, Aristóteles dá ênfase a intenção do autor do discurso, que devem ser sempre sinceras, fazendo-o acreditar no que defende, residindo aí a problemática de suas conclusões, visto que as intenções do ator discursivo não são empiricamente possíveis de verificação, incognoscíveis, algo impensável entre nós e já não é de hoje, e por isso a necessidade de se incluir a erística na teoria da decisão, com vistas a se tentar desvelar suas estratégias e desejos subjacentes. No caso do julgamento do RE 1235340/SC pelo Supremo Tribunal Federal, já de pronto percebe-se a falibilidade do pensamento limitador retórico-persuasivo que exclui a erística, visto que em primeiro lugar, o julgamento foi colegiado e existia a necessidade de uma decisão judicial para estabelecer o relato vencedor, não podiam os senhores ministros agirem como Pilatos e lavar as mãos. Entretanto, a decisão não foi possível de ser alcançado pela via do convencimento ou persuasão, visto que não houve acordo quanto a tese apresentada pelo ministro Luís Roberto Barroso, considerando principalmente os diversos votos divergentes, em especial o da lavra do ministro Gilmar Ferreira Mendes que, como já dito, por ser inaugural, será decomposto e analisado nesse artigo. Segundo porque, as intenções, por mais sinceras e iluministas que sejam oriundas do ministro relator e contidas no discurso do voto vencedor, estas não podem ser identificadas empiricamente e daí, como também já dito, impõe-se o pensamento grego clássico e a necessidade de inclusão da erística na decisão judicial, como um "fantasma" para os participantes do debate, com vistas a tentativa de revelar as estratégias utilizadas nesse julgamento, seus desejos, muitos deles inconfessáveis, talvez para o assombro dos senhores julgadores.

No caso da erística, esta tem origem na palavra Éris, a deusa ao mesmo tempo, da discórdia e das disputas civilizadas sem violência[17]. Ora, no dia a dia forense, decisões precisam ser tomadas, na maioria das vezes, diante de alternativas excludentes e antagônicas. No caso do julgamento em análise, o que temos é, de um lado, a "verdade" estabelecida pelo relato vencedor de permissão de prisão automática em caso de decisão condenatória nos julgamentos pelo tribunal do júri, mesmo na pendência

16 ADEODATO, 2022, p. 295.

17 ADEODATO, p. 298.

de recursos defensivos combatendo tal sentença com efeito de poder anulá-la em determinadas hipóteses legais que não serão aqui descritas por fugir ao objetivo do presente artigo e, do outro lado, argumentos e interpretação diametralmente opostos do voto divergente que entendeu pela impossibilidade de prisão após a condenação pelo tribunal do júri, estando pendente ainda recurso defensivo. Não houve persuasão, por mais idealistas e sinceros que possam ter sido os discursos contidos no voto vencedor. O que houve foi a erística "nua e crua" e será através da análise dela e não das intenções persuasivas Aristotélicas, empiricamente indetectáveis, que se pretende identificar os reais propósitos ali contidos.

O próprio Aristóteles reconhece realisticamente que as pessoas não querem efetivamente o que dizem querer, elas afirmam o que parece melhor, mas o que querem mesmo é proteger seus interesses, ou seja, agem naturalmente de maneira erística. [18]

Assim, a argumentação centra-se na persuasão, onde, numa disputa discursiva, os participantes tentam fazer prevalecer a interpretação de cada um. Ocorre que, não se chegando a um lugar-comum ou consenso por meio da persuasão, há situações, e a decisão judicial é uma clássica, em que existe a necessidade de uma decisão que ponha fim ao debate e estabeleça o discurso vencedor e em decorrência disso, impõe-se inevitavelmente a erística e suas características nos discursos e na decisão judicial. No caso do julgamento em análise no presente artigo, verifica-se claramente a ocorrência desse fenômeno, visto que ao relato vencedor, conduzido pelo ministro Luís Roberto Barroso e a sua tentativa de persuasão dos seus pares, houve dura contraposição principalmente por parte do ministro Gilmar Ferreira Mendes, o que fez aflorar então, a erística nos discursos e na própria decisão para o debate ser vencido, como foi.

Nesta toada e tentando sistematizar a derradeira linha de raciocínio deste tópico, a principal distinção entre argumentação e decisão jurídicas, onde podem prevalecer as vias erísticas, linha teórica aqui adotada, é que as estratégias argumentativas da persuasão, único objeto da retórica segundo Aristóteles, precisam ser expostas, ser confessáveis, para poderem ter êxito. Já na decisão judicial, pode-se conter dissimulações, interesses não expostos e estratégias inconfessáveis, típicas da erística e que, se forem reveladas, como se procura demonstrar no presente artigo, perdem a eficácia. Daí a grande problemática do acolhimento da totalidade dos pensamentos excludentes da erística na retórica.

18 ADEODATO, p. 301.

Não é demais ressaltar e importância da linguagem e suas características erísticas. Isso porque é na linguagem discursiva que reside as imprecisões inerentes a comunicação humana que impossibilitam um só significado e, por isso mesmo, comportam dentro dela, tanto a justificação de argumentos sinceros como deseja Aristóteles, como o engodo, a mentira, a dissimulação e todas as possibilidades das vias erísticas. Um exemplo diz respeito a vagueza de termos utilizados no discurso e inescapável ao discurso humano, ou seja, o alcance da palavra utilizada. Termos como "justiça", "combate a impunidade", "efetividade das decisões judiciais", "credibilidade do poder judiciário", muito utilizadas nos discursos e decisões judiciais, como "mantras" são, na verdade, escudos contra a necessidade de efetiva fundamentação e explicitação de razões, pois, ao senso comum, não há como se contrapor a argumentos "tão sinceros".

Arthur Schopenhauer, em sua obra *A arte de ter razão*, reafirma tal característica no décimo segundo estratagema, de um total de trinta e oito, quando assevera que:

> Se o tema da conversa for um conceito geral que não tem um nome, mas que, como um tropo, tenha que ser designado por meio de um símile, devemos logo escolher um símile que seja favorável à nossa afirmação. Por exemplo: na Espanha, os nomes que designam ambos os partidos políticos, *serviles e liberales, foram escolhidos pelos últimos. Isso vale também para os nomes das coisas, e no ponto em que elas são mais originais: por exemplo, se o oponente propôs alguma modificação, então ela será chamada de inovação, pois essa palavra é abominável.* [19]

Tudo que é dito é também o que se esconde, é um problema da linguagem. Há sempre o dito e o não dito e o ainda por dizer. A passividade diante da linguagem pode nos fazer presas de ilusões das "tais" intenções sinceras de persuasão de Aristóteles e de tantos outros seguidores.

O grande artista e compositor brasileiro Chico Buarque, na sua música "Pois é", de certa forma arremata o problema da linguagem aqui indicado: "Fica o dito e o redito por não dito e é difícil dizer que foi bonito cantar, é inútil cantar".[20]

Sobre a linguagem e sua importância na construção do discurso jurídico, Habermas em sua teoria da ação comunicativa caminha na direção de uma filosofia da linguagem, dentro de uma perspectiva de racionalização da sociedade que deve estar voltada e orientada ao entendimento, sendo que

19 SCHOPENHAUER, 2019, p. 61.

20 https://www.letras.mus.br/chico-buarque/86033/. Consultado em: 10 jan. 2025.

o sucesso dessa racionalidade é conquistado livremente através da força do melhor argumento[21].

Essa razão comunicativa tem como pressuposto e validade, que os atores envolvidos estejam imbuídos de reconhecimento da verdade, de correção normativa, e sinceridade das proposições e do diálogo ali estabelecido. Quer dizer, segundo o pensamento do filósofo alemão, a decisão jurídica deve ser construída de maneira racional, ou seja, ela deve ser uma decisão orientada ao entendimento e, de certa forma, democrática, ideal que permeia toda a obra do autor.

Esse consenso democrático, persuasivo, sincero, de certa forma confluente com os pensamentos Aristotélicos, é de certa forma sedutor, nobre e desejável, porém, realisticamente, não foi o que aconteceu no julgamento em análise. A sinceridade e a persuasão democrática ocorrida durante o julgamento foi, na verdade, a vontade dos vencedores, de imposição de uma visão sobre os fatos, sem qualquer pretensão de convencer aqueles que ali estavam e muito menos às pessoas atingidas diretamente pelo resultado jurídico daquele julgamento, dando razão assim, ao raciocínio teórico do professor Adeodato de que a decisão judicial não contempla apenas o discurso persuasivo, mas também a erística.

Por outro lado, o que se percebe nos votos dos senhores ministros, foi a utilização do discurso como poder, algo que Foucault já havia identificado quando afirmou que [....em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certos procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e seus perigos...][22].

O discurso jurídico nesse julgamento não teve o objetivo de consenso democrático, persuasão racional e sim, a imposição de uma visão que se pretendia ser vencedora, como foi e, com a vitória, a imposição do poder que emana de quem vence: a verdade estabelecida pelo relator vencedor, dando razão mais uma vez quando afirma que [... O discurso não é simplesmente aquilo que manifesta (ou encobre) as lutas de poder; é aquilo por onde, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar...][23]. O discurso não é neutro, ele é território de disputa e o objetivo é a vitória.

Assim, todas as palavras humanas são ambíguas e vagas. Seu sentido é fruto de uma disputa que, ao final, como veremos nesse julgado, chega-se a uma posição dominante.

---

21 HABERMAS, p. 23.
22 FOUCAULT, p. 8.
23 FOUCAULT, p. 24.

3 O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário 1235340/SC

No caso concreto, tratou-se de um julgamento do Recurso Extraordinário 1235340, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público de Santa Catarina contra acórdão no qual o Superior Tribunal de Justiça considerou ilegítima a execução imediata da pena imposta ao recorrido, condenado pelo Júri a 26 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, pelo crime de feminicídio e que tinha 2 questões em discussão pelo pretório excelso:

> 1. Saber se é possível a imediata execução da pena imposta pelo Tribunal do Júri, tendo em vista a soberania dos veredictos;
>
> 2. Saber se é constitucional o art. 492, I, "e", do CPP, que Saber se é constitucional o art. 492, I, "e", do CPP, que impõe ao magistrado sentenciante, "se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, [...] a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que forem interpostos".

O julgamento começou no plenário virtual da corte no dia 04/05/2020 com os votos dos Ministros Luís Roberto Barroso e Dias Tofolli em síntese, dando provimento ao recurso e o Ministro Gilmar Mendes, abrindo a primeira divergência, negando provimento do recurso, quando foi pedido vista para melhor analisar o feito pelo então ministro Ricardo Lewandowski tendo o julgamento retornado no dia 10/11/2022, com o voto-vista que negava provimento ao recurso extraordinário aderindo integralmente à tese proposta no voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, no que foi acompanhando pela Ministra Rosa Weber. Na sequência, votaram os Ministros Alexandre de Moraes e Cármem Lúcia, acompanhando o relator, tendo então pedido vista dos autos o Ministro André Mendonça. O feito voltou a julgamento no plenário virtual quando em 06/0/2023 tendo o voto-vista acompanhando o relator e o Ministro Edson Fachin, que divergia do Relator e do Ministro Gilmar Mendes quando então, claramente percebendo que iria sair derrotado no plenário virtual, o Ministro Gilmar Mendes pediu destaque[24] no julgamento, prerrogativa essa que os Ministros dispõem de retirar feitos em julgamento do plenário virtual e levá-los a julgamento no plenário físico, ou seja, o julgamento passou a ser presencial, o que ocorreu no dia 11/09/2024 quando então foi concluindo, sagrando-se vencedor o voto do relator Ministro Luiz Roberto Barroso.

24 https://www.stf.jus.br/arquivo/norma/resolucao642-2019.pdf - consultado em 09/01/2025

Durante a leitura do acórdão e observando-se a última sessão de julgamento que proclamou o relato vencedor, foi verificado que o julgamento foi "animado", com diversas intervenções dos senhores ministros. Não obstante alguns argumentos "curiosos" emanados principalmente dos Ministros Alexandre de Moraes e Dias Tofolli, que sempre "brindam" a jurisprudência e a academia quando julgam casos de natureza criminal, por questões práticas e metodológicas, considerando que o julgamento foi longo e que produziu um acórdão de 217 páginas, iremos concentrar a análise no voto que se tornou o relato vencedor emanado do Ministro Luís Roberto Barroso e no primeiro voto divergente do decano Ministro Gilmar Ferreira Mendes, sem desconsiderar algumas observações, aqui ou ali, de algumas afirmações discursivas contidas nos demais votos, em homenagem ao *dissoi logoi*. Para isso, serão sintetizados os argumentos e afirmações nos dois votos, tentando ver se apresentam fundamentações explícitas ou "verdades ocultas".[25]

4 Os argumentos e afirmações no voto Ministro Luís Roberto Barroso

O voto do ministro Luís Roberto Barroso foi longo e merecem destaque, para análise que se objetiva no presente artigo, os seguintes trechos:

> O déficit de proteção da vida humana, afirmando que recente publicação do Unicef revela que o Brasil é um dos cinco países do mundo com os maiores índices de homicídios de adolescentes. Entre os anos de 2006 e 2015, cerca de "100 mil meninos e meninas adolescentes foram vítimas de homicídios no Brasil". Logo, "todos os dias, 31 crianças e adolescentes são assassinados", afirmando ainda que é "extremamente perigoso ser criança ou adolescente no Brasil";
>
> Uma "dura realidade", revelada por estudo realizado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019, é que os "casos submetidos à apuração do Tribunal do Júri são expressivamente menores do que o total de homicídios efetivamente ocorridos";
>
> Réu que matou a mulher na própria casa, com quatro facadas, inconformado com o término do relacionamento. O episódio se passou na frente da filha do casal. Feminicídio por motivo torpe, por "agente perigoso";
>
> Os números apresentados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que indicam que entre janeiro de 2017 e outubro de 2019, foram proferidas 15.411 sentenças pelo Tribunal do Júri, no estado de São Paulo que

25 ADEOTADO, 2023, p. 18.

> "menos da metade" foram alvo de recurso (7.477), sendo que o Tribunal anulou "apenas" 1,97% dos casos;

5 Argumentos e afirmações no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes

Do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes merecem destaque os seguintes trechos:

> Inicialmente, observo que o Júri estruturou-se historicamente como Inicialmente, observo que o Júri estruturou-se historicamente como instrumento de limite ao poder do Soberano, a partir da vontade do povo para julgar seus pares;
>
> O processo penal, entretanto, ostenta uma característica singular, uma premissa que orienta toda a estruturação dogmática do direito processual penal: a presunção de inocência;
>
> Em estudo clássico da dogmática penal alemã, Arthur Kaufmann afirma que o princípio da culpabilidade representa valor ontológico, inerente à ordem jurídico-penal democrática, que não pode ser afastado em hipótese alguma. O princípio da culpabilidade é uma barreira constitucional contra a violência estatal sobre a esfera do indivíduo que não pode ser retirada do sistema penal, ao menos do sistema penal que pretende ser democrático;
>
> O poder tende ao abuso e, portanto, precisa de freios constantes para sua contenção;
>
> Pode-se afirmar que o fundamento do processo penal, sua razão de existir, é o reconhecimento de que, em um Estado democrático de direito, a sanção penal somente pode ser imposta após a obtenção de uma condenação definitiva com total respeito às regras do devido processo penal;

5 A erística nas decisões contidas no julgamento

Um exame da retórica utilizada nas decisões judiciais revela como os magistrados empregam a erística para persuadir e moldar percepções. Este estudo analisa os argumentos e estratégias do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, focando na defesa de direitos constitucionais e no impacto emocional de suas declarações. Em contraste, exploramos a abordagem do Ministro Luís Roberto Barroso, que utiliza apelos ao coletivo e à eficiência do sistema judicial para sustentar suas posições.

5.1 Do Ministro Luís Roberto Barroso

Em seu voto, o ministro utiliza estratégias que apelam ao coletivo, à eficiência do sistema judicial e à emoção, construindo uma narrativa que reforça a necessidade de rapidez e efetividade. Sua retórica erística é fortemente pautada no pathos (emoção) e na vagueza das palavras, dos quais destacamos:

> Apelo à Soberania dos Veredictos (Erisma de autoridade Constitucional): Destacou que a Constituição Federal assegura a soberania das decisões do Júri (art. 5º, XXXVIII, 'c'), o que implica que as decisões dos jurados devem ser respeitadas e executadas prontamente, reforçando a confiança da sociedade no sistema judiciário. Essa estratégia confere peso ao discurso, deslocando a discussão para um ponto indiscutível (a soberania), enquanto ignora a complexidade das garantias processuais, em especial ao princípio da não culpabilidade, garantia essa de cunho constitucional;
>
> Apelo à emoção social, função social do júri, prevenção e credibilidade, periculosidade do réu (***Pathos***): Para o ministro, o Tribunal do Júri representa a participação popular na administração da justiça, especialmente em crimes dolosos contra a vida. A execução imediata das penas impostas pelo Júri reforçaria essa função democrática e a efetividade das decisões populares e fortalece a confiança da sociedade e evita a sensação de impunidade, utilizando termos como "é extremamente perigoso ser criança ou adolescente no Brasil", "100 mil meninos e meninas adolescentes foram vítimas de homicídios no Brasil" e "todos os dias, 31 crianças e adolescentes são assassinados" e, por fim, "o episódio se passou na frente da filha do casal. Após a consumação do homicídio, o acusado fugiu, tendo sido encontrados na sua residência arma e munições. Feminicídio por motivo torpe, por agente perigoso". Esse argumento erístico é clássico. A pronta execução das penas após condenação pelo Júri serviria como fator de prevenção geral e fortaleceria a credibilidade do sistema penal. Ele busca vencer o debate eristicamente ao evocar o medo da desordem social e o desejo por justiça rápida, desviando a atenção de possíveis violações de direitos e garantias individuais;
>
> Falsa Compatibilidade com a Presunção de Inocência (*Retorsio Argumenti*): O ministro afirma que a execução imediata não fere a presunção de inocência, mas evita aprofundar os argumentos contrários a até então reafirmados pelo próprio Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54 em que ficou decidido pela impossibilidade de execução imediata da pena após julgamento em segunda instância.[26] Essa estratégia tenta subverter um princípio amplamente aceito para reforçar

26 https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1. Consultado em: 20 jan. 2025.

sua posição, sem enfrentar diretamente as críticas, já identificado por Schopenhauer no seu vigésimo sexto estratagema[27];

Demonização da Impunidade (Falácia *Ad Populum*)**:** O uso da ideia de que a execução imediata evita a sensação de impunidade é um apelo ao sentimento coletivo. Ele não debate tecnicamente a questão jurídica, mas associa quem discorda dessa visão à defesa da impunidade, um argumento emocionalmente poderoso e clássico (*Phatos*). Essa estratégia erística fica clara quando afirma que "dura realidade, revelada por estudo realizado no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2019, é que os casos submetidos à apuração do Tribunal do Júri são expressivamente menores do que o total de homicídios efetivamente ocorridos".

5.2 Do Ministro Gilmar Ferreira Mendes

Em seu voto, o ministro baseia sua retórica na defesa de princípios fundamentais e na criação de cenários hipotéticos extremos para alertar sobre os perigos de flexibilizar direitos constitucionais. Sua abordagem apela à lógica (logos) e ao ethos (credibilidade), embora também incorpore elementos de medo para fortalecer sua retórica erística:

Apelo à Presunção de Inocência: O ministro Gilmar Mendes utiliza a presunção de inocência como um princípio inquestionável, apresentando-o como um obstáculo lógico à execução imediata. Aqui, o foco é enfatizar que qualquer violação desse princípio seria uma afronta ao Estado de Direito;

Dramatização do Risco de Injustiças**:** Ao mencionar que decisões do Júri podem ser reformadas e que a execução imediata poderia resultar no cumprimento de penas injustas, Gilmar Mendes apela ao medo de erros judiciais. Essa abordagem emocional cria uma narrativa de insegurança jurídica;

Foco no Trânsito em Julgado: O ministro sugere que permitir a execução imediata criaria um precedente perigoso, questionando a eficácia do duplo grau de jurisdição. Esse argumento força uma conclusão extrema para desacreditar a posição contrária.

Uso de Precedentes**:** A citação de precedentes contrários à execução imediata busca reforçar sua posição como sendo a mais coerente com a jurisprudência. Esse recurso erístico utiliza a autoridade do próprio tribunal para invalidar a posição adversária.

27 SCHOPENHAUER, 2019, p. 70.

5.3 Breves registros dos votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Dias Tofolli e Nunes Marques

O Ministro Alexandre de Moraes faz questão de trazer ao debate algumas considerações, sem qualquer pretensão de convencer ou persuadir seus pares, deixando claro nelas forte apelo emocional, um cenário de horror, terror e pânico do sistema criminal, comparações jurídicas impróprias e a utilização de palavras vagas e imprecisas, típicas da erística que nada de jurídico tem, somente para vencer o debate, quando faz afirmações como:

> "É uma confusão que se faz com o princípio da presunção de inocência e com a possibilidade ou não de prisão antes do trânsito em julgado. São coisas totalmente diversas, sob pena de afirmarmos que na Europa, nos Estados Unidos e no Canadá não existe o princípio de presunção de inocência. Nesses países, a regra é a prisão antes do trânsito em julgado", utilizando como força de argumento, sistemas jurídicos diferentes do brasileiro, com vistas a levar ao erro os menos desavisados e fazer prevalecer suas ideias;
>
> "O princípio da presunção de inocência exige, para que, digamos assim, o assunto seja considerado terminado", "a comprovação da culpabilidade do indivíduo sem qualquer dúvida razoável", utilizando termos vagos como "assunto considerado terminado" ou "sem qualquer dúvida razoável", típicos da linguagem humana, para também fazer prevalecer seu ponto de vista;
>
> "É um descrédito para a Justiça. Depois de anos, o Tribunal do Júri coloca a pessoa em julgamento, a sociedade julga a pessoa, a pessoa é condenada e a pessoa sai pela mesma porta que a família da vítima. Quem já viveu isso sabe o descrédito que é para a sociedade";
>
> "Se levarmos o princípio da presunção de inocência como corolário absoluto do trânsito em julgado, ninguém pode ser indiciado, ninguém pode ter uma prisão preventiva decretada, uma prisão por pronúncia; é inocente", ampliando e distorcendo a discussão, pois em momento algum foi debatido ou mesmo levado a debate a impossibilidade de indiciamento, ou prisão preventiva em virtude da presunção de inocência, saltando-se aos olhos as vias erísticas também nessa parte do discurso de Sua Excelência;
>
> "Foi dito também, de forma correta, sobre a questão do estado inconstitucional declarado, no Brasil, dos presídios, das penitenciárias. É verdade. Mas temos que ver, como também foi dito aqui, o número - e esse é o caso concreto - de feminicídios. Mil quatrocentos e sessenta e três, em 2023! Quatro mulheres mortas por dia - muito mais, mas vítimas diretas de feminicídio -, além dos homicídios normais. Quatro mulheres por dia! Esse é o estado de coisas inconstitucional, ministro Gilmar. Quarenta e seis mil, trezentos e vinte e oito homicídios no ano

> passado. Em 2022, 52.391 homicídios; em 2021, 47.847 homicídios. Só este ano, estamos iniciando setembro, 46.409. Em quatro anos não completos, quase 200.000 homicídios no Brasil. Nem na Faixa de Gaza se mata tanto! Esse é o estado de coisas inconstitucional"
>
> "Mas não podemos, realmente, deixar que permaneça essa situação de impunidade, na qual, recurso atrás de recurso, a pessoa já condenada pelo Júri fique, anos e anos, solto";
>
> "Aí, gera-se um problema - levantado pelo Senhor Defensor - nos municípios pequenos: o homicídio foi há dez anos, seria justo, agora, prendê-lo, por que ele foi condenado? Seria justo, porque ele matou alguém. Vamos perguntar para a família dessa pessoa se seria justo";
>
> "Eu também fui promotor no interior: faz-se o júri, o homicida é condenado pelos jurados e sai pela porta da frente com a família da vítima, com as testemunhas, com os jurados, com o promotor. Qual a tranquilidade dos jurados, principalmente em cidades menores, de atuar para condenar, sabendo que, no mesmo dia em que condenaram o homicida, encontrá-lo-á no supermercado, no bar? Não é possível que essa situação continue. O fato de o homicida sair, pela porta da frente, com os jurados não só desqualifica a prestação jurisdicional, mas também amedronta os jurados. Temos que lembrar que 80% dos homicídios no Brasil - 78% para ser mais exato - estão ligados ao tráfico de drogas e a milícias, organizações criminosas. A pessoa sai olhando no olho dos jurados. Já é difícil o jurado aceitar ser jurado! Quem trabalhou no Tribunal do Júri sabe da fila de jurados pedindo, pelo amor de Deus, para serem dispensados. Quando sai a relação no Diário Oficial, Ministra Cármen, no começo de janeiro, certamente haverá, a partir de fevereiro, uma fila pedindo para serem dispensados. No dia do júri, pedem, pelo amor de Deus, para que os promotores os recusem. É óbvio, porque sabem que condená-lo-ão e sairão quase que de mão dada com o homicida", apelando, mais uma vez, para argumentos erísticos (*pathos*).

O Ministro Nunes Marques, oriundo da advocacia para o quinto constitucional do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e depois nomeado para a Suprema Corte, num verdadeiro avesso do avesso como poetizou Caetano Veloso[28], evocou Rui Barbosa, justamente um dos maiores defensores da liberdade em nosso país, para, usando suas palavras, sustentar o contrário, ou seja, a prisão antes do trânsito e julgado, o que deve ter feito o túmulo do patrono da advocacia estremecer, senão vejamos:

> "ao defender a instituição do Júri, na sua integridade soberana, em crítica dirigida ao Projeto Alfredo Pinto – proposição cujo escopo era diminuir o âmbito da competência da instituição –, observou, com a verve e a retórica eloquente que o caracterizaram, que garantir o júri não pode ser garantir-lhe o nome. Há de ser garantir-lhe a substância,

28 https://www.letras.mus.br/caetano-veloso/41670/. Consultado em: 09/01/2025.

> a realidade, o poder, arrematando que a cláusula constitucional, que mantém uma instituição, tem por fim perpetuá-la no estado no qual a encontrou, preservando-a, não só no seu caráter, como na sua autoridade; pois aquele, que ficasse com o privilégio de golpear a autoridade, ou de mudar o caráter, possuiria indubitavelmente o arbítrio de convertê-la em sombra, em ficção, em nada."

O Ministro Dias Tofolli, também oriundo da advocacia, verbalizou eristicamente (*pathos*) palavras clássicas, vagas, imprecisas e com apelo à emoção e comoção de desavisados, como forte poder de fazer qualquer um desejar sequer sair de casa, sem qualquer pretensão de persuadir ou convencer seus pares, mas, unicamente, também vencer o debate e ainda, sem qualquer pudor teórico, numa corte constitucional, a tese de extinção do mais que milenar julgamento pelo tribunal do júri, com assertivas como:

> "Grande parte dos homicídios e de crimes contra a vida no Brasil sequer vão a júri! Os números são assustadores. Esse sistema não funciona. Essa é uma verdadeira guerra que ocorre em nosso país todos os anos. São cerca de 40 mil – há ano que chega a 38 mil; há ano que chega a 50 mil – crimes contra a vida em nosso querido Brasil. Volto a dizer, os crimes contra a vida no Brasil representam mais do que qualquer guerra anual que ocorre hoje no mundo. Morre-se mais gente no Brasil do que na Ucrânia, do que em Gaza, do que na Síria, nos locais em que há guerra";
>
> "Ainda nos deparamos com notícias como a do "homem que matou cinco [,] feriu três [e foi] condenado a 97 anos de prisão" pelo tribunal do júri e, ainda assim, pôde recorrer em liberdade. Nesse caso, que ocorreu em 2008, o indivíduo foi condenado em 2019 a quase 100 anos de prisão e, ainda assim, saiu solto!";
>
> "Penso que é importantíssimo discutirmos realmente quão falida é a chamada Instituição do júri. A instituição do júri, embora possa ser uma instituição romântica, em meu olhar, com a devida vênia daqueles que a defendem, é disfuncional. Por isso, desde que tive a oportunidade de votar em processos que tratam do tribunal do júri, para além de defender a soberania, tenho uma preliminar de que o júri deveria ser extinto para o bem do melhor andamento seja das investigações, seja da atuação do Ministério Público como órgão acusatório, seja da magistratura togada, que poderá decidir de maneira mais rápida e célere";
>
> "Quanto às nulidades, há uma grande quantidade de nulidades de júris, que têm que ser feitos novamente; e há toda espécie de artifícios formais usados para que o júri não seja realizado e se chegue à nulidade. Tudo isso faz com que se posterguem casos importantes, casos, com exposição internacional, como o caso concreto, sobre a questão do feminicídio, tão bem enfrentada nos votos anteriormente proferidos";

Em resumo, o Ministro Barroso defendeu a execução imediata da pena após condenação pelo Tribunal do Júri, fundamentando-se

na soberania dos veredictos e na necessidade de efetividade das decisões judiciais, utilizando-se, sem qualquer melindre, de argumentos retóricos erísticos, para fazer prevalecer sua posição e sagrar-se vencedor no debate, o que logrou êxito. Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes posicionou-se contra a execução antecipada, ressaltando a importância da presunção de inocência, do direito ao duplo grau de jurisdição e da possibilidade de revisão das decisões pelo Tribunal do Júri, também utilizando argumentos erísticos, porém sem sucesso. Por fim, pelos breves registros de alguns pontos dos discursos dos demais ministros, vê-se que, para vencer e não convencer (persuadir) no debate travado, os demais ministros utilizaram argumentos retóricos erísticos, de uma verdadeira "terra arrasada", "caos social", quase o "fim da humanidade", do início ao fim de suas manifestações, somente para fazer prevalecer seus desejos, talvez não tão inconfessáveis, e vencer o debate.

6 Considerações finais

A análise do RE 1235340/SC à luz da retórica erística evidenciou a complexidade e os desafios inerentes à aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente no que concerne à prisão após julgamento pelo Tribunal do Júri.

Foram identificados diversos discursos claramente erísticos durante o julgamento analisado e, em geral, isso ocorre porque enunciados com base em declarações de boas intenções como desejava Aristóteles são extremamente frágeis e não se sustentam, uma vez que intenções não são empiricamente observáveis e aí, recorrem-se às estratégias erísticas para, além de fazer prevalecer o seu entendimento, vencer o debate. Os argumentos utilizados e analisados nada em momento algum tiveram o objetivo de persuadir ou convencer. Pelo contrário, são erísticos clássicos para a imposição de uma interpretação jurídica dos fatos sob análise. Nesta toada, pôde-se desvelar, durante a decomposição dos discursos, um verdadeiro desejo autoritário de limitação de direitos individuais constitucionalmente garantidos.

Importante lembrar que, como já dito, no campo filosófico, Aristóteles, em sua concepção clássica, rejeita a erística como parte legítima da retórica, por entender que a retórica deve ser empregada para buscar a persuasão sincera, a verdade e promover o bem comum, e não para manipular ou vencer debates a qualquer custo. No entanto, o estudo revelou que essa visão idealizada e "pura" da retórica não se sustenta plenamente no contexto prático das decisões judiciais, como demonstrado no julgamento em questão. O discurso argumentativo adotado por diversos ministros do

STF evidencia a presença de elementos erísticos, com estratégias voltadas mais para, como disse Schopenhauer, vencer o debate e a imposição de seus pontos de vista, do que para uma discussão idealista genuína, cooperativa e sincera de convencimento ou persuasão. Foi, na verdade, uma imposição dos argumentos erísticos do modo de interpretação dos ministros que compuseram a corrente vencedora.

A análise crítica das manifestações dos ministros no julgamento comprova que a retórica erística desempenhou um papel central na construção dos argumentos, revelando um embate ideológico autoritário subjacente que influenciou diretamente a interpretação constitucional e a formação da verdade decorrente do relato vencedor no caso concreto. Esse uso da erística no discurso jurídico contraria a premissa aristotélica ao subordinar a busca da verdade e da justiça a objetivos pragmáticos e estratégicos.

Portanto, este trabalho não somente reafirma a importância de uma análise crítica dos discursos jurídicos no âmbito do STF, como também revela que, na realidade, o que reinou nesse julgamento foi a retórica ou argumentos erísticos e, nessa perspectiva de análise, pode-se revelar certo inconformismo com uma decisão recente da mesma corte constitucional quando do julgamento da ADC's 43, 44 e 54 que, por 6 a 5, entendeu pela impossibilidade de prisão automática após condenação em segunda instância e assim, por via transversa, o relato vencedor buscou, com êxito, burlar o entendimento sobre o tema prisão antes do trânsito e julgado outrora realizado pela corte. Revelou-se também certo viés autoritário embalado com palavras vagas, imprecisas e sedutoras como "ordem pública", "preservação da vida das nossas crianças e adolescentes", "combate a impunidade" e até a "extinção do próprio tribunal do júri", demostrando o quão importante a análise dos julgamentos e seus discursos, à luz da retórica erística.

Como já dito, o idealismo retórico de Aristóteles e seu prestígio posterior reduziram a retórica à persuasão sincera, eliminando elementos importantes da erística, sobretudo no que concerne à decisão jurídica. Não obstante, conclui-se que no julgamento sob análise, a retórica argumentativa erística foi o verdadeiro fio condutor para a vitória no debate travado e assim, confirma-se a hipótese teórica inicial da impossibilidade de afastamento das vias erísticas da decisão judicial.

Referências

ADEODATO, J. M. (org.). **Aparências e essências: análises retóricas do pensamento jurídico brasileiro**. 2. Ed. Curitiba, Ed. Alteridade, 2023.

ADEODATO, J. M. **Erística na decisão jurídica**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 124, 1 jul. 2022.

ADEODATO, J. M. **Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 110, 17 jun. 2015.

ADEODATO, J. M. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/condenados-por-juri-popular-podem-ser-presos-imediatamente-apos-o-julgamento-decide-stf/ - Acesso em: 15 jan. 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1 – Acesso em: 15 jan. 2025.

Buarque, Chico. **Música Pois é**. Disponível em https://www.letras.mus.br/chico-buarque/86033/ - Acesso em: 15 jan. 2025.

Editorial: **STF se equivoca quando assume "poder político"** | Gazeta do Povo. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/editoriais/barroso-stf-poder-politico-ativismo/ - Acesso em: 15 jan. 2025.

FOCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso. -** tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio, publicada pela **Edições Loyola**, Editora: Edições Loyola; 24ª edição.1996.

HABERMAS, Jurgem. **Teoria do Agir Comunicativo**, 1: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução de Paulo Astor Soethe, 1. Ed.São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal Libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**. Trad. Érica Gonçalves de Castro, Guilherme Ignácio da Silva. São Paulo, Ed. Edipro, 2019.

Toffoli diz para o Congresso propor extinção do Júri: "passou da hora". Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/noticias/toffoli-diz-para-congresso-propor-extinção-do-juri-passou-da-hora/1881835106 -

Acesso em: 10 jan. 2025.

Veloso, Caetano. **Música Sampa**. Disponível em https://www.letras.mus.br/caetano-veloso/41670/.

Capítulo 5

DESIGUALDADE PROCESSUAL E DEMANDAS DE MASSA: LIMITES DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Ana Clara Baggio Violada[1]

1 Introdução

Há muito se tem discutido os obstáculos de acesso a uma ordem jurídica que, na concepção de seus precursores, há de ser uma ordem jurídica justa (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Em que pese, já enunciado na notável obra sobre a temática, a insustentabilidade da jurisdição estatal, como única porta para resolver os conflitos sociais, também é temática que vem ganhando relevância na atualidade.

A tratativa assertiva de conflitos e os meios autocompositivos, portanto, demonstram-se instrumentos fundamentais para uma efetiva garantia do acesso à justiça. No entanto, a busca pela desjudicialização há de ser analisada, sob a mesma ótica que rege os princípios fundamentais de acesso à justiça, eis que a via para diminuir o congestionamento do poder judiciário não pode ser efetivada pela supressão de direitos fundamentais dos cidadãos.

Com isso e, sob a perspectiva de que hoje, o poder judiciário sofre uma crise numérico processual (MANCUSO, 2011), sendo reconhecidamente incapaz de atuar como o único agente nas soluções de conflitos, o presente artigo analisará o acesso à justiça sob a perspectiva da litigiosidade repetitiva.

O trabalho buscará, então, desenvolver uma análise acerca da norma prevista pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que assegura a abertura de portas do Poder Judiciário para que o mesmo forneça resposta aos problemas sociais. Tal análise demonstrará, pois, que a forma como a busca pela desjudicialização está se apresentando no cotidiano forense, não soluciona o problema da litigiosidade repetitiva de fato, eis que mais

1 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora Associada da Faculdade Andreotti (FAM). Pesquisadora do Laboratório de Política, Comportamento e Mídia (LABÔ PUC-SP). Pesquisadora nos Grupos de Pesquisa Políticas Públicas e Neoconstitucionalismo e Neoprocessuailismo (CNPq) - UENP. Advogada especialista em direito contratual e negocial. E-mail: contato@anaclarabaggio.com. Lattes: http://lattes.cnpq.br/3394875424706947

pretende violar a garantia do acesso à justiça dos litigantes eventuais do que efetivamente punir ou inibir a conduta daqueles que são os verdadeiros responsáveis por um sistema moroso e congestionado.

2 Litigiosidade repetitiva no contexto do acesso à justiça

O acesso à justiça traz a perspectiva de um direito humano fundamental, consagrado em todo e qualquer sistema jurídico comprometido com a efetivação, a adequação e a tempestividade, sendo muito mais do que uma garantia formal de acesso ao Judiciário (SANTOS, 2012). Assim, o direito ao acesso à justiça é um direito fundamental, pautado em princípio também constitucional, que deve nortear a interpretação das normas jurídicas e servir como diretriz para a atividade do judiciário, influenciando, assim, todo o ordenamento jurídico, "desde o momento legiferante, passando pela aplicação concreta da lei, até a necessidade de se franquear opções para a sua efetivação, justamente o que possibilita uma construção da democracia de forma justa e igualitária" (TRISTÃO; FACHIN, 2009).

Nesse sentido, a discussão acerca da efetividade do acesso à justiça tem sido objeto de debate acerca da existência de uma crise no sistema judiciário brasileiro, evidenciada, entre outros aspectos, pela sobrecarga dos órgãos de justiça com um grande volume de demandas. A grande maioria desses processos em andamento trata de pretensões individuais, que se multiplicam rapidamente dentro de demandas repetitivas. Isso reflete a predominância, no Brasil, de uma litigiosidade caracterizada pela repetição. Aumento de demandas com semelhança fática, pretensão correlata e, em geral, o Poder Público como parte.

Há de se ressaltar que ao tratar de litigiosidade, não se pode confundir com conflituosidade, eis que essa última se liga à primeira apenas quando as partes reconhecem formalmente um conflito e recorrem à intervenção de um terceiro para resolvê-lo.

O fenômeno da litigância repetitiva, então, pode ser entendido por "um contingente de disputas repetitivas identificado a partir das questões de fato e/ou de direito em comum" e, ter como elementos essenciais similitude das questões fáticas e/ou jurídicas, representatividade do volume e envolvimento de litigantes habituais e litigantes eventuais (ASPERTI, 2014).

O primeiro elemento trata da identidade sobre uma questão de fato e/ou de direito envolta em uma disputa de interesses, a qual é moldada de maneira a permitir que tais questões sejam agrupadas como um conjunto

identificável, recebendo um tratamento processual ou gerencial uniforme. Ou seja, tratam-se de disputas relacionadas a danos causados pela ação de um único agente, a relações de consumo, a contratos de adesão, a produtos e serviços em grande escala, além das interações entre o governo e os cidadãos, seja como titulares de direitos individuais e sociais, como segurados da Previdência Social, ou como contribuintes em diversas esferas governamentais, entre outras situações.

A representatividade de volume, por sua vez, é descrita quando a taxa de processos acerca de tais demandas se demonstra tão expressiva, "a ponto de justificar a adoção de um procedimento (gerencial ou processual) uniforme com intuito de racionalizar sua tramitação e seu julgamento" (ASPERTI, 2014).

Por fim, o envolvimento dos tipos de litigante se configura como elemento de tal fenômeno, tanto quando o litigante habitual é o autor, a exemplo de ações de cobrança de empréstimos bancários ou execuções fiscais, quanto quando é o réu, como em ações de indenização movidas por consumidores ou ações revisionais de contratos bancários.

Nesse sentido, compreender de forma cautelosa aqueles que usualmente figuram como partes em um processo, mostra-se fundamental para compreender a litigância repetitiva. Isso, pois, evidente que as partes que usualmente adentram ao poder judiciário e as suas habilidades de prática tem influência direta no resultado de uma ação.

É exatamente o **"***know how"* dos litigantes habituais que os tornam, além de regulares, mais propensos a êxito em um processo judicial. Isso foi objeto de estudo do professor americano Marc Galanter, reconhecido como uma das figuras centrais do movimento *Law & Society*[2] e um dos primeiros editores do *Law & Society Review*. É autor de um dos principais referenciais teóricos sobre a desigualdade das partes no acesso à justiça. Trata-se, então, de um texto publicado em 1974 e intitulado "*Why the Haves Come Out Ahead? Speculations on the Limits of Legal Change*".

A obra é composta por uma tipologia que classifica os diferentes atores que litigam em juízo, classificando-os de acordo com a frequência que ingressam ao poder judiciário e a similaridade dos litígios que propõe ou se defendem. A análise jurídica tradicional, portanto, é deixada de lado e

2 Trata-se de um dos mais tradicionais congressos de pesquisa interdisciplinar em direito do mundo. Reúne diversos pesquisadores, de diferentes regiões e formações acadêmicas, interessados no "casamento" do direito com as ciências sociais. São juristas, antropólogos, sociólogos, historiadores e cientistas sociais que desejam entender "o que o direito faz", ao invés de entender "o que ele deveria fazer".

o estudo se volta para as regras e instituições, como um olhar ao "outro lado do telescópio" (GALANTER, 1974).

A decisão sobre abordagem do estudo de Marc Galanter nesse trabalho se dá, justamente, pela investigação por ele realizada sobre como o comportamento e a capacidade dos litigantes do poder judiciário influenciam diretamente a sua experiência coletiva de Justiça, bem como nos resultados obtidos.

O autor coloca os litigantes de um processo, nesse seguimento denominado de 'atores', como *players,* ou seja, jogadores, buscando analisar suas capacidades e comportamentos, determinando a forma como o "jogo", que seria o processo, funciona para cada tipo de jogador. Com isso, busca compreender se há impacto ou não na forma como o sistema funciona, "delimitar as possibilidades e as fronteiras de utilização do sistema legal na promoção de transformações redistributivas" (ASPERTI, 2018, *apud* GALANTER, 1974).

Expõe, então, que para apresentar uma resposta sobre a possibilidade de o judiciário e do processo em si promover uma transformação social que vise superar ou ao menos reduzir desigualdades, é necessário entender as diferentes capacidades e vantagens posicionais dos litigantes no processo (GALANTER, 1974).

Os atores recorrentes no judiciário, tanto em número de processos quanto em similaridade de casos, acabam garantindo uma certa experiência que os fornece algumas vantagens estratégicas, justamente por possuírem a oportunidade de testar estratégias diferentes em casos similares e, diante das respostas de cada uma delas, constatar o que de fato "funciona". Já para os litigantes recorrentes, com demandas únicas ou baixas e diferentes, não há tal possibilidade.

Galanter explica que a dicotomia entre *repeat players* e *one-shooters* diz respeito ao que se pode chamar de "porte dos atores", pois os litigantes habituais detêm mais recursos e capacidade de previsão de riscos frente ao uso da justiça, bem como, geralmente, maior aptidão econômica para superar não só os custos do processo, mas os ônus de sucumbência em caso de derrota.

"A identificação dessas vantagens não decorre de um trabalho empírico, mas de uma especulação sobre as diferentes possibilidades e limites de utilização do sistema legal pelos seus diferentes usuários" (GALANTER, 1974).

Em outro trabalho, então, o autor aprofundou as vantagens anteriormente por ele expostas, o que será analisado daqui para frente, com fulcro na obra "*The Vanishing Trial: an examination of trials and related matters in Federal and State Courts*". As primeiras vantagens apontadas pelo autor são as seguintes:

> (1) "Os JHs [jogadores habituais], por já terem feito isso antes, têm conhecimento prévio. Eles são capazes de estruturar a transação seguinte e construir um registro. O JH é aquele que redige o modelo do contrato, que exige o depósito de garantia e assim por diante".
>
> (2) "JHs desenvolvem expertise e têm pronto acesso a especialistas. Eles desfrutam de economias de escala e têm baixos custos iniciais em qualquer caso". (GALANTER, 2004)
>
> (3) "JHs têm oportunidades para desenvolver relações informais facilitadoras com os encarregados institucionais" (GALANTER, 2004).

Conforme se demostrará em capítulo subsequente, quando da análise de dados sobre os 'maiores litigantes' do país, ficará evidente que alguns atores, em especial no setor público, constam como os principais litigantes no sistema. Tal "título" garante a eles, além do conhecimento geral sobre as técnicas, o conhecimento pessoal com os atuantes do poder judiciário. Em outras palavras, a reputação garante facilitação no diálogo com juízes e demais servidores.

Sabe-se que a digitalização do sistema jurídico de fato reduziu os contatos informais, tanto entre partes e advogados, quanto entre advogados e atuantes do sistema, no entanto, o contato ainda existe e, ante a frequência e a "intimidade" entre essas partes, é comum que certos laços sejam facilitadores no acesso dos litigantes habituais e seus representantes legais à justiça. Isso, sem dúvida, é uma vantagem a ser considerada.

Em seguimento, as vantagens apresentadas por Galanter, relacionam-se com o poderio econômico do jogador habitual. As estratégias adotadas podem apresentar perda imediata, mas ganho a longo prazo:

> (4) "O JH precisa estabelecer e manter sua credibilidade como um combatente. O interesse que possui em sua "reputação de negociador" serve como um recurso para estabelecer "compromissos" a respeito de suas posições. Sem uma reputação desse tipo a manter, o PE tem mais dificuldade em se envolver de maneira convincente na negociação.
>
> (5) JHs podem jogar com as probabilidades. Quanto mais o caso em questão vai sendo revelado para o PE, mais provavelmente ele irá adotar uma estratégia "minimax" (minimizar a probabilidade de perda máxima). Uma vez que a aposta é relativamente menor para os JHs, eles podem adotar estratégias calculadas para maximizar o ganho relacionado

> a uma longa série de casos, mesmo quando isso envolve o risco de perda máxima em alguns deles" (GALANTER, 2004)

Notória desvantagem ao litigante eventual, vez que esses pouco conhecem sobre sua chance de êxito final, bem como o fato de ser atrativa a resolução da demanda naquele momento, acabam por aceitar menos do que os seria ofertado em sentença. Cumpre destacar que a parte hipossuficiente não é, em maioria, capaz de suportar sem prejuízos os ônus processuais. Então, a chance de vitória que, ao final não lhe é certa, acaba sendo menos vantajosa frente a uma oferta que, em que pese baixa, apresente certeza naquele momento e, ainda, livre-as dos possíveis ônus processuais. É, de fato, a adoção da técnica "mini-max" acima citada.

Isso condiz com as últimas vantagens, apresentada por Galanter: tais demandas podem não apresentar um ganho abastado por ora, mas a numerosidade delas, a longo prazo, tem vantagem econômica significativa.

> (6) "JHs podem disputar tanto regras quanto ganhos imediatos. Para eles vale a pena, antes de tudo, despender recursos a fim de influenciar a elaboração das regras relevantes por meio de métodos tais como o lobby (e a expertise que acumulam lhes permite fazê-lo persuasivamente).
>
> (7) JHs também podem disputar as regras da própria litigância, ao passo que é improvável que um PE o faça. Isto é, existe uma diferença em relação ao que eles consideram como resultado favorável. Dado que sua aposta no resultado imediato é alta e que por definição um PE é despreocupado com o resultado de semelhante litígio no futuro, ele terá pouco interesse naquele elemento do resultado que pode influenciar a disposição do julgador da próxima vez. Para o JH, por outro lado, qualquer coisa que favoravelmente influencie os resultados de casos futuros vale a pena.
>
> Em virtude de sua experiência e expertise, JHs têm maior capacidade de discernir quais regras têm maior chance de "penetrar" e quais tendem a permanecer como meros compromissos simbólicos. JHs podem ser capazes de concentrar seus recursos em mudanças de regras que prometem produzir uma diferença real. Eles podem compensar derrotas simbólicas com ganhos tangíveis.
>
> Dado que a penetração depende em alguma medida dos recursos das partes (conhecimento, atenção, serviços especializados, dinheiro), JHs têm mais condições de investir recursos necessários para assegurar a penetração das normas favoráveis a eles" (GALANTER, 2004).

Discutidas as vantagens, cumpre destacar que o autor narra ser a tipologia proposta adotada "uma simplificação que compreende "tipos ideais" de litigantes que se inserem ao longo de um espectro, com suas respectivas particularidades" (GALANTER, 2004).

Conclui-se, então, que vantagens se relacionam entre si e que são ainda mais aparentes em um Judiciário congestionado, que o autor chama de "congestionamento crônico" e aumenta ainda mais a desvantagem do litigante eventual, enquanto o litigante habitual pouco sofre com a morosidade do processo e ainda utiliza tal fator como vantagem negocial.

> "Além disso, Galanter afirma que a morosidade do processo decorrente desse congestionamento beneficia aqueles que negligenciam ou violam sistematicamente as regras, sendo-lhes possível protelar responsabilizações, "rolar dívidas" e manter práticas que, embora legalmente e jurisprudencialmente condenáveis, geram maiores ganhos para o ente violador do que as perdas decorrentes das ações judiciais ajuizadas pelos lesados pela prática ou omissão." (ASPERTI, 2018, apud GALANTER, 2004).

Assim, um sistema judicial que se mostra, além de moroso, ineficiente – aqui no sentido de não apresentar efetividade, é alvo de críticas da população que integra os litigantes eventuais. Não há busca por acesso à justiça se não há crença em uma solução justa.

Tem-se, portanto, que os grandes litigantes, fomentadores da litigiosidade repetitiva, conseguem, pelo menos em tese, utilizar vantagens processuais decorrentes de sua recorrência e atuação em casos similares. Já os litigantes eventuais, mostram-se como os de recursos menores e que, majoritariamente, litigam contra esses litigantes eventuais. É nítido, portanto, que o acesso à justiça é mal distribuído e, em grande escala, utilizado por aqueles que podem, não por aqueles que devem.

3 A redução de conflitos judiciais e o PL 533/2019

Considerando o acima narrado acerca da preferência pelo uso da jurisdição estatal aos métodos alternativos de solução de conflitos, no ano de 2019, fora apresentado ao poder legislativo o projeto de lei que dá título a este seguimento do trabalho, pretendendo alterar o artigo 17, parágrafo único e o artigo 491, §3º, ambos do Código de Processo Civil de 2015, com a inserção da resistência do réu ao cumprimento da obrigação na ideia do interesse de agir, sob a justificativa de que seu objetivo seria a incorporação, na legislação processual, do conceito de pretensão resistida, de modo que fique comprovado que houve uma tentativa de solução do conflito antes da sua judicialização (BRASIL, 2019).

A versão inicial do projeto de lei, redigida por Júlio Delgado (PSB-MG), foi elaborada em 06/02/2019 e foi seguida por duas versões substitutivas e uma emenda ao primeiro substitutivo: Substitutivo de

05/06/2019 (Deputado Vinicius Carvalho - PRB-SP); Emenda ao substitutivo de 18/06/2019 (Deputado Eli Corrêa Filho - DEM-SP); e Substitutivo nº 2 de 03/09/2019 (Deputado Vinicius Carvalho - PRB-SP).

Com a aprovação do projeto, os textos de lei passariam a ter a seguinte redação:

> Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.
>
> *Parágrafo único: Em caso de direitos patrimoniais disponíveis, para haver interesse processual é necessário ficar evidenciada a resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor.*
>
> Art. 491. Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando:
>
> I - Não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido;
>
> II - A apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença.
>
> § 1º Nos casos previstos neste artigo, seguir-se-á a apuração do valor devido por liquidação.
>
> § 2º O disposto no caput também se aplica quando o acórdão alterar a sentença.
>
> *§ 3º Na definição da extensão da obrigação, o juiz levará em consideração a efetiva resistência do réu em satisfazer a pretensão do autor, inclusive, no caso de direitos patrimoniais disponíveis, se o autor, por qualquer meio, buscou a conciliação antes de iniciar o processo judicial.*

Ainda em sede de justificativa, a mudança legislativa seria pautada em assuntos já tratados pelo presente trabalho, sendo, em primeiro ponto, o excesso de litigiosidade, fomentado pela suposta facilidade de acesso ao Judiciário, que o próprio projeto de lei coloca como via prioritária pela população – destaca-se o termo população. E, por fim, a necessidade de impor o uso de outras vias extrajudiciais, inclusive virtuais, para redirecionar reclamações e demandas que hoje acarretariam custos excessivos para a justiça e que causam o seu congestionamento.

Não há o que se discordar quanto ao excesso de litigiosidade pautado como premissa do projeto de lei. O fato tornou-se conhecimento comum para todo aquele que se utiliza do poder judiciário e é devidamente confirmado pelos números tratados no segundo capítulo desse trabalho. Os litígios são excessivos e tendem somente a aumentar.

O que se discorda, de imediato, acerca das premissas do presente projeto de lei é que, ao que parece, o mesmo fora feito para evitar que a população continue por optar pela jurisdição estatal como via única de solução de conflitos. Isso se confirma pelo faro de que o projeto de lei expressamente cita exemplos de canais que poderiam ser utilizados para soluções extrajudiciais. São eles, o serviço de atendimento ao consumidor (SAC) dos próprios fornecedores, ouvidoria, consumidor.gov.br e procons.

A proposta parte, ainda, da observação feita por Maria Tereza Sadek, a qual sugere que o número de processos judiciais no Brasil poderia levar à conclusão de que todo cidadão brasileiro está envolvido em pelo menos um processo judicial, eis que os números do Poder Judiciário são enormes devido ao uso mais frequente por certos litigantes, conhecidos como litigantes habituais (SADEK, 2014).

A contradição é expressa. Não são os consumidores os litigantes habituais, tampouco aqueles que ajuízam demanda contra uma entidade do Poder Público. Isso restou evidenciado anteriormente, através da demonstração de que é o próprio Poder Público que fomenta a litigiosidade repetitiva no Brasil. Em especial, tratando-se de ajuizamento de ações, eis que a Administração Pública ocupa disparadamente o primeiro lugar de tal posto.

O PL 533/2019 busca impor, então, à população, uma condição a mais na configuração interesse de agir. A população, configuraria, na taxonomia de Marc Galanter, a representação dos litigantes eventuais. Constitui-se, então, a soma de mais uma das vantagens que os litigantes habituais possuem no sistema judiciário e que, partindo dessa premissa, serão novamente contemplados.

Isso, pois, ainda que a mudança legislativa venha a funcionar de forma paritária, é evidente que o litigante habitual detém mais recursos que otimizariam a satisfação desse pré-requisito para postular em juízo, ao que se cita, o maior número de recursos materiais disponíveis para o envio de uma notificação extrajudicial que corresponda à tentativa de solução consensual. Há, ainda, mais mão de obra disponível para um possível contato conciliatório.

Já nas faces do litigante eventual, o seu direito já está sofrendo ameaça ou lesão. Para que o mesmo venha a propor uma tentativa conciliatória, certamente enfrentaria uma perda na efetivação daquele direito pleiteado. Ao grande litigante, não há desvantagem no processo. Qual seria o impulso que o levaria a cumprir voluntariamente a obrigação que o pequeno

litigante está lhe demandando, partindo de um descumprimento também já voluntário?

Há, ainda, que se falar no tempo extra que a tentativa de solução extrajudicial viria a acrescer na resolução de um conflito repetitivo. Isso reforça, pois, a evidencia que ao litigante habitual não haveria vantagem alguma em atender o litigante eventual para prevenir um futuro litígio contra ele. As vantagens de estar em juízo são maiores.

Assim, o litigante eventual teria que dispor de mais tempo para buscar uma solução extrajudicial, tê-la negada e, somente então, buscar a via da jurisdição estatal, munido de desvantagens, inseguranças e incertezas. Contando, ainda, com aqueles que certamente abririam mão de seu direito pelo caminho.

Evidente que a tentativa de redução da litigiosidade repetitiva pelo PL 533/2019 configura um ferimento a garantia de acesso à justiça expressa pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Isso se dá, pois, o Projeto de Lei mais se aproxima de um obstáculo de acesso à justiça e instrumento de fomento a desigualdades processuais. Assim, o meio assertivo para o descongestionamento judicial reside num instrumento que freie fonte da litigância repetitiva, não no pequeno número de atores que buscam a justiça, mesmo que esse número represente uma quantidade significativa de demandas. O judiciário sobrecarregado é resultado de um Poder Público que desrespeita as suas próprias leis em larga escala, não de uma alta litigiosidade individual. Restringir o acesso ao judiciário por parte do litigante eventual apenas aumenta a desigualdade nesta equação.

4 Considerações finais

Em suma, a discussão destaca a necessidade de medidas para mitigar a litigiosidade repetitiva e promover um acesso mais igualitário à justiça, reconhecendo e abordando as desigualdades existentes no sistema judicial. Com base nesta discussão, é possível fazer algumas conclusões importantes, no sentido de que o acesso à justiça é mais do que uma garantia formal de acesso ao sistema judicial, trata-se de um direito fundamental que deve nortear toda a atividade do judiciário e influenciar o ordenamento jurídico como um todo.

A existência de uma crise no sistema de justiça brasileiro é evidenciada pela sobrecarga dos órgãos judiciários com um grande volume de demandas,

a maioria delas tratando de pretensões individuais que se multiplicam rapidamente dentro de demandas reincidentes, sendo que a litigância repetitiva reflete um cenário onde os litigantes habituais possuem vantagens significativas devido à sua experiência, expertise, recursos econômicos e relacionamentos informais facilitadores no sistema judicial.

Em contraste, os litigantes eventuais enfrentam desvantagens em relação ao conhecimento do sistema, recursos econômicos e capacidade de previsão de riscos, o que os torna mais propensos a aceitar acordos desfavoráveis, o que demonstra um acesso à justiça mal distribuído, sendo utilizado em grande escala por aqueles que têm recursos para fazê-lo, em detrimento dos litigantes eventuais.

A análise dos dados disponibilizados pelo Poder Judiciário revela um panorama preocupante da litigiosidade no Brasil, especialmente no que diz respeito à sua repetitividade. O aumento significativo no número de processos registra recorde nos últimos anos e reflete uma sobrecarga nos tribunais e uma busca incessante por soluções para atender à demanda crescente. É evidente que o relatório Justiça em Números busca destacar a produtividade do poder judiciário, mas não se pode ignorar a magnitude dos desafios enfrentados. A judicialização do cotidiano e a cultura demandista e judiciarista apontam para a necessidade de repensar as estratégias adotadas até então.

A má distribuição da justiça e a predominância do Poder Público como maior litigante evidenciam a complexidade do sistema jurídico brasileiro. A falta de capacidade do judiciário e de outras estruturas estatais para fornecer respostas eficazes resulta em prorrogações e entraves que prejudicam a efetividade do acesso à justiça.

Embora os métodos autocompositivos tenham ganhado espaço no ordenamento jurídico, sua eficácia ainda é limitada para lidar com a litigiosidade repetitiva no Brasil, sendo fundamental buscar um equilíbrio entre garantir o acesso à justiça de forma efetiva e cumprir as formalidades previstas na Constituição Federal.

Diante desse cenário, torna-se imperativo que o poder judiciário, em conjunto com os demais poderes e instituições, promova medidas para enfrentar os desafios da litigiosidade repetitiva, visando oferecer uma prestação jurisdicional mais ágil, eficiente e justa para todos os cidadãos.

Reconhecida e destacada a importância de enfrentar os obstáculos à efetiva realização do direito, tanto no âmbito político e constitucional quanto no processual, buscando novas estruturas e técnicas de solução de conflitos, reconhece-se que o sistema judiciário brasileiro ainda é moldado

por uma "cultura de sentença", que valoriza a resolução judicial como única via para obtenção de justiça.

O Projeto de Lei nº 533 de 2019, por sua vez, busca introduzir o conceito de pretensão resistida como requisito para o interesse processual, com o objetivo de promover a solução extrajudicial de conflitos antes da judicialização. No entanto, a proposta levanta questões sobre a eficácia e equidade de sua aplicação.

Ao privilegiar a via extrajudicial, o projeto impõe uma condição adicional para o acesso à justiça, criando obstáculos para os litigantes eventuais, enquanto os litigantes habituais, com mais recursos e expertise, seriam menos impactados. Isso poderia aumentar a desigualdade no acesso à justiça, ferindo o princípio constitucional de igualdade.

Além disso, a solução para a sobrecarga do judiciário não reside na restrição do acesso para os litigantes eventuais, mas sim na abordagem das causas estruturais da litigiosidade repetitiva, principalmente no que diz respeito ao Poder Público como maior litigante. Limitar o acesso à justiça não é a resposta adequada para resolver a crise numérica de processos, mas sim promover uma justiça mais acessível, eficiente e igualitária para todos os cidadãos.

Referências

ASPERTI, Maria Cecilia de Araujo. **Acesso à justiça e técnicas de julgamento de casos repetitivos**. 414 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 24-49; 50-83.

ASPERTI, Maria Cecilia de Araujo. **Meios consensuais de resolução de disputas repetitivas: a conciliação, a mediação e os grandes litigantes do judiciário**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-27012015-163101. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 533, de 06 de fevereiro de 2019.** Acrescenta o parágrafo único ao artigo 17 e § 3º ao artigo 491, ambos do Código de Processo Civil, 2019[3].

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

3 Os andamentos do PL podem ser consultados em: https://www.camara.leg.br/roposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191394.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional.** Brasília, 2011. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2023** (ano-base de 2022). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf. Acesso em: 09 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estatísticas do Poder Judicário. Datajud.** Disponível em: https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html. Acesso em: 09 abr. 2024.

GALANTER, Marc. ***The Vanishing Trial: an examination of trials and related matters in Federal and State Courts***. Journal of Empirical Legal Studies, v. 1, n. 459, 2004.

GALANTER, Marc. "***Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change***". Law and Society Review, v. 9, n. 1, p. 95-160, 1974. Republicação (com correções) em Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994, p. 165-230.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.**

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. Revista USP, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i101p55-66. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814. Acesso em: 12 abr. 2023.

TRISTÃO, Martins Ivan; FACHIN, Zulmar. **O acesso à justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflitos**. Scientia Iuris, v. 13. 2009.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 5.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa e tratamento adequado de conflitos: resolução 125 do CNJ.** Arbitragem e processo: homenagem ao prof. Carlos Alberto Carmona. Tradução. São Paulo: Quartier Latin, 2022. v. 2. Acesso em: 09 fev. 2023.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. Tradução. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1998. p. 416. Acesso em: 09 fev. 2025.

Capítulo 6

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS NO PROCESSO COLETIVO

Alexandre Gonçalves Ribeiro[1]

1 Introdução

A intervenção de terceiros é um tema de extrema relevância no âmbito do direito processual civil brasileiro, especialmente diante das alterações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil de 2015. A possibilidade de terceiros ingressarem em processos judiciais de forma a influenciar seus resultados e proteger interesses próprios ou alheios é uma questão que suscita debates tanto teóricos quanto práticos. Este artigo busca explorar a intervenção de terceiros, analisando suas diversas modalidades previstas no CPC e sua aplicabilidade no contexto dos processos coletivos, que visam a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações significativas e consolidou entendimentos que vinham sendo discutidos pela doutrina e jurisprudência. No entanto, lacunas permanecem, especialmente no que tange à intervenção de terceiros em processos coletivos. A legislação processual civil brasileira não trata de maneira suficiente dessas intervenções no âmbito coletivo, deixando espaço para interpretações diversas e, muitas vezes, conflitantes. Este artigo visa preencher essas lacunas, propondo diretrizes que auxiliem na aplicação prática e teórica desses institutos.

Para tanto, o presente estudo será dividido em dois grandes tópicos: a intervenção de terceiros no CPC e a intervenção de terceiros no sistema coletivo. No primeiro tópico, serão analisadas as formas de intervenção de terceiros contempladas pelo CPC. Começaremos pela assistência, que permite a intervenção de terceiro que tem interesse jurídico na causa, diferenciando entre assistência simples e litisconsorcial. Seguiremos com a denunciação da lide, que possibilita ao réu chamar ao processo um terceiro que possa ser responsável pela indenização ou pela obrigação em disputa. O

1 Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna (2023-2024). Especialista em Direito Público (2008). Professor do Programa de Pós Graduação *Lato Sensu* da Faculdade de Pará de Minas (2022-2024). Advogado aprovado no Exame Unificado da OAB (2006). Formando em Direito pela Universidade de Itaúna (2005).

chamamento ao processo será tratado em seguida, destacando a sua função de trazer ao litígio coobrigados ou devedores solidários.

Também será discutida a desconsideração da personalidade jurídica, uma medida extrema que permite alcançar os bens dos sócios em casos de abuso da personalidade jurídica. O *amicus curiae*, figura de grande importância em processos que envolvem questões de relevância social, será abordado como um mecanismo que permite a participação de entidades ou especialistas para fornecer subsídios ao julgamento. Ainda, faremos menção à oposição e nomeação à autoria, figuras que existiam no CPC de 1973, mas não foram contempladas no novo código, e discutiremos sua relevância e aplicabilidade.

No segundo tópico, voltaremos nosso olhar para a intervenção de terceiros no sistema coletivo. Será realizada uma análise detalhada da aplicabilidade das figuras processuais mencionadas no contexto das ações coletivas, que possuem características e objetivos próprios. A assistência, por exemplo, apresenta peculiaridades quando transposta para o ambiente coletivo, onde a legitimidade ativa pode ser difusa. A inaplicabilidade da oposição, uma vez que o interesse coletivo difuso muitas vezes não comporta a intervenção individualizada de terceiros, será também discutida.

A nomeação à autoria, apesar de ausente no novo CPC, será analisada em termos de sua possível aplicação nos processos coletivos. Discutiremos a possibilidade e a viabilidade da denunciação da lide no âmbito coletivo, considerando a complexidade das relações jurídicas envolvidas. O chamamento ao processo, por sua vez, será explorado quanto à sua capacidade de integrar múltiplos interessados em litígios de natureza coletiva. A desconsideração da personalidade jurídica e a intervenção do *amicus curiae* serão novamente abordadas, destacando suas especificidades nos processos coletivos.

Por fim, este artigo visa proporcionar uma visão abrangente e aprofundada sobre a intervenção de terceiros, tanto no contexto do CPC quanto nos processos coletivos, contribuindo para a construção de um entendimento mais claro e consistente sobre o tema. A pesquisa utiliza o método indutivo, a partir da análise de normas jurídicas, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, visando fornecer bases sólidas para a prática jurídica e para o desenvolvimento da doutrina processual civil.

2 Intervenção de terceiros no CPC

Geralmente, ao iniciar uma ação, é comum encontrar uma relação jurídica[2] triangular[3], composta pelo autor, pelo réu e pelo juiz. Mesmo quando há litisconsortes incluídos no polo ativo ou passivo, essa estrutura tríplice permanece. Como resultado, de forma geral, a sentença proferida no processo afeta apenas as partes envolvidas na disputa. No entanto, existem casos em que a sentença pode ter impacto sobre terceiros, que podem então intervir no processo.

Entender o conceito de terceiro envolve, fundamentalmente, a própria definição de parte dentro de uma relação jurídica processual. Segundo Liebman (2009, p.380), todos aqueles que não são partes são considerados, em relação àquele processo, terceiros.

No particular, Thereza Arruda Alvim citada por Gonçalves (2013, p.13) assevera que:

> Na razão de poderem os terceiros ser atingidos pela decisão judicial (não pela coisa julgada material), confere o direito positivo, a eles, a possibilidade de intervir em processo alheio, ou seja, toda vez que, de qualquer forma, seja ou possa esse terceiro vir a ser afetado em sua esfera jurídica pela decisão judicial ou, até mesmo, em certos casos, pela fundamentação desta, há possibilidade de que ele intervenha no processo onde essa decisão virá a ser prolatada.

Humberto Theodoro Junior (2008, p. 239) afirma que ocorre o fenômeno processual chamado intervenção de terceiro é quando alguém ingressa, como parte ou coadjuvante da parte, em processo pendente entre outras partes. O mesmo Professor Humberto Theodoro, quando fez parte da a Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto do Novo Código de Processo Civil contribuiu com a introdução de diversas modificações, incluindo mudanças estruturais com a implementação de uma parte geral, a transformação da oposição de terceiros de uma modalidade

2 Uma das grandes preocupações da ciência processual moderna sempre foi, desde Oskar Von Bülow (2019), encontrar a natureza jurídica do processo. A expressão relação jurídica utilizada neste artigo não pretende tomar partido nesta discussão, exaurir a questão ou escolher a melhor expressão. Para aquilo que é proposto no presente artigo, relação jurídica, pode ser compreendida como como uma situação jurídica, entidade jurídica complexa e, mais recentemente, com Elio Fazzalari (2006), até como, um procedimento em contraditório.

3 Com relação a geometria processual o presente artigo também não pretende desconsiderar as demais estruturas propostas seja, através da relação processual linear proposta por Josef Köhler *apud* Tornaghi (1956, p.28), seja através da relação angular de Konrad Hellwig *apud* Tornaghi (1956, p.27). A escolha pelo modelo triangular de Adolf Wach (1977) se justifica, unicamente, pelo entendimento de que cada parte interage diretamente não apenas com o juiz, mas também com a parte contrária.

de intervenção para uma espécie de procedimento especial e a exclusão da nomeação à autoria como modalidade autônoma de intervenção de terceiros, passando a ser tratada no art. 338, como matéria de alegação de defesa (ilegitimidade), além de uma transformação significativa no tratamento dos precedentes.

Arruda Alvim (2011, p.299) assevera que a comissão responsável pela elaboração do anteprojeto deixou claro em sua exposição de motivos que as modificações se pautaram em cinco objetivos:

> 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

Embora no curso do processo legislativo, em alguns momentos esses objetivos tenham sido parcialmente ignorados, essa é a tendência da doutrina processualista brasileira, em especial no tocante à simplificação, efetividade e alinhamento com o texto constitucional (Rangel, 2016). E será nessa perspectiva que os institutos modificados e criados pelo novo Código de Processo Civil devem ser examinados, especialmente as várias formas de intervenção de terceiros, objeto específico deste artigo.

No intuito de melhor compreendermos a pertinência da aplicação dos institutos estruturantes da intervenção de terceiros dentro do sistema único coletivo, inicialmente, buscaremos rememorar os conceitos básicos de intervenção apresentados no Código de Processo Civil.

O primeiro deles, previsto no art. 119[4] do Código de Processo Civil (Brasil, 2015) é a assistência. A assistência é modalidade de intervenção de terceiros *ad coadjuvandum*, pela qual um terceiro ingressa em processo alheio para auxiliar uma das partes em litígio (Didier Jr., 2006, p.295). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[5] destaca que o assistente deve ter interesse jurídico no processo não bastando, por exemplo, o mero interesse econômico na matéria discutida no processo.

---

4 Art. 119. Pendendo causa entre 2 (duas) ou mais pessoas, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma delas poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência será admitida em qualquer procedimento e em todos os graus de jurisdição, recebendo o assistente o processo no estado em que se encontre.

5 *Vide* voto condutor do Ministro Herman Benjamin no Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial nº 2.297.593 – SP (2023/0038477-8) (Brasil, 2023).

O diploma processual civil ainda positiva nos art. 121[6] e 122[7], dois tipos de assistência, a simples e a litisconsorcial. A doutrina explica a diferença entre os tipos de intervenção asseverando que "na assistência simples, o terceiro ingressa no feito afirmando-se titular de relação jurídica conexa àquela que está sendo discutida", ou seja, ele "intervém para ser parte auxiliar" (Didier Jr., 2006, p.296), já a "assistência litisconsorcial é hipótese de litisconsórcio unitário facultativo ulterior", trata-se, portanto, de "intervenção espontânea pela qual o terceiro transforma-se em litisconsorte do assistido" (Didier Jr., 2006, p.299).

A denunciação a lide, por sua vez:

> "Consiste a denunciação da lide numa modalidade de intervenção de terceiros considerada, pela doutrina, como uma lide secundária dentro da demanda originária, isso porque, em atendimento ao princípio da economia processual, as partes, denunciando o terceiro para que este componha a lide, evitam, assim, uma ação de regresso" (Menna, 2008, p.42).

No CPC, a denunciação encontra-se positivada nos artigos 125 a 129, e através da leitura atenta destes verbetes é possível perceber que a denunciação é admissível por qualquer das partes litigantes, atende a situações específicas[8] e tem momento processual adequado (petição inicial e defesa).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p.257), com relação ao terceiro tipo de intervenção prevista no código de processo, afirma que:

> "O chamamento ao processo é a ação condenatória exercida pelo devedor solidário que, acionado sozinho para responder pela totalidade da dívida, pretender acertar, na ação secundária de chamamento, a responsabilidade do devedor principal ou dos demais codevedores solidários, estes na proporção de suas cotas".

A codificação legal[9], por sua vez, lista, de forma exaustiva, quais são os casos de admissibilidade do chamamento. Primeiro a convocação do

---

6 Art. 121. O assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido.

7 Art. 124. Considera-se litisconsorte da parte principal o assistente sempre que a sentença influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.

8 O CPC indica, especificamente, duas situações, a primeira do alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam e a segunda, daquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

9 Art. 130. É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu: I - do afiançado, na ação em que o fiador for réu; II - dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles; III - dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da

afiançado, na ação em que o fiador for réu, segundo, dos demais fiadores, na ação proposta contra um ou alguns deles, e, terceiro, dos demais devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns o pagamento da dívida comum.

A desconsideração da pessoa jurídica, pela sua relevância jurídica, profundidade técnica e construção histórico-doutrinária[10] mereceria um artigo exclusivamente para analisa-la, todavia, não sendo o mote deste artigo, iremos apelas esclarecer que a *disregard doctrine* tem suas origens no direito anglo-saxão e é um princípio jurídico que permite que a personalidade jurídica de uma empresa seja ignorada em certas circunstâncias, principalmente quando ela é usada de forma abusiva ou fraudulenta para prejudicar terceiros.

Dentre as mais importantes inovações apresentadas pelo CPC, se destaca o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ), regulado no Capítulo IV, artigos 133 a 137. Antes dessa codificação, a desconsideração da personalidade jurídica era prevista principalmente na legislação material, como no Código Civil e na Lei de Defesa do Consumidor. Com a regulamentação procedimental clara inserida no CPC, a desconsideração passou a contar com um marco normativo específico no âmbito processual, o que trouxe maior segurança jurídica e previsibilidade para as partes envolvidas.

Além disso, o CPC de 2015 estabelece um procedimento formal detalhado para o processamento do IDPJ, garantindo o contraditório e a ampla defesa. O incidente pode ser suscitado em diferentes momentos processuais, seja na petição inicial, na contestação, na fase de execução ou até mesmo no cumprimento de sentença. Essa formalização assegura que todas as partes tenham a oportunidade de se manifestar e defender seus interesses, evitando decisões arbitrárias e promovendo a justiça no processo. Outra

dívida comum.

10 No final do século XIX, um empresário inglês chamado Aron Salomon, que produzia botas de couro, resolveu limitar a responsabilidade de sua empresa sobre seus bens e incorporou a mesma, registrando-a devidamente sob o regimento de limitada. Colocou filhos e esposa como sócios e emprestou a mesma £20.000 (vinte mil libras). Em contrapartida a empresa gerou debêntures preferenciais ao mesmo. Quando a empresa quebrou ele se tornou credor preferencial da empresa, não sobrando nada para os demais credores. A *Court of Appeal* da Inglaterra considerou que "o esquema do Sr. Aron Salomon é um instrumento para fraudar credores". Mas a *House of Lords* (atual suprema corte inglesa) confirmou que a incorporação "criaria uma nova realidade fática, e que se possibilitada esta pela norma, fazer negócios neste formato não resultaria em infração e muito menos em alguma injustiça para terceiros". Com base neste precedente criou-se a *disregard doctrine*.

inovação legislativa importantíssima é a possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica[11].

Amicus Curiae ou amigo da corte é uma expressão latina utilizada para designar o terceiro que ingressa no processo com a função de fornecer subsídios ao órgão julgador. É instituto conhecido no Direito norte-americano, favorecedor da intervenção de terceiro no processo "para ajudar a Corte em obter informação de que necessite para proferir uma decisão apropriada ou para impelir um resultado particular no interesse público ou um interesse privado de terceiros (de partes terceiras) que seria afetado pela decisão (solução ou resolução) da disputa (Gifis *apud* Souza, 2002).

A sua participação é bem explicada por Adhemar Ferreira Maciel (2002):

> "[...] de um modo geral, o terceiro – pessoa natural ou jurídica –, que tem um 'forte interesse' que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (*brief*) ao juiz (comumente tribunal de segundo grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento. À evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que é admitido. As partes, como *domini litis*, podem recusar o ingresso do *tertius* em 'seu' processo. Muitas vezes, as partes se põem de acordo, mas, ainda assim, a corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, 'grupos de pressão' muito se utilizam do judicial iter para deduzirem seus entendimentos, influindo na vida de toda comunidade. Aliás, na Suprema Corte dos Estados Unidos, mais da metade dos casos de *amicus curiae* são ocasionados pelo *solicitor general*, que representa a União Federal".

No nosso ordenamento civil, o instituto é tratado no art. 138 que deixa claro que o magistrado, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada. As nuances hermenêuticas

11 A desconsideração da personalidade jurídica ocorre quando, constatado abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, os bens dos sócios ou administradores são alcançados para satisfazer as obrigações da pessoa jurídica. Esse mecanismo visa impedir que os sócios se beneficiem indevidamente da limitação de responsabilidade proporcionada pela pessoa jurídica. Por outro lado, a desconsideração inversa da personalidade jurídica inverte essa lógica, permitindo que os bens da pessoa jurídica sejam utilizados para satisfazer dívidas pessoais dos sócios ou administradores. Isso ocorre quando há evidências de que a pessoa jurídica está sendo utilizada para ocultar ou proteger o patrimônio pessoal dos sócios, impedindo a satisfação de suas obrigações pessoais.

e jurisprudenciais[12] do instituto merecem uma tese de doutorado[13] ou um livro[14] dedicada inteiramente a ele, todavia, como este não é caso do presente artigo, passamos as últimas possibilidades de intervenção de terceiro – assim conhecidas no CPC de 1973 – e que sofreram mudanças consideráveis no CPC de 2015.

O Código Civil de 1973 tratava da oposição em seus artigos 56 a 61. Segundo o artigo 56[15], poderia ocorrer oposição quando um terceiro pretender para si a coisa ou o direito sobre o qual litigam as partes primitivas da demanda. Com a mudança do CPC, em 2015, a oposição deixou de ser considerada forma de intervenção de terceiros para ser tratada como espécie de procedimento especial, sendo regulada nos arts. 682 a 686 do novo CPC.

Outra alteração do novo CPC diz respeito à exclusão da nomeação à autoria como modalidade autônoma de intervenção de terceiros, passando a ser tratada no art. 338, como matéria de alegação de defesa (ilegitimidade).

3 A intervenção de terceiros no sistema coletivo

Assim, devidamente esclarecidos os pontos de contato do tema com a positivação civilista passaremos a análise dos institutos de intervenção no contexto efetivo das ações coletivas. Ricardo de Barros Leonel (2002, p.235) quando trata da intervenção de terceiros no sistema único coletivo assevera que:

> "A intervenção de terceiros no processo coletivo ganha cores distintas do que tradicionalmente ocorre no processo clássico. Isso, porque, o grande mote da tutela coletiva é a prescindibilidade da presença em juízo

12 Os tribunais superiores já definiram alguns precedentes importantes sobre o instituto, como o fato de que "mero interesse não basta para participação do interveniente" (REsp 1.333.977), "a intervenção deve ser pedida antes do julgamento" (REsp 1.152.218), a OAB não deve ser incluída em processos nos quais se discute o valor de honorários, quando o interesse da autarquia se vincula diretamente ao julgamento favorável em prol de uma das partes (EDcl no EREsp 1.645.719), o *amicus curiae* não tem direito de exigir sustentação oral (REsp 1.205.946), e, a intervenção do *amicus curiae* em processo subjetivo é lícita, mas a sua atuação está adstrita aos contributos que possa eventualmente fornecer para a formação da convicção dos julgadores, não podendo assumir a defesa dos interesses de seus associados ou representados em processo alheio (EDcl na QO no REsp 1.813.684).

13 No particular sugere-se a leitura de ALMEIDA, Eloísa Machado de. *Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal*. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Acesso em: 27 jun. 2024.

14 No particular sugere-se a leitura de MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. *Amicus curiae* no código de processo civil de 2015: suas duas funções. Editora Thoth, 2021. SCARPINELLA BUENO, Cássio. Amicus Curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático. 2012

15 Art. 56. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.

> de todos os interessados, e a possibilidade da extensão dos efeitos do julgado a quem não foi 'parte' em sentido formal, com finalidade última de obter-se a pacificação social com economia processual, evitando-se a todo o custo o conflito prático e teórico de julgados".

Pensando, justamente, nas peculiaridades que a intervenção de terceiros ganha no contexto dos processos coletivos, passamos a analisar como a doutrina e a jurisprudência tratam nos institutos processuais no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar falemos a oposição, "pela própria natureza da oposição, de ação incidental – em que o interessado ingressa em pendência judicial alheia tencionando obter no todo ou em parte a coisa ou o direito sobre o qual recai a controvérsia originária – é difícil imaginar sua incidência no processo coletivo" (Leonel, 2002, p.236).

Dinamarco (2017, p.45) assevera ainda que a oposição é sempre um instituto de direito processual civil individualista, não se vislumbrando como possa manifestar-se nos processos coletivos do direito moderno. Por fim, mas não menos importante Rodolfo de Camargo Mancuso (2009, p.131), em sua importante obra sobre Ação Civil Pública, afirma:

> "Na medida que em ela pressupõe terceiro com título jurídico próprio, autônomo e incompatível com o das partes originárias, embora conexo com o destas não vislumbramos possibilidade de alguém pretender, numa ação civil pública, afastar autor e réu, para prevalecer a 'sua' posição jurídica"

Assim, não restam dúvidas na doutrina que a oposição não se aplica ao processo coletivo, pelas próprias características imanentes do instituto. Com relação a possibilidade de nomeação à autoria, Ricardo de Barros Leonel (2002, p.237) afirmava, já na sistemática do código antigo que, ainda que fosse muito difícil, não seria impossível verificarmos a nomeação a autoria em sede coletiva, mormente, porque, destina-se somente à correção ao polo passivo da demanda.

Fato é que, alterada a sistemática jurídica da nomeação a autoria no novo código, ela passa a ser tratada como verdadeira questão de legitimidade, não havendo mais a dificuldade proposta pelo doutrinar e sendo plenamente possível, e até razoável, que a pessoa física ou jurídica suscitada no polo passivo da demanda coletiva possa, alegar sua ilegitimidade e nomear, na forma do art. 338[16] do CPC àquele, supostamente, seria a pessoa legítima a responder pelos fatos narrados na inicial.

16 Art. 338. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.

Quando passamos a análise da pertinência da denunciação a lide no processo coletivo, percebemos que a ampliação objetiva e subjetiva da demanda trazem uma nova camada de complexidade, exigindo maior esforço hermenêutico para superarmos esta questão. *A priori* não se vislumbraria a possibilidade de denunciação a lide nas ações coletivas, seja demandada pessoa jurídica de direito público, seja de direito privado, seja pessoa física (Leonel, 2002, p.237). Surge então uma dúvida!

No caso do Estado figurar como réu em demanda coletiva (pessoa jurídica de direito público da administração direta ou indireta, ou de direito privado da administração indireta) poderia aplicar a denunciação da lide contra os responsáveis (pessoas físicas) pela lesão propugnada na ação, a fim de viabilizar o exercício do direito de regresso contra os agentes responsáveis pelo dano, conforme previsão expressa do art. 125, II do CPC? Para Leonel de Barros (2002, p. 238), Mazzili (1995, p.173), Mancuso (2009, p.107) e Vicente Greco Filho (2008, vol.1, p.153) a resposta a esta possibilidade é negativa.

De acordo com estes autores o Estado só poderá exercer o direito de regresso contra seus agentes e prepostos que tenham ocasionado o dano em demanda autônoma. A razão é porque na demanda coletiva verifica-se a responsabilidade objetiva da entidade pública, prescindindo-se da perquirição da culpa por força do expresso dispositivo constitucional. No caso do chamamento ao processo a doutrina majoritária[17] entende que ele é plenamente possível no processo coletivo, frente a possibilidade de responsabilização solidária entre o demandado e outro corresponsável não inserido no polo passivo da ação.

No tocante a desconsideração da pessoa jurídica, em âmbito coletivo nos parece plenamente possível, desde que respeitadas a excepcionalidade da medida e verificadas as hipóteses autorizadoras previstas no art. 50 do Código Civil, ou seja, quando verificado o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Neste sentido, o STJ já sedimentou precedente – através de voto de lavra do Ministro Herman Benjamin, no bojo do Ag. Int. no R.Esp. nº 1953135 - DF (Brasil,

17 Nelson Nery Junior e Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade tem um pensamento divergente. Eles afirmam que mudaram seu posicionamento para não mais admitir nem mesmo o chamamento ao processo, tendo em vista que o art. 88 do CDC determina expressamente o regresso em demanda autônoma, e veda a denunciação a lide. JÚNIOR, Nelson Nery; DE ANDRADE, Rosa Maria Barreto Borriello. Código de processo civil comentado: e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 22.02.2001. Revista dos Tribunais, 2001. p.361. Citado art. 88 assevera que na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide.

2021) – no sentido de permitir a desconsideração da personalidade jurídica, desde que feita comprovação dos requisitos autorizadores e realizada através de procedimento incidental específico, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 133 do CPC.

Ricardo de Barros Leonel (2002, p.241), quando trata da possibilidade de assistência simples e litisconsorcial afirma que:

> Com relação a assistência simples e litisconsorcial, *prima facie*, pode parecer um contrassenso a utilização destes institutos nas ações coletivas, todavia, há sólido argumento contrário, pois o reflexo sobre a esfera individual pode justificar a possibilidade de intervenção à título individual em demanda coletiva.
>
> Como podemos ver adiante, o próprio sistema único coletivo brasileiro cria a possibilidade destas intervenções de terceiros. Em alguns casos, como na Lei de Ação Civil Pública, mais especificamente, no art. 5º, §2º, o legislador faz menção a possibilidade de litisconsórcio, nada dizendo a respeito à assistência, mas pode-se aventar o cabimento de ambas no polo ativo e passivo da demanda, por parte dos colegitimidados ou de indivíduos isoladamente.

Ainda no tocante a assistência, quando a doutrina discute a possibilidade de litisconsórcio no polo passivo da ação, não há razão para maiores divagações, tanto um quanto outra modalidade de intervenção poderão ocorrer, desde que presentes os fundamentos que justifiquem a ocorrência do litisconsórcio ou da assistência, simples ou qualificada. A discussão, todavia, se acirra quando tratamos da intervenção no posso ativo da Ação Coletiva.

Aqui devemos analisar o problema em duas situações pontuais, primeiro, tendo como premissa o momento da intervenção e, segundo, os intervenientes em si. Com relação ao momento, o pensamento clássico aduz a inviabilidade do litisconsórcio ulterior, sob pena de violação do princípio da demanda. Mazzili (1995, p.167), Mancuso (2009, p.127) e Dinamarco (2017, p.73) discordam do ponto de vista clássico. Para eles, não admitir o litisconsórcio ulterior seria equivocado, porque, tratando-se de legitimação concorrente e não sendo possível obrigar a todos os colegitimados a formularem em conjunto a inicial, bastaria, para violar a suposta vedação, que um dos legitimados propusesse outra demanda idêntica, conexa ou mais ampla, o que levaria a reunião das ações e na prática o tratamento de todos como litisconsortes.

Com relação aos intervenientes, Ricardo de Barros Leonel (2002, p. 243) afirma que a resposta a esta indagação depende da circunstância concretamente considerada. Se os interesses são difusos e coletivos, citado

autor entende que não seria cabível a intervenção, seja por litisconsórcio ou assistência, ressalvadas algumas exceções. Já no caso de interesses individuais homogêneos a própria legislação[18] determina que proposta a demandam seja dada a ela ampla publicidade, afim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes. Ainda quando tratamos de assistência, especialmente, da litisconsorcial, é importante ressaltar que várias outras leis esparsas positivam este tipo de intervenção de terceiro. O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 94 delimita que, proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

A Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) assevera no §5º do art. 6 que é facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor (Brasil, 1965). Já a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), os §§2º e 5º facultam a habilitação do poder público e outras associações legitimadas, bem como, admitem o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados (Brasil, 1985). O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) também admite o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos no §1º do art. 210 (Brasil, 1990).

Na mesma esteira da legitimação litisconsorcial o §5º do art. 3, da Lei nº 7.853/1989 (Brasil, 1989):

> Art. 3º. As medidas judiciais destinadas à proteção de interesses coletivos, difusos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis da pessoa com deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelo Distrito Federal, por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, por autarquia, por empresa pública e por fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção dos interesses e a promoção de direitos da pessoa com deficiência. [...]
>
> §5º. Fica facultado aos demais legitimados ativos habilitarem-se como litisconsortes nas ações propostas por qualquer deles.

No sistema jurídico brasileiro, existem várias normas dispersas que permitem a intervenção de terceiros em processos judiciais, especificamente na modalidade de assistência litisconsorcial. Esse mecanismo busca garantir

18 No caso veja o que determinar o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor. Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

que todos os interessados possam participar ativamente no processo judicial, defendendo seus direitos e interesses de maneira adequada.

Por fim, temos a figura dos *Amici Curiae.* No processo coletivo, a primeira menção na legislação brasileira desta forma peculiar de intervenção de terceiros se encontra na Lei do Mercado Imobiliário (Lei nº 6.385/1976) através da legitimação da Comissão de Valores Imobiliários (CVM) como um terceiro, capacitado tecnicamente, chamado a oferecer um parecer ou prestar esclarecimento no intuito de ajudar o magistrado a julgado no processo. O art. 31, §2º da citada lei afirma ainda que, se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forense ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior (Brasil, 1976).

Ainda com relação ao mercado imobiliário, posteriormente, a Lei nº 7.913/89 que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, já em seus primeiros artigos dispôs:

> Art. 1º Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público ou a Comissão de Valores Mobiliários, pelo respectivo órgão de representação judicial, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou para obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado [...]
>
> Art. 2º As importâncias decorrentes da condenação, na ação de que trata esta Lei, reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo.
>
> §1º As importâncias a que se refere este artigo ficarão depositadas em conta remunerada, à disposição do juízo, até que o investidor, convocado mediante edital, habilite-se ao recebimento da parcela que lhe couber.
>
> § 2º Decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de dois anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

No contexto dos tribunais superiores, onde a figura do *amicus curiae* é mais assídua e representativa, a positivação relacionada ao controle concentrado de constitucionalidade, já trazia no final do crepúsculo do século XX a figura do amigo da corte, sem conduto considera-lo com uma forma de intervenção de terceiro, qualificação que foi auferida apenas com o CPC de 2015.

Vejamos, por exemplo, a Lei 9.898/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória

de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Em seu art. 7º citada norma afirma que não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade, para no §2º ponderar que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades (Brasil, 1999). Esta participação aparece analogicamente no art. 6 da Lei 9.882/1999 (ADPF) que autoriza, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo (Brasil, 1999).

4 Conclusão

Diante da análise das formas de intervenção de terceiros tanto no Código de Processo Civil quanto no sistema único coletivo brasileiro, é possível concluir que esses mecanismos desempenham um papel fundamental na garantia da efetividade da justiça. A intervenção de terceiros, ao permitir a inclusão de sujeitos que inicialmente não integravam a relação processual, assegura que a prestação jurisdicional seja abrangente e atenda aos diversos interesses em disputa. Essa ampliação da participação processual contribui para a democratização do processo e para a realização de uma justiça mais completa e equânime.

No âmbito do sistema único coletivo brasileiro, a intervenção de terceiros ganha contornos ainda mais relevantes, sendo essencial para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. A tutela coletiva, que abrange ações civis públicas e ações coletivas, depende em grande medida da participação de entidades como o Ministério Público, a Defensoria Pública e organizações da sociedade civil. Essas entidades desempenham um papel crucial na proteção de direitos que transcendem o interesse individual, promovendo a justiça social e o equilíbrio nas relações de poder.

A presença de terceiros nesses processos fortalece a atuação coletiva e a busca pela justiça social, permitindo que interesses mais amplos sejam adequadamente representados e protegidos. A atuação do Ministério Público, por exemplo, é vital na promoção e defesa de direitos difusos e coletivos, como os direitos ambientais, do consumidor e dos grupos vulneráveis. De igual modo, a Defensoria Pública garante o acesso à justiça para aqueles que não têm condições de arcar com os custos de um processo judicial,

assegurando que a justiça não seja um privilégio dos economicamente favorecidos.

Além disso, a intervenção de entidades da sociedade civil enriquece o debate jurídico e contribui para a formulação de decisões mais justas e contextualizadas. Essas entidades, muitas vezes, trazem ao processo perspectivas e conhecimentos especializados que complementam a atuação dos órgãos públicos, colaborando para uma melhor compreensão dos fatos e das questões jurídicas envolvidas. Essa pluralidade de vozes no processo judicial é essencial para a construção de uma justiça que realmente atenda às necessidades da sociedade.

Portanto, a intervenção de terceiros, tanto no âmbito do Código de Processo Civil quanto no sistema único coletivo brasileiro, é um mecanismo indispensável para a efetividade da justiça. Ao assegurar a participação de diversos atores no processo, esses mecanismos garantem que os diferentes interesses e direitos envolvidos sejam considerados de forma adequada. Assim, contribuem para uma prestação jurisdicional mais justa e para a concretização dos ideais de justiça social e equidade, pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Referências

ALMEIDA, Eloísa Machado de. ***Amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal.** 2016. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Acesso em: 27 jun. 2024.

ALVIM, Arruda. **Notas sobre o projeto de novo código de processo civil. Revista de Processo**, São Paulo; vol. 191, p. 299, jan. 2011.

ALVIM, Thereza Aruda *apud* GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRASIL. Lei 4.717, de 29 de julho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Lei 6.385, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 9 dez. 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Lei 7.913, de 07 de dezembro de 1989. Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 11 dez. 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7913.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de julho de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social [...] institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 25 out. 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 18 jun. 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. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 9.882, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 02 dez. 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil,** Poder

Executivo, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 18 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Recurso Especial. nº 953.135 – DF (2021/0243157-5), Brasília, DF, 22 de março de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico.** STJ nº 2845 de 26 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial. nº 2.297.593 – SP (2023/0038477-8), Brasília, DF, 28 de março de 2023. **Diário da Justiça Eletrônico.** STJ nº 3666 de 30 jun. 2023.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2006

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do novo Processo Civil**. São Paulo; Malheiros, 2017.

DELGADO, José Augusto. Sujeitos do Direito Processual. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 8, n. 30, abr./jun. 1983.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HELLWIG, Konrad. Lehrbuch des Deutschen Civil-prozessrechts. Lipsia, 1903 1v. p. 4 *apud* TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. 1v. 1t.

JÚNIOR, Nelson Nery; DE ANDRADE, Rosa Maria Barreto Borriello. Código de processo civil comentado: e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 22.02. 2001. Revista dos Tribunais, 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MACIEL, Ferreira Adhemar. ***Amicus Curiae*: um instituto democrático**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 39, n. 153, p. 7-10, jan./mar. 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar.** 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. Editora Saraiva, 1995

MENNA, Fábio de Vasconcellos. **Elementos do Direito: Processo Civil**. 7ª ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

MIGLIAVACCA, Carolina Moraes. ***Amicus curiae* no código de processo civil de 2015: suas duas funções.** Editora Thoth, 2021

SCARPINELLA BUENO, Cássio. ***Amicus Curiae* no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2012

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.1. 48ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008

KOHLER, Josef. Der Prozess als Rechtsverhaeltniss. Mannheim, 1888. p. 5 apud TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. 1v. 1t. p. 28

LIEBMAN apud DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. II, 2009, p. 380.

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira. As Intervenções de Terceiro no Código de Processo Civil. **Revista de Processo**: RePro, São Paulo, v. 257, jun. 2017.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias. **O *amicus curiae* no ordenamento positivo brasileiro**. Correio Braziliense, Brasília, 18 mar. 2002.

WACH, Adolf. **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977.

VON BULOW, Oskar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. 2019, p. 87.

Capítulo 7

O TRÁFICO DE PESSOAS PARA FINS DE TURISMO SEXUAL: IMPLICAÇÕES LEGAIS E OS DESAFIOS PARA A SUA SUPRESSÃO

Kassiane Haas Tavares[1]
Silvio Erasmo Souza da Silva[2]

1 Introdução

O Direito Penal é o segmento do Direito que garante a proteção dos bens jurídicos do ser humano, dentre eles a dignidade da pessoa humana, a dignidade sexual e a liberdade. Assim, parte-se da premissa que as leis podem ser violadas, então sendo o ordenamento jurídico infringido, o Estado tem o poder-dever de aplicar a sanção ao infrator.

O crime de tráfico de pessoas é uma das atividades mais organizadas e com grande rentabilidade para as organizações criminosas que atuam no âmbito nacional e internacional, diante disso, é importante e necessário tratar sobre este delito, os seus meios, causas e características, bem como os instrumentos eficazes para coibir essa prática criminosa.

O combate ao tráfico humano com finalidade de exploração e turismo sexual é uma questão complexa que envolve múltiplas esferas governamentais e sociais. Além disso, afronta a dignidade humana e os direitos fundamentais, uma vez que suas vítimas são submetidas a diversos tipos de exploração.

As causas e características deste delito ocorrem devido a diversos fatores sociais e pessoais das vítimas, que são recrutadas de acordo com sua idade, cor da pele, etnia, região territorial etc. Visto isso, há um grupo de pessoas

1 Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto, Santa Cruz do Sul/RS. E-mail: kassianehaastavares@gmail.com.

2 Mestre em Direito pelo Programa de Pós Graduação da UNISC Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Bacharel em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bacharel em Ciências Militares, Defesa Social pela Academia de Polícia Militar da Brigada Militar do Estado Rio Grande do Sul, Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP e Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Integrada da Grande Fortaleza, Professor Orientador de Trabalhos de Conclusão de Curso do Curso de Direito da Faculdade Dom Alberto. E-mail: silvioessilva@gmail.com.

mais vulneráveis, levando em consideração estes aspectos apresentados no momento da escolha das vítimas para suprir as suas necessidades e gerar lucro no comércio sexual.

Ainda nesse sentido, a globalização, a pobreza, o desemprego, a discriminação de gênero, a violência doméstica, aspectos econômicos, ideais políticos, entre outros, são elementos que contribuem para essa condição de vulnerabilidade da vítima e a ocorrência dessa prática delituosa.

Acerca disso, pode-se observar a importância de documentos universais e a legislação brasileira vigente, como a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Criança, instituição do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), além da Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei nº 13.344/2016 e o Código Penal.

Todos estes documentos têm como objetivo comum assegurar os direitos humanos a todas as pessoas, visando a elaboração e desenvolvimento de políticas públicas, medidas de prevenção e repressão eficazes, bem como a necessidade do atendimento especializado às vítimas.

Nesse contexto, o presente estudo tem como principal objetivo conceituar o crime de tráfico humano para fins de exploração e turismo sexual, analisar as implicações legais que tratam sobre o delito, as formas como o crime ocorre e quais as principais características das vítimas e suas condições sociais e apresentar os mecanismos de combate e supressão do tráfico de pessoas para fins de exploração e turismo sexual.

Em síntese, a pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: Quais os mecanismos de combate e supressão do tráfico de pessoas para fins de exploração e turismo sexual?, utilizando-se do método de abordagem dedutivo e como técnica de pesquisa, a bibliográfica e documental, através de doutrinas específicas da área, dissertações e artigos de acordo com o referido assunto, legislação vigente, assim como análise de conteúdos atinentes ao tema em comento, obtidas por meio de consulta aos principais sites, como: Ministério da Justiça e Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Ministério do Turismo, Instituto Brasileiro de Turismo e Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime.

2 Características do tráfico de pessoas e o turismo sexual

A descrição de tráfico humano é inicialmente apresentada pelo Protocolo das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, também conhecido como Protocolo de Palermo. Com a finalidade de reprimir e combater este crime, fez-se necessário delimitar qual o entendimento de tráfico humano, assim destaca-se a literalidade do art. 3º:

> a) Por "tráfico de pessoas" entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos;
>
> b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente artigo, deverá ser considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
>
> c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração deverão ser considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos na alínea a) do presente artigo;
>
> d) Por "criança" entende-se qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos. (Brasil, 2004).

O tráfico de pessoas decorre das profundas desigualdades sociais existentes em todo o mundo e suas motivações variam conforme o passar dos tempos, através de diversas formas de exploração de mulheres, crianças, adolescentes e homens, seja para o trabalho análogo à escravidão, a exploração sexual e até mesmo a retirada e o tráfico de órgãos para o comércio no mercado negro[3] (Torres, 2017).

A discussão sobre o tráfico de pessoas não é uma novidade, pois esta prática acontece desde a Idade Média, onde ocorriam guerras e as pessoas eram consideradas objetos, sendo retirados de seus locais, transformados em escravos ou valiam como forma de premiação (Costa, 2022).

3 Mercado negro é também conhecido como mercado clandestino, realização de transações ilegais.

A partir das grandes navegações iniciou o tráfico negreiro, quando as colônias portuguesas dispensaram a mão de obra indígena substituindo-a pela mão de obra africana, então os povos africanos eram capturados em suas terras originárias e eram vendidos como "máquinas para o trabalho". Assim, chegando ao Brasil, trabalhavam principalmente nas lavouras de cana-de-açúcar, no plantio e colheita de café ou na busca por preciosidades em Minas Gerais (Costa, 2022).

Anteriormente à Abolição da Escravatura[4], as escravas negras eram consideradas objetos sexuais, sendo abusadas por seus senhores feudais, e obrigadas a se prostituírem em outros locais onde eram levadas, sem a possibilidade de questionar, negar ou reivindicar algum direito, pois não os tinham (Rodrigues, 2013).

Posteriormente, a preocupação passou a ser com o tráfico de mulheres brancas, que acabavam se tornando escravas da exploração sexual. O aliciamento ocorria de distintas maneiras, os traficantes até casavam-se com as vítimas, com o intuito de convencê-las de uma "vida melhor" e então chegavam aos outros países sem conhecer ninguém e sem entender o idioma, ainda assinavam contratos com seus exploradores, sem saber que se tornariam devedoras pelo resto da vida (Rodrigues, 2013).

Ao contrário de outros tipos de crimes, o tráfico de pessoas depende de uma logística bem-organizada, seja para a captação das vítimas, o transporte, a documentação falsificada e outras necessidades. Desta forma, as redes de comunicação são essenciais para que toda a organização funcione e em razão dessa complexidade, o tráfico é, na maior parte das vezes, praticado por grandes organizações criminosas (Annoni, et al, 2022).

Alguns dos fatores que contribuem para o tráfico humano, é quando há uma motivação da vítima para emigrar, como o desemprego, problemas familiares e sociais, ideais políticos ou até mesmo, a fuga da polícia, por cometer furtos, tráfico de entorpecentes, entre outros motivos. Em contrapartida, não é sempre que há vítimas "fáceis", e às vezes é necessária a interferência de recrutadores, agentes, advindos das redes do crime organizado, que criam um cenário imaginário, convencendo as pessoas a emigrarem, e então só descobrem que foram enganados quando já estão no local de destino.

Não obstante, diferente do tráfico de pessoas, conceituar o turismo sexual não é uma prática simples, porque pode ocorrer de diversas maneiras

4 A Abolição da Escravatura determinou o fim da escravização dos negros no Brasil. Foi aprovada por meio da Lei Áurea, no dia 13 de maio de 1888 com a assinatura da regente do Brasil, a princesa Isabel.

com características diferenciadas. A tendência é pensar no turismo sexual como uma prática realizada por pessoas, especialmente homens, que saem de seus países ricos e viajam para países mais pobres com o objetivo de se relacionar sexualmente com pessoas (especialmente mulheres) nativas, mediante presentes ou até mesmo pagamento em dinheiro (Sales, Alencar, 2008).

De acordo com a Organização Mundial do Turismo (OMT, 1995) define-se como turismo sexual, as viagens organizadas realizadas dentro ou fora do âmbito turístico, utilizando os recursos que o turismo oferece, como a sua estrutura e as redes de comunicação, para enfim conseguir contatos sexuais dos profissionais desta área, sendo os mesmos residentes no destino desejado (OMT, 1995).

Uma das principais características do turismo sexual são as diferenças do "outro", que instigam as pessoas a saírem de diversas partes do mundo a viajar em busca dessa diversidade, não apenas para conhecer a cultura e a história local, as belezas naturais, mas também para vivenciar novas experiências sexuais. Assim, em busca de novas experiências e a vontade de viver outros desafios, a internet tornou-se a melhor aliada, seja para conhecer novas pessoas, como para trocar informações acerca das experiências já vividas (Sales, Alencar, 2008).

No Brasil, esta prática turística depende de uma rede de relações, principalmente a presença de agentes internacionais com a finalidade de organizar e gerenciar viagens e excursões específicas, onde um dos destinos mais procurados são as cidades litorâneas do Nordeste. O Brasil é um dos principais locais de destino, pois há uma ilusão a partir da imagem do paraíso, na tentativa de convencer o turista a conhecer um lugar distante dos problemas e da realidade. Nesta análise, o turismo sexual, mesmo informalmente, exerce relevante influência na organização do turismo local e proporção da prostituição feminina (Silva, 2007).

Em uma análise ampla, é sabido que o turismo é essencial para a vida social e econômica de um determinado local, por ser uma atividade socioeconômica que gera a produção de bens e serviços para a sociedade. A atividade turística consiste na realização e satisfação das necessidades dos turistas, que em geral, pretendem conhecer e desfrutar novos lugares, culturas diferentes, além de descansar longe de suas residências e do trabalho. Mas com a proporção que a prática do turismo sexual está ganhando, traz consigo muitas consequências como, as implicações de gênero, o tráfico de pessoas, a exploração sexual infantil, dentre outras (Silva, 2007).

Adentrando nas principais consequências atreladas ao turismo sexual, o tráfico de pessoas, tanto adulto quanto infantil, para fins de exploração sexual é uma das preocupações, pois isso ocorre, sobretudo, por falta de estrutura familiar, marcas de violência sexual e social, pobreza extrema e pelo exemplo de pessoas da mesma família que se prostituem (Lopes, Malerba, 2015).

O pior é que, muitas vezes, são as próprias famílias que influenciam, obrigam ou simplesmente entendem como algo normal, que seus filhos vendam seus corpos, com o intuito que estes abasteçam suas casas com comida e dinheiro. Consequentemente, o que era para ser apenas uma "forma de trabalho" através da exploração sexual, destrói a infância dessas crianças e suas vidas ficam marcadas por traumas que, sem estudo e condições de se reerguer, seguem um futuro de marginalidade (Lopes, Malerba, 2015).

Desse modo, o Ministério de Justiça e Segurança Pública (MJSP) afirma que o tráfico de pessoas é um crime de alta complexidade, dependendo de vários fatores: culturais, econômicos, sociais, e que, da mesma forma, demanda a atuação eficaz das instituições do poder público, da sociedade civil, de organismos internacionais e até mesmo do poder privado (Brasil, 2023).

O crime pode ser cometido por qualquer pessoa, seja homem ou mulher, pois não há características especiais para ser o sujeito ativo. Já o sujeito passivo, em geral, são as mulheres e crianças que, em sua maioria, são atraídas por falsas promessas, e quando chegam ao destino, que muitas vezes nem sequer é o que lhe fora prometido, nada é como o esperado, então seus passaportes são apreendidos e se tornam reféns (Costa, 2022).

Quem comete o crime não possui um perfil específico, o aliciador pode ser qualquer pessoa, a depender da situação que se encontrar e os atributos necessários para o caso em questão. Por isso, em determinadas situações, quem faz o aliciamento é uma pessoa próxima da vítima, como por exemplo: um vizinho, um amigo, parentes, enfim, geralmente será alguém que a vítima não suspeite e consiga ganhar a sua confiança e então influenciá-la de acordo com as condições impostas pelo crime.

As vítimas são procuradas e escolhidas de acordo com as suas características, como por exemplo: idade, cor da pele, etnia, região e porte físico. Visto isso, há um grupo de pessoas mais vulneráveis, levando em consideração estes aspectos apresentados no momento da escolha das vítimas, pois dentro do tráfico há clientes que exigem determinados perfis para suprir as suas necessidades e gerar lucro no comércio sexual (Costa, 2022).

A Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (CTETP/UFMG) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentou uma pesquisa realizada no período de 1º de agosto à 15 de dezembro de 2021, com análise qualitativa e quantitativa de processos judiciais, além de entrevistas com profissionais, e então foram identificadas 714 vítimas, dentre estas, 688 são mulheres (96,36%) e seis, homens (0,84%). Ressalta-se que em alguns casos analisados, as decisões judiciais não informaram o gênero das vítimas (Brasil, 2022).

A persuasão começa quando o criminoso toma conhecimento da vida da vítima, sabe os seus objetivos e as suas dificuldades e então a incentiva a conseguir algo melhor, mudar-se para outro estado, fazer uma viagem internacional e ainda se disponibiliza a auxiliar em toda a organização.

O meio mais acessível de encontrar as vítimas é através das redes sociais, em sites de relacionamentos, entre outros no ambiente virtual, onde estas são mais vulneráveis e torna-se mais fácil de enganá-las, por meio de identidades falsas. Atualmente, muitas pessoas postam suas informações pessoais diariamente, expondo suas vidas, seus objetivos e empecilhos, o que facilita mais ainda o acesso a esses dados e a prática do crime.

À vista disso, é possível perceber que as vítimas se encontram em situações complicadas, sem documentos, sem dinheiro, em país estrangeiro, onde provavelmente, não conseguem se comunicar com o idioma local e não possuem meios para se comunicar com a família ou conhecidos, restando sem alternativas para escapar dos criminosos.

Nesta seção foi possível analisar o conceito de tráfico humano e turismo sexual, bem como o contexto histórico, adentrando em suas principais particularidades, as formas como o crime ocorre e quais as características das vítimas, em geral. A partir disso, será discorrido sobre as disposições legais acerca do crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

3 O crime de tráfico de pessoas no ordenamento jurídico brasileiro

O Direito Penal é o segmento do Direito que garante a proteção dos bens jurídicos do ser humano, dentre eles a dignidade da pessoa humana, a dignidade sexual e a liberdade, o que nos remete ao tema deste capítulo acerca das implicações legais do tráfico de pessoas para fins de crimes sexuais.

Assim, parte-se da premissa que as leis podem ser violadas, então sendo o ordenamento jurídico infringido, o Estado tem o poder-dever de aplicar a sanção ao infrator. Por conseguinte, este ramo visa analisar as normas legislativas e preservá-las.

No Brasil, há diversas leis específicas que tratam sobre o combate ao tráfico humano, como a Lei nº 13.344/2016 que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas, desempenhando um papel crucial na proteção dos grupos vulneráveis e na promoção dos direitos humanos, além de demonstrar seu compromisso com o combate ao tráfico de pessoas em todas as suas formas. Acerca disso, o art. 2º[5] estabelece os princípios e diretrizes para o combate ao tráfico humano.

No mesmo sentido, a Constituição Federal Brasileira de 1988 traz em seu art. 1º um rol de direitos fundamentais[6], sendo um destes, o princípio da dignidade humana, no inciso III, considerado o direito fundamental mais importante do ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico brasileiro também regulamenta a proteção ao ser humano e seus direitos básicos no art. 5º da Constituição Federal, denominados de direitos fundamentais, eles garantem a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, entre outras disposições.

Por seu turno, o Código Penal Brasileiro traz o tipo penal do tráfico de pessoas previsto no art. 149-A[7], conforme alterações por meio da Lei nº

---

5 Art. 2º O enfrentamento ao tráfico de pessoas atenderá aos seguintes princípios:
I - respeito à dignidade da pessoa humana;
II - promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos;
III - universalidade, indivisibilidade e interdependência;
IV - não discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro status;
V - transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas;
VI - atenção integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em investigações ou processos judiciais;
VII - proteção integral da criança e do adolescente.

6 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.

7 **Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher**

13.344/2016 que dispõe sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas.

Após instituído pela Lei 13.344/2016, este artigo substitui outros e então foram revogados os artigos 231 e 231-A que tratavam do tráfico internacional e interno de pessoas para fins sexuais. Destarte, NUCCI (2023), leciona:

> Finalmente, esta é uma lei mais racional e bem equilibrada do que outras, ao criar tipos penais novos. Temos criticado em nossas obras, incluindo o Tratado de crimes sexuais, que o tráfico de pessoas não se concentra apenas no campo sexual, abrangendo um contingente muito maior e mais amplo. Portanto, os arts. 231 e 231-A eram, de fato, vetustos. Aliás, nasceram envelhecidos e mal redigidos. Precisavam mesmo de um reparo completo, o que foi feito diante da criação do art. 149-A, cuja pretensão punitiva é tão abrangente quanto necessária (Nucci, 2023, p. 647).

Ressalta-se que o crime se consuma no momento em que realizada a conduta de retirar a vítima do país de origem e/ou no momento da entrada em país estrangeiro. Assim, não se exige que haja a efetividade das atividades de prostituição, bastando que a vítima tenha saído do território nacional com tal finalidade, o que já se caracterizará crime (Gonçalves, 2023).

Além de punir o agente que pratica o tráfico, a lei encarregou-se de punir os participantes, ou seja, os sujeitos intermediários responsáveis pelo aliciamento, agenciamento ou pela logística do crime em si.

O art. 227 do Código Penal esclarece que a prática de induzimento da vítima com o intuito de satisfazer a lascívia de outra pessoa é considerado crime, pois trata-se de uma relação consentida, porém com a influência de um terceiro.

Entretanto, analisando o contexto do crime de tráfico de pessoas, é importante ressaltar os parágrafos desse dispositivo, onde normalmente há o emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a vítima é menor de idade ou o agente obtém lucro. Sobre isso, ANDREUCCI (2021) leciona:

> A prostituição não constitui delito. A conduta de quem para ela contribui, entretanto, é punida pela lei penal, assim como qualquer outra forma de exploração sexual.

---

pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:
I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
IV - adoção ilegal; ou
V - exploração sexual.
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

> Lenocínio significa prestar assistência à libidinagem alheia, ou dela tirar proveito.
>
> São modalidades de lenocínio o proxenetismo, o rufianismo e o tráfico (internacional ou interno) de pessoas para fim de exploração sexual (Andreucci, 2021, p. 489).

Em sequência, o art. 228 também aborda previsão referente a este delito, pois é corriqueiro no tráfico de pessoas, e visa punir o agente que manipula e convence, direta ou indiretamente, alguém a se prostituir, colabora de alguma forma para a sua prática ou consegue evitar que alguém abandone esta prática (Costa, 2022).

É sabido que no Direito Penal há uma classificação de crimes considerados mais graves, ou seja, são hediondos e estão regulamentados na Lei nº 8.072/90, tendo em vista a sua natureza, em regra, são crimes inafiançáveis, insuscetíveis de graça, indulto, anistia e liberdade provisória. Alguns exemplos desta categoria são: homicídio, lesão corporal dolosa gravíssima, estupro de vulnerável, extorsão mediante sequestro e qualificada, tráfico de entorpecentes, entre outros.

A partir do rol exemplificativo mencionado percebe-se que o tráfico de pessoas não está incluso, pois o legislador entende que é necessário causar maior repulsão social, uma vez que para se qualificar crime hediondo ou equiparado devem ser de extrema maldade humana e causar censura.

Acerca disso, a Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania (CCJ), em 2014, aprovou o Projeto de Lei nº 5.317/13, que inclui entre os crimes hediondos o tráfico interno e o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual. Explica ainda que se faz necessária a ampliação do rol de crimes hediondos, porque servem exatamente para casos extraordinários, como a proteção da vida e da dignidade humana. Por fim, o Projeto de Lei aguarda pauta no Plenário para proceder à sua votação (Brasil, 2014).

Em suma, visualizou-se sobre a disposição de alguns crimes que envolvam o tráfico de pessoas e a exploração sexual dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tal como as suas consequências, por isso, é muito importante expor e comentar a respeito das formas existentes para combater e suprimir o tráfico de pessoas, conforme a seguir.

4 Formas de combate e supressão do tráfico de pessoas para fins de exploração e turismo sexual

Consoante o que foi explanado até aqui, é nítido que o tráfico de pessoas é um crime global, multifacetado, que envolve interesses socioeconômicos além dos limites nacionais, por isso, é fundamental que exista uma preocupação mundial e o auxílio na elaboração e desenvolvimento de formas e mecanismos de combate e supressão, bem como estratégias eficazes, com a finalidade de frear as organizações criminosas e combater o tráfico de pessoas.

Em 2018, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) divulgou um Relatório Global sobre Tráfico de Pessoas e o número de vítimas registradas chegou aproximadamente a 25 mil, ocorre que ano após ano, estas proporções tendem a aumentar ainda mais causando mais preocupação e angústia (UNODC, 2018).

Em atenção ao assunto, o Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania (2020) destacou em sua publicação a fala de Cláudia Giovannetti, Assessora de Assuntos sobre Refugiados, sobre o crime de tráfico de pessoas:

> Nesse crime, os traficantes se aproveitam da situação de vulnerabilidade das pessoas para colocá-las em uma situação de exploração. As vítimas têm perfis muito variados, podem ser mulheres, crianças, adolescentes, pessoas LGBT, imigrantes, homens. O que as une é exatamente a vulnerabilidade que as expõe a promessas e ofertas enganosas (Brasil, 2020).

Ainda, Giovannetti expõe que, as vítimas exploradas são apenas as advindas de locais com dificuldades econômicas, mas há outras circunstâncias:

> Essas vulnerabilidades podem ser decorrentes de uma característica da pessoa como, por exemplo, o fato de ser criança, o seu sexo ou a sua orientação sexual. Também há aquelas situacionais, relacionadas e um momento pelo qual a pessoa esteja passando, como o fato de estar indocumentada em um país que não é o seu. Já as circunstâncias envolvem situações econômicas, dependência química, entre outras (Giovannetti, 2020).

Com a finalidade de combater o crime, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) mantém desde 1999, o Programa contra o Tráfico de Seres Humanos, em colaboração com o Instituto das Nações Unidas de Pesquisa sobre Justiça e Crime Interregional (UNICRI). O intuito deste programa é cooperar com os Estados participantes diante do combate ao tráfico de pessoas, em especial o crime organizado, promovendo

medidas eficazes para reprimir ações das organizações criminosas (UNODC, 2023)

O UNODC passou a garantir o Protocolo das Nações Unidas de Proteção, Supressão e Punição do Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças (Decreto nº 5.017/2004) e o Protocolo contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Contrabando de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea (Decreto nº 5.016/2004) para complementar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015/2004).

O objetivo do UNODC é promover mundialmente o programa de conscientização e enfrentamento ao tráfico de seres humanos através de três bases de atuação, sendo: a prevenção, a proteção e a criminalização. O papel principal é a prevenção, tornar a sociedade consciente e orientá-la por meio de campanhas em rádios, TV, redes sociais e meios de ensino (escolas, faculdades, centros de ensino, etc). A distribuição de informação visa aumentar a conscientização pública, treinar a sua atenção quanto a promessas suspeitas e reduzir o índice de crimes oriundos do tráfico humano (UNODC, 2023).

Ademais, há outros documentos importantes que contribuem para o enfrentamento deste crime, como a Carta das Nações Unidas (Decreto nº 19.841/45) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH)[8] e possuem o propósito de assegurar os direitos humanos a todas as pessoas, sem distinção.

Uma das finalidades é a elaboração de políticas públicas e a criação de medidas preventivas e repressivas que sejam eficazes, bem como a necessidade de acolher e auxiliar as vítimas, as quais precisam de apoio multifatorial, através de atendimento especializado (UNODC, 2023).

Em 2018, o Ministério da Justiça e Segurança Pública aprovou o III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas que figura como uma importante agenda transversal para as políticas públicas e ampla construção coletiva (Brasil, 2018).

Este instrumento ainda enfrenta muitos desafios, pois não é simples implementar e monitorar políticas públicas diante de uma vasta população. Assim, reforça a importância da continuidade e capacitação de novos agentes dispostos a atuar na prevenção ao tráfico de pessoas, na proteção das vítimas e na responsabilização dos criminosos (Brasil, 2018).

8 Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948.

Alguns dos princípios norteadores apresentados no III Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (2018-2022) são: (a) respeito à dignidade da pessoa humana; (b) não-discriminação por motivo de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, nacionalidade, atuação profissional, raça, religião, faixa etária, situação migratória ou outro status; (c) proteção e assistência integral às vítimas diretas e indiretas, independentemente de nacionalidade e de colaboração em processos judiciais; (d) promoção e garantia da cidadania e dos direitos humanos; (e) respeito a tratados e convenções internacionais de direitos humanos; (f) universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; e (g) transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas (Brasil, 2018).

No âmbito da Informação, alguns dos objetivos que o Plano Nacional (2018-2022) visa são: (a) desenvolver e implementar sistema integrado de informações sobre o tráfico de pessoas e o seu enfrentamento; (b) diagnosticar o cenário nacional e colocar em prática as formas de prevenção ao tráfico; (c) auxiliar no registro e na divulgação de dados sobre o tráfico de pessoas no Núcleo de Assistência a Brasileiros do Ministério das Relações Exteriores, bem como (d) manter sistemas de recepção de denúncias de situações de tráfico de pessoas por meio do Disque 100 e do Ligue 180 (Brasil, 2018).

Além da prevenção e conscientização pública, o mesmo Plano também busca dar mais assistência à vítima através de parcerias com redes internacionais para localização de pessoas no exterior, fortalecer redes locais de acolhimento a vítimas de tráfico de pessoas nos Municípios, inserir as vítimas de tráfico de pessoas no Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego do Ministério da Educação, assim como promover o atendimento especializado multidisciplinar de acordo com as necessidades da vítima (Brasil, 2018).

Com o propósito de colocar o planejamento em prática, o Ministério do Turismo juntamente com o Instituto Federal de Brasília lançou este ano (2023) curso para promover a prevenção à exploração sexual no turismo (Brasil, 2023).

A qualificação é disponibilizada de forma gratuita, na modalidade à distância (EaD), aborda temas como garantia de direitos, identificação de casos suspeitos e a importância da adoção do Código de Conduta Brasil e tem como objetivo orientar prestadores de serviços turísticos a como atuar para evitar casos de exploração sexual, promovendo um turismo mais seguro (Brasil, 2023).

Preocupado com a exploração sexual de mulheres no Brasil, o Instituto Brasileiro de Turismo (EMBRATUR), formalizou o pedido de investigação na Polícia Federal sobre o caso dos norte-americanos acusados de praticar atos de exploração sexual de mulheres no Brasil. Acerca do assunto, o presidente da Embratur, Marcelo Freixo, enfatiza:

> O Brasil tem um histórico de turismo para fins de exploração sexual que precisa ser enfrentado. Esse é um turismo que a gente não quer. A parceria entre Embratur e PF é um recado emblemático e forte, tem que ser um caso pedagógico. A gente quer muito o turista no Brasil, pelo sol e praia, pela gastronomia, pela cultura, mas turismo para cometer crime, a gente não quer. Não pode ter nenhuma dúvida em relação a isso (Brasil, 2023).

Destaca ainda que, juntamente com a colaboração da Polícia Federal, o Instituto visa identificar os destinos nacionais mais vulneráveis a essas práticas criminosas e, posteriormente, trabalhar de forma mais efetiva na prevenção para coibi-las (Brasil, 2023).

Por fim, é possível dizer que o Brasil já apresentou um significativo avanço diante o enfrentamento ao tráfico de pessoas, entretanto, ainda há muito a ser desenvolvido e colocado em prática, para que este tipo de crime ocorra com menor frequência e o amparo às vítimas seja mais rápido e eficaz.

Portanto, é indispensável a criação de novas políticas públicas e o monitoramento destas para que realmente sejam aplicadas e demonstrem resultados positivos, aumentando cada vez mais o índice de conscientização e prevenção ao combate deste delito, através de campanhas, pesquisas, programas e palestras que gerem reflexão e inquietação na sociedade.

5 Considerações finais

O presente trabalho teve como objetivo conceituar o crime de tráfico humano para fins de exploração e turismo sexual, analisar as implicações legais que tratam sobre o delito, as formas como o crime ocorre e quais as principais características das vítimas e suas condições sociais e apresentar os mecanismos de combate e supressão do tráfico de pessoas para fins de exploração e turismo sexual.

O tráfico de pessoas para fins de exploração e turismo sexual é uma violação grave dos direitos humanos que aflige muitos países, incluindo o Brasil. Conforme explanado, o conceito de tráfico humano envolve o recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas

por meio de ameaças, uso da força, coerção ou fraude, com o propósito de exploração, que pode ser sexual, conforme apresentado.

No Brasil, as implicações legais do tráfico de pessoas são rigorosas. Apresentou-se diversos dispositivos legais que procuram reprimir e combater o delito, variando as sanções conforme as características de cada prática delitiva. No entanto, a luta contra o tráfico humano não se limita apenas à repressão penal. Mecanismos de supressão envolvem a cooperação entre diferentes órgãos do governo, treinamento de profissionais para identificar vítimas, campanhas de conscientização e o apoio às vítimas, incluindo assistência multidisciplinar.

Nessa perspectiva, o país tem feito avanços significativos na legislação e na implementação de políticas públicas para combater o tráfico humano, mas os desafios persistem. A sociedade, os órgãos governamentais e as organizações da sociedade civil devem continuar unindo esforços para prevenir, identificar e punir os responsáveis por esse crime, ao mesmo tempo em que oferecem apoio e proteção às vítimas.

Finalmente, conclui-se que o objetivo da pesquisa foi alcançado, pois ao apresentar os atributos, causas e consequências do tráfico humano para fins de exploração e turismo sexual, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro e mundial prevê distintas formas para o enfrentamento, entretanto, constata-se que é uma luta incessante, tanto no desenvolvimento de políticas públicas quanto na sua efetiva aplicação.

Referências

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Câmara dos Deputados. **CCJ aprova projeto que torna tráfico de pessoas crime hediondo.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/433041-ccj-aprova-projeto-que-torna-trafico-de-pessoas-crime-hediondo/#:~:text=A%20Comiss%C3%A3o%20de%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20e,para%20fim%20de%20explora%C3%A7%C3%A3o%20sexual. Acesso em: 02 de agosto de 2023.

AGÊNCIA SENADO. **Tráfico de pessoas, exploração sexual e trabalho escravo:** uma conexão alarmante no Brasil. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2023/07/trafico-de-pessoas-exploracao-sexual-e-trabalho-escravo-uma-conexao-alarmante-no-brasil Acesso em: 08 de agosto de 2023.

ANDREUCCI, Ricardo A. **Manual de Direito Penal.** Editora Saraiva,

2021. E-book. ISBN 9786555598377. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598377/. Acesso em: 19 set. 2023.

ANNONI, Danielle, et al. **Tráfego de Pessoas: uma análise a partir da Convenção de Palermo.** (Coleção Universidade Católica de Brasília). Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina (Portugal), 2022.

ASSUNÇÃO, Lorraine Wenzel; BABINSK, Luciana Raquel. **Turismo sexual no Brasil:** causas e efeitos ao turismo brasileiro. Disponível em: https://fundacao.ucs.br/site/midia/arquivos/turismo_sexual.pdf Acesso em: 15 de agosto de 2023.

BRASIL. **Carta das Nações Unidas.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm Acesso em: 11 de setembro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.**

BRASIL. DECRETO Nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm Acesso em: 29 de agosto de 2023.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Turismo. **Embratur e PF atuarão para prevenir e combater turismo para fins de exploração sexual.** Disponível em: https://embratur.com.br/2023/03/20/embratur-e-pf-atuarao-para-prevenir-e-combater-turismo-para-fins-de-exploracao-sexual/ Acesso em: 19 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. **Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm Acesso em: 29 de agosto de 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas em discussão no MJSP.** Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/enfrentamento-ao-trafico-de-pessoas-em-discussao-no-mjsp Acesso em: 04 de setembro de 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública**. III Plano Nacional**

de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/migracoes/iii-plano-nacional-de-enfrentamento-ao-trafico-de-pessoas Acesso em: 04 de setembro de 2023.

BRASIL. Ministério do Turismo. **MTur e IFB lançam curso para promover a prevenção à exploração sexual no turismo.** Disponível em: https://www.gov.br/turismo/pt-br/assuntos/noticias/mtur-e-ifb-lancam-curso-para-promover-a-prevencao-a-exploracao-sexual-no-turismo Acesso em: 10 de setembro de 2023.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania. **Tráfico de pessoas:** conheça o variado perfil das vítimas. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/julho/trafico-de-pessoas-conheca-o-variado-perfil-das-vítimas Acesso em: 23 de agosto de 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Mulheres correspondem a 96,36% das vítimas de tráfico internacional de pessoas.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/mulheres-correspondem-a-9636-das-vítimas-de-trafico-internacional-de-pessoas/ Acesso em: 23 de agosto de 2023.

COSTA, Vinícius Gomes Araújo da. **Tráfico humano com a finalidade de exploração sexual de pessoas à luz do direito penal brasileiro.** Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/28253/1/TCC%20Vinicius%20Gomes%20Araui%CC%80jo%20Da%20Costa%20-%20%20Monografia%20Tra%CC%81fico%20de%20Pessoas%20-%20RA%20818125334.pdf Acesso em: 20 de agosto de 2023.

FERREIRA, Jennifer Lorrayne Fidelis da Silva; PAULA, Fernando Shimidt de. **Evolução legislativa do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual no Brasil.** Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/1037057 Acesso em: 10 de setembro de 2023.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Curso de direito penal:** parte geral (arts. 121 a 183). v. 2. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553624733. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553624733/. Acesso em: 19 set. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Direito Penal,** vol. Único. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646630. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646630/. Acesso em: 28 de. 2023. p. 647.

PISCITELLI, Adriana. **Turismo sexual no Brasil.**

Disponível em: https://comciencia.br/comciencia/handler.php?section=8&edicao=114&id=1379&tipo=1 Acesso em: 25 de agosto de 2023.

RODRIGUES, Thaís de C. **Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual**, 1. ed. Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502190429. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502190429/. Acesso em: 29 dez. 2023.

SALES, Lília Maia de Morais; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de. **Tráfico de seres humanos, migração, contrabando de migrantes, turismo sexual e prostituição:** algumas diferenciações. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/1225/1028 Acesso em: 10 de agosto de 2023.

SILVA. Tatiana Amaral. **Turismo sexual, prostituição e gênero:** uma discussão teórica. 2007. Disponível em: http://www.uesc.br/seminariomulher/anais/PDF/Mesas/TATIANA%20AMARAL%20SILVA.pdf Acesso em: 15 de agosto de 2023.

TORRES, Maria Adriana. **Tráfico de pessoas:** uma violação dos direitos humanos. Disponível em: https://congressoservicosocialuel.com.br/anais/2017/assets/1343802.pdf Acesso em: 03 de setembro de 2023.

ZICKWOLFF, Erick da Cunha Coelho. **Repensando o conceito de turismo sexual:** para além da exploração sexual, do tráfico de pessoas e da prostituição feminina. Disponível em: https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/6650/Erick%20da%20Cunha%20Coelho%20Zickwolff%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 17 de agosto de 2023.

Capítulo 8

A IMPORTÂNCIA DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS NA PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE *STARTUPS*: INSTRUMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA E ESTRATÉGIA EMPRESARIAL

Lucas Vinicios Cruz[1]

1 Introdução

O ambiente das *startups* é marcado por inovação, velocidade e incertezas. Nesse contexto, muitos empreendedores iniciam suas atividades de forma informal, ainda sem constituir uma pessoa jurídica, o que acarreta diversos riscos jurídicos e organizacionais. Para mitigar esses riscos e conferir maior segurança às relações entre os fundadores e potenciais investidores, surge o Memorando de Entendimentos (ou *Memorandum of Understanding – MOU*), como instrumento contratual preliminar voltado à organização da fase de pré-constituição da startup.

Embora não previsto expressamente na legislação brasileira, o MOU tem sido amplamente utilizado no ecossistema empreendedor por sua flexibilidade e utilidade prática. Ele permite aos futuros sócios definirem regras, responsabilidades, metas e mecanismos de governança desde o início do projeto, mesmo antes da criação formal da empresa.

Este artigo tem como objetivo analisar a função, os elementos essenciais e as implicações jurídicas do memorando de entendimentos no contexto das *startups*, destacando sua importância como ferramenta estratégica para evitar conflitos entre os empreendedores e orientar a constituição futura da sociedade empresária.

1 Mestre em Direito Privado pela PUC Minas (bolsista CAPES/PROEX TAXAS), Pós-graduado em Direito de Empresa pela PUC Minas (especialização). Advogado com sólida experiência em Direito Societário e Contratos. E-mail: lucasvcruzadv@gmail.com.

2 *Startups:* direito, inovação, tecnologia e ecossistema empreendedor

As *startups* e o ecossistema empreendedor estão diretamente relacionados ao direito empresarial e o direito societário. Isto, pois, as *startups* exercem a empresa ao realizarem a circulação econômica de mercadorias e serviços. Logo, é objetivo das *startups* exercer a atividade empresária.

O conceito base de *startup*, que é usado como um pilar por grande parte dos autores que escrevem sobre o tema, é o trazido por Eric Ries, autor do *best seller* A Startup Enxuta (*The Lean Startup*). Nesta obra, Ries define *startup* como "uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza" (RIES, 2012, p. 26). O Autor destrincha este conceito, ao argumento de que a parte mais importante nesta definição é o que ela omite, já que, segundo o autor, o conceito de *startup* não diz respeito ao tamanho da empresa, a sua atividade ou o seu setor da economia.

Neste diapasão, qualquer pessoa que esteja criando um novo produto ou negócio sob condições de extrema incerteza, é um empreendedor, ainda que trabalhe em uma entidade governamental, uma empresa apoiada por capital de risco, uma empresa sem fins lucrativos ou uma empresa voltada para a obtenção de lucro (RIES, 2012, p. 26).

Do conceito apresentado por Eric Ries, destaca-se, sob a ótica do autor, os termos instituição, produto, inovação e extrema incerteza como caracterizadores de uma *startup*:

> A palavra instituição conota burocracia, processo, até letargia. Como isso pode ser parte de uma startup? No entanto, as startups bem-sucedidas estão repletas de atividades associadas ao desenvolvimento de instituições: contratação de funcionários criativos, coordenação das atividades deles, e criação de uma cultura empresarial que gera resultados.
>
> Frequentemente, perdemos de vista o fato de que uma startup não consiste num produto, numa inovação tecnológica ou até mesmo numa ideia brilhante. Uma startup é maior do que a soma de suas partes; é uma iniciativa intensamente humana.
>
> O fato de que o produto ou serviço da startup é uma nova inovação também é parte essencial da definição, e também uma parte delicada. Prefiro empregar a definição mais ampla de produto, aquela que abrange qualquer fonte de valor para as pessoas que se tornam clientes.
>
> Qualquer coisa que os clientes vivenciam da interação com uma empresa deve ser considerada parte do produto daquela empresa. Isso é verdade em relação a uma quitanda, um site de comércio eletrônico, um serviço

> de consultoria e uma entidade de serviço social sem fins lucrativos. Em todos os casos, a organização se dedica a revelar uma nova fonte de valor para os clientes e se preocupa com o impacto do seu produto sobre esses clientes.
>
> Também é importante que a palavra inovação seja compreendida amplamente. As startups utilizam muitos tipos de inovação: descobertas científicas originais, um novo uso para uma tecnologia existente, criação de um novo modelo de negócios que libera um valor que estava oculto, ou a simples disponibilização do produto ou serviço num novo local ou para um conjunto de clientes anteriormente mal atendidos. Em todos esses casos, a inovação é o cerne do sucesso da empresa.
>
> Há mais uma parte importante dessa definição: o contexto no qual a inovação acontece. A maiorias das empresas – grandes e pequenas – estão excluídas desses contextos. As startups são projetadas para enfrentar situações de extrema incerteza. Abrir uma nova empresa, que seja um clone exato de um negócio existente, copiando modelo de negócios, precificação, cliente-alvo e produto, pode até ser um investimento econômico atraente, mas não é uma startup, pois seu sucesso depende somente da execução – tanto que esse sucesso pode ser modelado com grande exatidão. (Eis por que tantas pequenas empresas podem ser financiadas com simples empréstimos bancários; o nível de risco e incerteza são tão bem entendidos que um analista de crédito pode avaliar suas perspectivas futuras.)
>
> A maioria das ferramentas da administração geral não são projetadas para florescer no solo adverso da extrema incerteza, no qual as startups vicejam. O futuro é imprevisível, os clientes testemunham um conjunto crescente de alternativas, e o ritmo da mudança está sempre aumentando. No entanto, a maioria das startups – tanto em garagens quanto em empresas – ainda é administrada por meio de prognósticos padrão, marcos de produtos e planos de negócios detalhados (RIES, 2012, p. 26-27).

Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca (2018, p. 31) dão um conceito semelhante, porém mais abrangente, sobre o que é uma *startup*. Para os autores, uma *startup* é "um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios, baseado em tecnologia, repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza".

A inovação de um produto ou serviço, somado à condição de extrema incerteza para o seu desenvolvimento e comercialização são traços marcantes das *startups*, que fazem com que elas se destaquem, sejam reconhecidas e diferenciadas das demais organizações empresárias, que exercem a empresa de maneira tradicional.

Ainda, Edgar Vidigal de Andrade Reis define a *startup* como:

> Negócios recém-construídos, com baixo custo de manutenção e elevado grau de incerteza de sucesso, que buscam atingir um crescimento rápido, apoiando-se para tanto na oferta de produtos ou serviços inovadores aos olhos do mercado em que estão inseridas e com alto potencial de escalabilidade, geralmente utilizando-se da internet ou outras tecnologias inovadoras (REIS, 2018, p. 13).

Para Eduardo Goulart Pimenta (2017, p. 26), a peculiaridade da *startup* está "no fato de pautar suas atividades a partir da tecnologia, que se reflete no oferecimento de inovadores produtos ou serviços ao mercado".

Dentre todas as características acima citadas, aquelas que mais definem uma *startup* é o seu caráter inovador (inovação) e a condição de extrema incerteza. Estas características estão diretamente relacionadas entre si, tendo em vista que a inovação, isto é, um empreendimento inovador, faz nascer a incerteza, o risco do negócio.

No que tange à inovação, acredita-se ser pertinente o entendimento de Erik Frederico Oioli sobre o tema, ao dispor que a "inovação consiste na implantação de novas ideias que gerem valor e ampliação dos resultados por meio da escalabilidade" (OIOLI, 2019, p. 15).

Para o autor, esta expressão "inovação" engloba três conceitos chaves para a sua melhor compreensão, consistentes (i) na expressão de uma nova ideia, que pode ser a criação de algo novo, fazer algo de uma forma diferente ou melhorar algo já existente; (ii) na percepção de utilidade da nova ideia, que quer dizer que a ideia deve gerar valor para o seu destinatário; e (iii) na necessidade de implantação da ideia, já que para ser uma inovação, é preciso implantar a ideia.

Nas palavras do autor:

> Dentre as inúmeras definições disponíveis, optamos por aquela que prima pela síntese: inovação consiste na implantação de novas ideias que gerem valor. Tal expressão sublima três elementos-chave para adequada compreensão do termo:
>
> (i) a existência de uma nova ideia, que pode consistir em criar algo novo, fazer algo de uma forma diferente ou melhorar algo; é um erro comum associarmos a inovação à criação de algo dito como "disruptivo" ou algo simplesmente genial; pequenas mudanças, adaptações, melhorias ou ajustes em processos podem repercutir em alguma inovação; ela pode partir de aprimoramentos de ideias ou tecnologias já existentes ou a criação de algo realmente sem precedentes;
>
> (ii) a percepção de utilidade da nova ideia, isto é, ela deve gerar algum tipo de valor, seja para a empresa, para colaboradores, para consumidores ou para a sociedade em geral, perceptível, por exemplo, pela geração de

> novas receitas ou redução de despesas em curto, médio ou longo prazos; e
>
> (iii) a necessidade de implantação da ideia; uma ideia não implantada continua sendo apenas uma ideia, e não uma inovação; portanto, é fundamental que a nova ideia geradora de valor seja efetivamente implantada, o que, por vezes, revela-se altamente desafiador; muitas vezes, boas ideias não necessariamente resultam em bons negócios, ou sequer resultam em negócios, seja apela incapacidade de implementação ou pela própria viabilidade ou falta de aceitação da ideia (OIOLI, 2019, p. 15).

Isso quer dizer que, para desenvolver um empreendimento inovador, não necessariamente é necessário criar algo novo, disruptivo, que nunca foi pensado antes. A inovação também se refere a algo que já existe, mas passa a ser produzido de uma forma diferente, que soluciona problemas que a maneira tradicional não o faz, gerando valor para o seu destinatário. Tem-se, assim, duas formas de inovação: aquela que se refere a algo inédito e aquela que aprimora algo já existente[2].

A incerteza decorre do campo de atuação das *startups*, que é de alto risco. Afinal, por se tratar de um produto e/ou serviço inovador, não há um direcionamento bem definido no que diz respeito a sucesso e há alto risco de insucesso do empreendimento. Embora a proposta possa ser atraente e com grande chance de ter bons resultados, não possui precedentes que autorizem ou ajudem a *startup* a deter perspectivas claras e absolutas a longo prazo (PIMENTA; LANA, 2021, p. 16).

A extrema incerteza é uma das características que difere uma *startup* de outro tradicional empreendimento em seu estágio inicial, como, por exemplo, uma padaria ou mercearia. Diferentemente destes modelos de negócios tradicionais, as *startups* são criadas para enfrentar situações de extrema incerteza.

Com base na bibliografia consultada, é possível afirmar que as *startups* tem características em comum, características estas que são primordiais para distinguir as empresas nascentes de empresas consolidadas ou empreendimentos tradicionais. Uso constante de tecnologia, desenvolvimento de uma atividade inovadora, assumir riscos e empreender

2 A Lei Complementar n. 167/2019, que alterou a Lei Complementar 123/2006 e trouxe o primeiro conceito legal de *startup*, apresenta ambas as possibilidades no que tange à inovação, ao dispor sobre a possibilidade da atividade desenvolvida pela startup visar aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos já existentes, ocasião em que, de acordo com referida lei, se caracterizam startups de natureza incremental, ou estar relacionada à criação de algo totalmente novo, caracterizando-se startups de natureza disruptiva.

em condições de extrema incerteza são traços marcantes das *startups*, que as diferenciam de modelos de negócios tradicionais.

Em razão do exercício da empresa, as *startups* possuem relações jurídicas estabelecidas por contratos e, por uma abordagem econômica, busca-se contratos economicamente eficientes, com baixo custo de transação, de modo a ser possível a melhor alocação de recursos escassos.

É comum que após os empreendedores colocarem em prática a ideia inovadora, a constituição da *startup* seja formalizada, de modo que esta passe a ter personalidade jurídica própria e, assim, ser sujeito de direitos e deveres[3]. A partir de então, a personalidade jurídica criada para a *startup* não se confundirá com a personalidade jurídica dos sócios ou empreendedores, pessoas físicas ou jurídicas. Igualmente, o patrimônio dos empreendedores não se confundirá com o patrimônio da pessoa jurídica.

Formalizar a constituição da *startup* também é importante para facilitar a capitação de recurso, pois um empreendimento que possui a sua própria personalidade jurídica, constituída sob um dos tipos societários previstos no ordenamento jurídico, pode passar mais credibilidade e confiança aos investidores.

Afinal, empreender em uma condição de extrema incerteza, atrelado ao grande risco do empreendimento, mas com grande potencial de crescimento e maximização de riquezas, são características marcantes das *startups*. Para os empreendedores, pode ser interessante adequar a *startup* em algum tipo societário que trará segurança não apenas aos empreendedores, mas também ao empreendimento e aos investidores.

Neste sentido:

> A startup, como empresa inovadora com alto potencial de crescimento que é, pode ser considerada um investimento promissor. Logo, como qualquer outro investimento, quanto mais segura for a startup, mais investidores poderá atrair, pois possui mais potencial para retorno financeiro dos aportes realizados. Neste ponto, o Direito também funciona como elemento atrativo para o investimento: uma proteção jurídica de qualidade, interna ou externa, auxilia na estruturação e solidez empresarial (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 41).

E, em razão disso, faz-se necessário que os empreendedores tenham à disposição tipos societários que atendam às necessidades das *startups*, de acordo com o seu estágio de desenvolvimento e maturação[4].

---

3 De acordo com o artigo 985, do Código Civil, a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.

4 "Um ambiente com direito societário adequado à realidade das startups é essencial ao empreendedorismo. O primeiro aspecto importante é a existência de formas societárias que

Ainda assim, muitos empreendedores optam por primeiro iniciar a atividade empresária de maneira informal para, somente após a atividade começar a dar certo, formalizar o empreendimento. Neste caso, acredita-se que o fazem por dois motivos: falta de conhecimento sobre eventuais riscos que podem recair sobre o empreendimento, ou simplesmente por opção, isto é, por acreditarem que, naquele momento específico, a formalização da *startup* e adesão a um tipo societário não trará benefício algum ao empreendimento, se comparados aos custos iniciais e a burocracia para iniciar a formalização.

Muitas *startups* e empreendedores optam por celebrar um memorando de entendimentos para regular a fase de pré-constituição da *startup*, de modo a organizar de maneira informal o início da atividade empresária até que a fase de validação do produto no mercado esteja completa (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 157).

3 O memorando de entendimentos como fundamento jurídico na origem das *startups*

Nesta fase pré-constituição, é pertinente que os empreendedores elaborem um contrato[5] que preveja as diretrizes que serão adotadas pelas partes antes, ou durante a execução do empreendimento, ainda que não haja a formalização da *startup*. Para tanto, os empreendedores podem se valer de um acordo, isto é, um contrato preliminar.

Este acordo preliminar é conhecido como memorando de entendimentos (do inglês, *memorandum of understanding*, ou apenas *MOU)*. Através de um memorando de entendimentos, busca-se, de maneira informal, organizar e dar segurança ao empreendimento e àqueles que dele participam ativamente, com o objetivo de, em um momento futuro, formalizar a *startup* através da criação de uma nova personalidade jurídica.

O memorando de entendimentos pode ser caracterizado como um contrato preliminar que visa estabelecer termos e condições que deverão reger o relacionamento dos empreendedores como futuros sócios da *startup* (RODRIGUES, 2019, p. 23). Ou seja, ainda não existe uma sociedade

permitam a limitação da responsabilidade dos sócios ao capital efetivamente contribuído; acerca de tal necessidade, parece que o direito brasileiro cumpre sua obrigação" (PIMENTA; LANA, 2021, p. 12).

5 Assim como todos os negócios jurídicos, o Memorando de Entendimentos também deve respeitar o disposto no artigo 104, do Código Civil, que dispõe que a validade do negócio jurídico pressupõe agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

empresária ou uma personalidade jurídica própria para a *startup*. Tudo é feito em um momento de pré-constituição.

De acordo com Erik Fontenele Nybo (2016, p. 33), um memorando de entendimentos é um contrato preliminar comumente utilizado por *startups* em estágio inicial e que desejam regular a relação a ser firmada entre os sócios, sem que isso resulte necessariamente na criação de uma sociedade formalmente registrada, mas com a expectativa de que as partes, futuramente, celebrem um contrato social para constituir uma sociedade.

O objetivo aqui é estabelecer qual será o objeto a ser desenvolvido pela *startup*, isto é, qual o produto ou serviço que se almejará comercializar e qual projeto será desenvolvido em um momento futuro. Além disso, o memorando de entendimentos também tem como objetivo estabelecer regras e diretrizes que deverão ser seguidas pelos empreendedores, bem como quais são os direitos, obrigações, contribuições e competência das partes contratantes ao longo do empreendimento.

Erik Fontenele Nybo explica as vantagens de um memorando de entendimentos na fase de pré-constituição de uma *startup*. De acordo com o autor:

> Por meio do contrato preliminar os futuros sócios conseguem economizar o dinheiro que seria utilizado para a criação de uma sociedade empresária na fase embrionária do projeto, evitando também obrigações legais relacionadas à constituição de uma empresa e, caso o projeto não vingue, evita-se também a necessidade de manutenção ou fechamento da empresa malsucedida. Trata-se de uma forma de minimizar os riscos e gastos aos quais os empreendedores se expõe.
>
> Além disso, as partes terão a segurança de que sua relação está protegida. A previsão dos papéis a serem executados por cada uma das partes, bem como seus direitos e obrigações, garante aos empreendedores uma segurança maior quanto à relação que pretendem construir (NYBO, 2016, p. 35).

O Memorando de Entendimentos não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Justamente por isso, não há previsão legal quanto ao que deveria, obrigatoriamente, constar no documento. Porém, há certas cláusulas que a doutrina entende importantes na confecção de um Memorando de Entendimentos voltado para *startups*.

Neste sentido, Amanda Visentini Rodrigues, no artigo Aspectos Societários da Constituição da Startup (2019, p. 24-25), elenca dez tópicos mínimos que precisam constar em um Memorando de Entendimentos. De acordo com a autora, primeiro, um *MOU* precisa prever a definição clara e precisa do projeto a ser desenvolvido pela *startup*, pois todas as demais

condições, direitos e obrigações girarão em torno deste projeto. Nesta senda, obrigações, direitos e contribuições de cada empreendedor é o segundo tópico que deve constar em um Memorando de Entendimentos.

A participação acionária, incluindo-se participação e distribuição dos lucros, de cada um dos futuros sócios da *startup* também deve constar no documento, caracterizando, assim, o terceiro tópico. Para a autora, regras de governança e de tomada de decisão, por exemplo quóruns de aprovação de determinada matéria ou delimitação da competência de cada sócio, compõe o quarto tópico.

O quinto tópico trazido pela autora é um dos mais importantes em um *MOU*, se não for o mais importante. Consiste na delimitação de algum fato ou evento futuro que será determinado como o marco temporal para a constituição formal da *startup*. Ou seja, se determinado evento futuro acontecer, os empreendedores deverão formalizar a *startup*. Este tópico também é conhecido como gatilho[6], podendo se caracterizar pelo atingimento, por parte do empreendimento, de alguma meta, como, por exemplo, alcançar um número de clientes ou determinado valor investido na *startup* ou, ainda, algum prazo preestabelecido. Inserir um gatilho em um memorando de entendimentos é importante pois, caso o contrato preliminar não tenha tal previsão, os contratantes não poderão exigir a constituição da *startup*.

O sexto tópico consiste na previsão de momentos em que serão necessárias as captações de recursos, bem como a forma como tais investimentos poderão ser realizados na *startup*. Hipóteses e condições para a admissão de eventuais sócios investidores e a determinação do percentual societário que os sócios estarão dispostos a abrir mão em favor do investidor, compõe o sétimo tópico.

No memorando de entendimentos, o oitavo tópico relevante é o prazo mínimo para a permanência dos empreendedores na sociedade a ser formalizada, pois as ideias inovadoras costumam ser inseparáveis dos fundadores, razão pela qual os empreendedores se tornam direta e

6 "A parte mais importante desse contrato, porém, é a que determina as condições que ensejam a constituição da sociedade posteriormente. Para tanto, pode-se utilizar o que se chama de gatilho: uma condição que, quando preenchida, acarretará a celebração do contrato definitivo. Esse gatilho pode ser a obtenção de um primeiro investimento, a celebração de uma parceria, a finalização do produto ou modelagem do serviço, grandes pedidos de venda etc., desde que preestabelecidos no contrato e que tornem viável o negócio em questão. Trata-se de uma condição, nos termos do Código Civil, que determina a obrigatoriedade de um ato posterior" (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 158).

pessoalmente envolvidos no empreendimento, até que a *startup* alcance um estágio mais consolidado e não dependa mais dos seus criadores.

Por fim, a autora menciona dois tópicos finais, isto é, o nono e décimo tópico. O nono tópico consiste na previsão de formas e meios de liquidação e pagamento da participação de cada sócio, caso este deseje se retirar do empreendimento[7]. Já o décimo tópico se refere à confidencialidade e não competição[8] entre os contratantes, em razão da grande quantidade de informações e ideias compartilhadas e discutidas, de modo que o contratante retirante não explore o mesmo negócio idêntico, em concorrência com a futura *startup*.

O memorando de entendimentos não limita a responsabilidade dos futuros sócios, justamente por ainda não existir uma nova pessoa jurídica. E, por este motivo, o patrimônio dos contratantes permanece exposto perante terceiros. Assim, a celebração de um pré-contrato não dispensa a posterior constituição e formalização da *startup*.

> A celebração de um memorando de pré-constituição, contudo, não dispensa a posterior formalização do ato de constituição da sociedade. Em primeiro lugar, o próprio crescimento orgânico da startup, com a intensificação das relações comerciais mantidas com terceiros (entre eles, clientes e fornecedores) demandará o surgimento de uma pessoa jurídica de direito capaz de assumir obrigações em nome próprio, realizar pagamentos, celebrar contratos, entre outras providências aqui já mencionadas. Adicionalmente, a constituição formal de uma sociedade é importante porque, embora o memorando de pré-constituição seja um contrato preliminar, pressupondo a celebração de um contrato definitivo no futuro, na prática, a sua celebração implica, por si só, a contratação de uma sociedade em comum entre os seus signatários, nos termos do art. 981, do Código Civil, dado que já existe uma soma de esforços dos empreendedores para o desenvolvimento da atividade empresarial visando a partilha de seus resultados. No entanto, enquanto não houver o registro do ato constitutivo no órgão competente, tal sociedade não terá personalidade jurídica e todos os seus sócios responderão solidária e ilimitadamente, pelas obrigações sociais com o seu patrimônio pessoal, representando um risco para os próprios empreendedores (RODRIGUES, 2019, p. 26).

Portanto, é importante que os empreendedores celebrem um memorando de entendimentos, caso decidam iniciar a atividade empreendedora antes de formalizar a *startup*.

---

7 Como ainda não há sociedade constituída e, também, a integralização do capital social, consequentemente, não há a necessidade de compra ou venda da participação societária do contratante retirante.

8 Ao instituir a não concorrência, é importante definir a limitação geográfica, o prazo e a atividade a ser restringida (NYBO, 2016, p. 37).

4 Conclusão

A análise do memorando de entendimentos evidencia sua relevância como instrumento jurídico de transição entre a ideia inicial e a constituição formal de uma *startup*. Embora não atribua personalidade jurídica própria ao empreendimento, o *MOU* possibilita que os empreendedores estabeleçam, de forma clara e segura, os termos que nortearão sua relação, definindo papéis, direitos, deveres e metas a serem alcançadas.

Sua utilização, além de proporcionar economia de recursos e maior previsibilidade, contribui para a mitigação de riscos jurídicos típicos da informalidade. No entanto, é fundamental compreender que o *MOU* não substitui a formalização da sociedade, sendo imprescindível que, alcançado determinado marco ou gatilho, os empreendedores avancem para a constituição da empresa, a fim de limitar responsabilidades e viabilizar o pleno exercício das atividades empresariais.

Portanto, o memorando de entendimentos se mostra uma ferramenta eficaz e recomendável para startups em fase embrionária, especialmente quando utilizado de forma estratégica e alinhada às boas práticas contratuais e societárias.

Referências

BRASIL. **Lei Complementar n. 167, de 24 de abril de 2019**. Dispõe sobre a Empresa Simples de Crédito (ESC) e altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), a Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Lei do Simples Nacional), para regulamentar a ESC e instituir o Inova Simples. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp167.htm. Acesso em 12 jun 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 12 jan 2020.

FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das Startups**. São Paulo: Saraiva, 2018.

NYBO, Erik Fontenele. **Memorando de entendimentos para pré-constituição de uma startup**. In: JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele (Coords.). Direito das startups. Vol I. Curitiba: Juruá, 2016.

OIOLI, Erik Frederico (Coord.)**. Manual de Direito para Startups**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Startups e capital**: instrumentos jurídicos de regulação dos investimentos em atividades empresariais. In BARBOSA, Anna Fonseca; PIMENTA, Eduardo Goulart; FONSECA, Maurício Leopoldino (Orgs.). **Legal Talks**: Startups à luz do direito brasileiro. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA Henrique Avelino. **Direito, Inovação e Tecnologia**: Mercado, Ecossistema Empreendedor e as Start'ups. Belo Horizonte: Editora Expert, 2021.

RIES, Eric. **A startup enxuta:** como os empreendedores atuais utilizam a inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas. Tradução de Texto Editores. São Paulo: Le Ya, 2012.

RODRIGUES, Amanda Visentini. **Aspectos societários da constituição da startup**. In: OIOLI, Erik Frederico**. Manual de Direito para Startups**. Editora Thomson Reuters.2019.

Capítulo 9

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA POVOS INDÍGENAS: UM ESTUDO DE CASO NO ESTADO DO PARÁ

Natalia Mascarenhas Simões Bentes[1]
Bruna Kleinkauf Machado[2]

1 Introdução

A educação é um direito humano fundamental, universalmente reconhecido como instrumento de emancipação individual, fortalecimento da cidadania e promoção da justiça social. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabelece esse direito como dever do Estado, da família e da sociedade, assegurando prioridade absoluta às crianças e adolescentes. No entanto, quando se trata da aplicação desse direito aos povos indígenas, a questão adquire contornos específicos, que exigem não apenas o reconhecimento legal, mas também o respeito às peculiaridades étnicas, culturais, linguísticas e territoriais desses grupos. A educação indígena, portanto, não pode ser entendida unicamente como instrumento de integração ao modelo nacional, mas como espaço de valorização dos saberes ancestrais, da língua nativa e dos modos de vida próprios.

Diante desse cenário, o problema central da presente pesquisa é: como garantir a implementação eficaz das políticas públicas educacionais voltadas às comunidades indígenas, especialmente nas aldeias do estado do Pará, de forma que respeitem sua cultura, sua língua e seus modos de vida? Parte-se da

1 Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora da graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos do CESUPA. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário do Estado do Pará. Membro do grupo de pesquisa Rica Miseria - Mineração, Sustentabilidade, Equidade e Desenvolvimento Regional. Advogada. e-mail: natalia.bentes@cesupa.br

2 Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo CESUPA. Pós-Graduanda em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela PUCRS. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS. Bacharel em Direito pela Universidade Feevale. Advogada. e-mail: bruna24900013@aluno.cesupa.br

hipótese de que, embora haja avanços legais no reconhecimento da educação escolar indígena como direito específico e diferenciado, a sua concretização ainda enfrenta desafios significativos, como a ausência de infraestrutura adequada, a escassez de professores bilíngues e a baixa participação das comunidades indígenas na formulação das políticas educacionais.

O objetivo geral do estudo é analisar as dificuldades e os avanços relacionados à implementação das políticas públicas educacionais nas aldeias indígenas do estado do Pará. Especificamente, pretende-se: compreender como as comunidades indígenas percebem o acesso à educação; identificar os principais entraves à aplicação das políticas públicas educacionais diferenciadas; e discutir alternativas que possam contribuir para a efetivação do direito à educação de forma compatível com as especificidades culturais indígenas.

A relevância do estudo está em contribuir com o debate sobre os direitos fundamentais das populações indígenas, especialmente no que tange à educação, que é não apenas um direito em si, mas também um meio de acesso a outros direitos sociais. A pesquisa fundamenta-se, sobretudo, nas contribuições teóricas de autores como Baniwa (2019), Fischmann (2013), Maciel (2019) e Secchi (2008), que abordam a importância da educação bilíngue e intercultural, o ciclo das políticas públicas e os desafios da construção de políticas sensíveis à diversidade cultural. Esses referenciais possibilitam compreender que a educação escolar indígena deve partir da escuta ativa das comunidades e da valorização de suas epistemologias.

A metodologia utilizada foi qualitativa, com base em entrevistas semiestruturadas realizadas com quatro lideranças indígenas dos municípios de Santarém, Oriximiná e Aveiro, no estado do Pará. A escolha por esse método se deu pela necessidade de acessar diretamente as vivências e as percepções das comunidades, priorizando uma abordagem que respeite as vozes indígenas como protagonistas da construção das políticas que lhes dizem respeito. As entrevistas permitiram compreender as tensões entre o que está previsto na legislação e o que se realiza na prática educacional das aldeias.

O trabalho está estruturado em cinco partes. Na primeira, são apresentados os fundamentos legais do direito à educação e sua interface com a cultura indígena. Na segunda, discute-se a importância da etapa de formulação no ciclo das políticas públicas, com foco nas peculiaridades dos povos originários. A terceira seção aborda a legislação educacional indígena e a necessidade de protagonismo dos povos na sua execução. Na quarta parte, apresenta-se a análise das entrevistas realizadas com lideranças indígenas

no Pará. Por fim, na quinta seção, são discutidas as considerações finais, respondendo-se ao problema de pesquisa e apresentando sugestões para o aperfeiçoamento das políticas educacionais indígenas.

2 Do direito fundamental à educação e a singularidade da cultura indígena

O direito à educação é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e constitui-se como direito fundamental, conforme preconizado pela Constituição Federal de 1988, sendo assegurado com absoluta prioridade às crianças e aos adolescentes. O artigo 227 da Carta Magna estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir, prioritariamente, direitos como vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1988). Essa proteção integral é reforçada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual prevê, nos artigos 3º e 4º, a efetivação desses direitos em condições de liberdade e dignidade, conferindo especial atenção à promoção do desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social dos menores (BRASIL, 1990).

Conforme destaca Custódio (2009), a educação é um direito fundamental que impõe corresponsabilidade à família, à sociedade e ao Estado, não se tratando de uma obrigação imposta à criança, mas de uma garantia essencial para seu pleno desenvolvimento. Trata-se de um direito que ultrapassa a dimensão individual, consolidando-se como instrumento de emancipação social e de exercício da cidadania. Nesse sentido, o artigo 205 da Constituição Federal explicita que a educação deve promover o desenvolvimento da pessoa, sua capacitação para o trabalho e sua preparação para o exercício consciente da cidadania (BRASIL, 1988).

Autores como Marshall (1967) e Maciel (2019) sustentam que a educação é elemento constitutivo da cidadania, permitindo que o sujeito compreenda sua posição social, desenvolva senso crítico e exerça seus direitos de forma ativa. De acordo com Maciel (2019, p. 57), o processo educacional "permite a instrumentalização de todos os demais direitos" e possibilita que cada indivíduo compreenda seu papel na sociedade e sua capacidade de reivindicação.

Quando se trata das populações indígenas, esse direito assume contornos ainda mais complexos e relevantes. A educação indígena não pode ser concebida nos moldes tradicionais do sistema educacional nacional, pois está profundamente conectada à preservação das línguas, dos valores, dos

ritos e das práticas tradicionais dos povos originários. Nessa perspectiva, a educação nas comunidades indígenas não se limita à formação acadêmica formal, mas é um meio de transmissão de saberes ancestrais e de manutenção da identidade étnica (BANIWA, 2019).

Embora a Constituição Federal reconheça a diversidade cultural dos povos indígenas e assegure o uso de suas línguas maternas no ambiente escolar, a efetivação desse direito encontra diversos entraves. A precariedade das estruturas físicas, a escassez de materiais pedagógicos adequados e a ausência de professores capacitados representam obstáculos recorrentes à consolidação de uma educação verdadeiramente intercultural (MACIEL, 2019).

A educação escolar indígena distingue-se da educação não indígena por ser bilíngue e intercultural, princípios que visam garantir não apenas a inserção dos indígenas no mundo contemporâneo, mas, sobretudo, a continuidade e valorização de sua cultura. A proposta de interculturalidade envolve o diálogo horizontal entre saberes distintos, respeitando as especificidades de cada povo e possibilitando a construção de currículos próprios, elaborados com a participação ativa das comunidades (FISCHMANN, 2013; BANIWA, 2019).

O bilinguismo é elemento estruturante da educação indígena, pois fortalece a transmissão intergeracional de saberes e a preservação das línguas nativas. Contudo, conforme apontam Coutinho (2020) e Martel (2019), a ausência de formação específica de professores, bem como a limitada produção de materiais bilíngues, compromete a efetividade dessa proposta. A interculturalidade, por sua vez, pressupõe a valorização do conhecimento tradicional e sua articulação com o saber acadêmico, o que exige sensibilidade cultural por parte do poder público e dos profissionais da educação.

Além disso, o processo educacional indígena está intimamente vinculado ao território. O conhecimento nas comunidades originárias é construído em estreita relação com o ambiente, por meio de práticas como o plantio, a pesca e os rituais, o que demanda uma metodologia de ensino adequada às realidades locais (ANDRADE, 2019). A tentativa de aplicar um modelo educacional homogêneo, sem considerar essas particularidades, pode gerar conflitos culturais e enfraquecer as identidades coletivas.

Embora as normativas brasileiras reconheçam o direito à educação diferenciada, o que se observa, na prática, é a defasagem entre o conteúdo normativo e a realidade enfrentada pelas comunidades. O Estado brasileiro ainda enfrenta desafios significativos no que se refere à disponibilização de infraestrutura, à capacitação de docentes indígenas e à implementação de

currículos que contemplem os modos de vida tradicionais (GRUPIONI, 2018; ARTIGO EXTRA - EDUCAÇÃO, 2025).

Além disso, a educação indígena enfrenta pressões externas que ameaçam a sua singularidade. A tentativa de integração das comunidades indígenas em um sistema educacional padronizado pode levar à perda de sua identidade cultural. Assim, é essencial que a educação seja adaptada às realidades locais e que os próprios indígenas sejam protagonistas no processo educativo (Baniwa, 2019). Isso inclui a construção de currículos próprios, a definição de calendários escolares adequados às atividades culturais e a participação das lideranças indígenas nas decisões educacionais.

A formação de professores indígenas também é um fator crítico para o sucesso da educação nas aldeias. Muitos dos professores que atuam nas escolas indígenas não possuem formação específica para trabalhar em contextos bilíngues e interculturais, o que limita a eficácia do ensino (Fischmann, 2013). Programas de formação continuada que considerem as especificidades culturais e linguísticas dessas comunidades são fundamentais para garantir uma educação de qualidade.

A educação indígena, ao contrário da educação não indígena, visa a promoção da cidadania sem romper os vínculos culturais. Ela não busca apenas preparar os estudantes para o mercado de trabalho, mas também para a participação ativa na vida da comunidade e na preservação dos seus costumes (Marshall, 1967). Essa educação visa formar cidadãos que sejam capazes de reivindicar seus direitos e lutar pela manutenção de seus territórios e modos de vida, reforçando a autonomia dos povos indígenas (Baniwa, 2019).

Essa proposta educacional não se limita à transmissão de conteúdos curriculares padronizados, mas prioriza uma abordagem integral que valoriza o pertencimento étnico, a oralidade, os conhecimentos tradicionais e a cosmovisão própria de cada povo indígena. Trata-se de uma educação que reconhece os saberes produzidos no interior das comunidades como legítimos e essenciais à formação dos sujeitos, rompendo com a lógica colonialista que historicamente desvalorizou essas epistemologias. Assim, a escola indígena deve funcionar como espaço de resistência cultural e de reconstrução identitária, articulando o ensino formal ao cotidiano da comunidade, à memória coletiva e à ancestralidade.

Nesse sentido, é imprescindível que as políticas educacionais voltadas às populações indígenas adotem práticas pedagógicas diferenciadas e participativas, construídas com base no diálogo entre educadores indígenas, lideranças comunitárias e gestores públicos. A escuta ativa e o respeito à

autonomia dessas populações são fatores determinantes para a eficácia das ações educativas. A ausência de consulta prévia e de participação ativa dos povos indígenas no planejamento educacional compromete não apenas a qualidade do ensino ofertado, mas também o direito dessas comunidades de definirem o tipo de educação que desejam para si e para suas futuras gerações.

Para tanto, destaca-se que a responsabilidade pela educação escolar indígena é compartilhada entre diferentes esferas de governo, sendo coordenada pelo Ministério da Educação (MEC), mas com execução a cargo dos estados e municípios. Desde a promulgação do Decreto 26/91, que transferiu a coordenação das ações educacionais da Fundação Nacional do Índio (Funai) para o MEC, as secretarias estaduais e municipais têm o papel de implementar a educação escolar indígena. Essas esferas são responsáveis por garantir que as escolas em terras indígenas operem de acordo com as diretrizes nacionais, respeitando as particularidades locais e assegurando a formação de professores indígenas que possam atuar em suas próprias comunidades (BRASIL, 2002).

A Funai, embora não seja mais diretamente responsável pela educação escolar indígena, ainda desempenha um papel de suporte, principalmente na articulação de políticas indigenistas e na proteção dos direitos dos povos indígenas. No entanto, a responsabilidade central pela educação indígena cabe ao sistema de ensino estadual e municipal, que deve garantir a oferta de uma educação que respeite a interculturalidade e os valores tradicionais indígenas, conforme orientado pela LDB e pelo Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/01) (BRASIL, 2002).

3 As etapas do ciclo de políticas públicas e a importância da etapa da formulação aplicada às peculiaridades dos povos originários

O ciclo de políticas públicas compreende uma sequência de etapas interdependentes que facilitam o entendimento e a análise de processos decisórios no âmbito público. Essas fases, embora muitas vezes sobrepostas e não lineares, são amplamente utilizadas para organizar e orientar os processos de políticas públicas. A teoria do ciclo de políticas públicas é um modelo analítico que, conforme descrito por Secchi (2008), propõe que as políticas podem ser analisadas por meio de várias etapas: identificação do problema, formulação de políticas, tomada de decisão, implementação e avaliação.

A etapa de identificação consiste na percepção de uma discrepância entre a situação atual e uma realidade desejada. Esse processo envolve a identificação de um problema público que exige intervenção governamental. Neste ponto, questões relacionadas a desigualdades sociais ou à necessidade de proteger direitos de grupos vulneráveis, como os povos indígenas, podem ganhar visibilidade (Secchi, 2008).

Após a identificação, o problema é inserido na agenda pública, quando os atores sociais e políticos reconhecem sua relevância e passam a tratá-lo como uma prioridade. (Secchi, 2008). No contexto indígena, a entrada de temas como demarcação de terras ou proteção cultural depende de pressões sociais, organizações não governamentais e requerimento dos próprios grupos indígenas.

Na fase de formulação de alternativas, os especialistas e formuladores de políticas discutem as possíveis soluções para o problema. Esta etapa é crítica, pois é o momento em que as diversas abordagens são propostas, considerando as causas do problema e os recursos disponíveis. (Secchi, 2008). Logo, destaca-se que a formulação é fundamental para garantir que as políticas sejam adequadas às especificidades da realidade indígena, levando em conta aspectos culturais e as barreiras enfrentadas em áreas isoladas.

Uma vez formuladas as alternativas, os decisores políticos avaliam as propostas e optam por aquela que consideram mais viável e eficaz. (Secchi, 2008) O desafio aqui está em equilibrar os interesses dos diferentes atores e garantir que as vozes indígenas sejam consideradas no processo decisório.

A implementação transforma as decisões políticas em ações concretas. (Secchi, 2008). É uma fase cheia de desafios, especialmente para as políticas públicas voltadas aos povos indígenas, onde barreiras geográficas e culturais podem dificultar a aplicação das ações. A capacidade de adaptar a implementação às realidades locais é essencial nessa etapa.

Na etapa de avaliação, os resultados da política são monitorados e avaliados para verificar se os objetivos foram atingidos (Barcellos, 2018). Para as políticas indígenas, a avaliação deve levar em consideração indicadores de efetividade cultural, além de aspectos socioeconômicos, bem como averiguar se a demanda está sendo efetiva.

Por fim, destaca-se que a etapa de monitoramento é crucial a fim de constatar se política atingiu seu objetivo ou se fora considerada ineficaz ou inadequada, pois se esta não obter êxito no seu objetivo pode ser extinta ou ajustada para melhor atender às demandas iniciais. (Barcellos, 2018). Políticas voltadas aos povos indígenas enfrentam o desafio de serem

sustentáveis e continuadas, evitando a extinção por falta de adequação às suas realidades.

Para tanto, a fase de formulação é crucial e de suma importância para o sucesso de qualquer política pública, pois é nela que são delineadas as alternativas de ação (SECCHI, 2008). Logo, no contexto das políticas indígenas, a formulação deve ser realizada com extremo cuidado para garantir que as soluções propostas respeitem as especificidades culturais, os direitos coletivos e a autonomia dos povos. A falta de uma formulação sensível pode levar à adoção de políticas inadequadas, que podem ser rejeitadas pelas comunidades afetadas ou simplesmente não surtirem o efeito desejado.

Para garantir a eficácia, é necessário que os povos indígenas participem ativamente desta fase, seja através de suas lideranças ou de organizações representativas. Isso possibilita a construção de alternativas que levem em consideração suas necessidades e perspectivas, o que aumenta a probabilidade de que a política seja bem-sucedida e que tenha uma implementação efetiva.

As políticas públicas para povos indígenas enfrentam peculiaridades que tornam cada etapa do ciclo ainda mais complexa. A pluralidade cultural, a necessidade de garantir a consulta prévia e informada, bem como a presença de conflitos em torno da demarcação de terras e dos recursos naturais, são apenas alguns dos fatores que tornam desafiadora a formulação e implementação dessas políticas. A etapa de formulação, em especial, exige um diálogo contínuo e uma construção conjunta, para que as políticas reflitam as reais demandas dos povos indígenas e respeitem sua autonomia.

Além disso, é fundamental considerar que a etapa de formulação não pode ocorrer de maneira verticalizada, ou seja, imposta exclusivamente por técnicos e gestores alheios à realidade indígena. A construção de políticas públicas eficazes exige escuta ativa, reconhecimento do saber local e respeito aos processos de tomada de decisão das próprias comunidades. A ausência desses elementos tende a gerar políticas desconectadas das práticas culturais e das demandas reais dos povos originários, tornando sua execução limitada ou até mesmo inviável.

Outro aspecto relevante a ser considerado na formulação de políticas públicas voltadas aos povos indígenas é a adaptação dos instrumentos normativos e administrativos às especificidades territoriais e linguísticas dessas populações. A burocracia estatal, muitas vezes homogênea e inflexível, não contempla as formas tradicionais de organização social nem os calendários culturais dos povos indígenas, dificultando a efetividade das ações planejadas. Nesse contexto, torna-se essencial criar mecanismos normativos diferenciados, capazes de assegurar a flexibilidade necessária

para que as políticas respeitem as diversas formas de vida existentes nos territórios indígenas.

Ademais, a atuação intersetorial e colaborativa entre os órgãos públicos envolvidos é indispensável para garantir que as políticas formuladas alcancem sua finalidade. A articulação entre os setores de educação, saúde, assistência social e meio ambiente, por exemplo, é imprescindível para uma abordagem integrada e eficaz das demandas indígenas. A ausência de coordenação entre as esferas federal, estadual e municipal, somada à escassez de recursos humanos capacitados, compromete a continuidade e a sustentabilidade das políticas implementadas. Nesse sentido, a formulação deve prever não apenas o conteúdo das ações, mas também estratégias de gestão e financiamento que assegurem a permanência e a adaptação contínua das políticas às realidades locais.

4 A legislação indígena no tocante a educação e a importância de dar voz aos indígenas para garantir a eficácia das políticas públicas direcionadas a eles

Historicamente, os povos indígenas no Brasil foram privados de protagonismo na formulação e reivindicação de seus direitos fundamentais. Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos dos povos originários eram tutelados pelo Estado sob uma lógica integracionista, cujo objetivo era promover a assimilação desses grupos à sociedade nacional majoritária. Conforme observa Mendes (2018), a expectativa institucional era de que os indígenas fossem progressivamente absorvidos pela população brasileira, sendo impedidos de atuar como sujeitos políticos capazes de reivindicar seus próprios interesses e definir suas prioridades.

No campo da educação, esse modelo assimilacionista se refletiu na ausência de políticas voltadas à valorização das culturas e línguas indígenas. A Lei nº 6.001/73, conhecida como Estatuto do Índio, ainda vigente, prevê o ensino bilíngue, realizado na língua materna da etnia e em português, resguardando o uso prioritário da primeira. No entanto, a mesma norma declara que a educação indígena deve promover a integração à "comunhão nacional", por meio da compreensão progressiva dos valores da sociedade envolvente e da adaptação das aptidões individuais dos indígenas (BRASIL, 1990). Essa perspectiva, embora avance ao reconhecer o direito à língua originária, ainda carrega traços de um modelo educacional voltado à homogeneização cultural.

Com o advento da Constituição de 1988, os povos indígenas passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos coletivos, com garantia à diversidade cultural, à autodeterminação e à educação diferenciada. Esse marco constitucional inaugurou uma nova abordagem no trato das questões indígenas, especialmente no que se refere à educação, passando a considerar os saberes tradicionais e as especificidades culturais como pilares para a construção de uma escola indígena legítima e eficaz. No entanto, apesar desse avanço jurídico, os desafios práticos para a implementação de políticas educacionais coerentes com essa proposta ainda são expressivos.

Os avanços conquistados no plano legal e administrativo, embora significativos, não foram suficientes para estruturar um sistema educacional que efetivamente contemple as necessidades das comunidades indígenas. Segundo Grupioni (2018), a educação escolar indígena caminha lentamente: há conquistas importantes, mas os obstáculos permanecem constantes. As escolas indígenas ainda carecem de infraestrutura adequada, materiais didáticos contextualizados e professores capacitados para atuar em contextos bilíngues e interculturais. Além disso, muitas vezes, a construção dos projetos pedagógicos ocorre sem a devida participação das comunidades, comprometendo a legitimidade e a eficácia das ações educativas.

É nesse contexto que a educação indígena passa a ser reivindicada como pauta política prioritária pelos movimentos indígenas. As discussões se expandem para além do direito ao acesso à escola, focando no tipo de educação que esses povos desejam construir. Hoje, os debates envolvem temas como o desenvolvimento de currículos específicos, a valorização dos saberes tradicionais, a formação de professores indígenas e a autonomia das comunidades na definição do modelo escolar. Como bem sintetiza a literatura da área, o desafio não é mais garantir se haverá educação, mas sim qual educação será oferecida aos povos indígenas.

A legislação brasileira atual, ao menos no plano teórico, possibilita a criação de escolas indígenas integradas ao sistema nacional de ensino, respeitando os idiomas, as tradições e as práticas culturais dos diferentes povos. Essa normatividade inclui a sistematização dos saberes tradicionais, o uso de materiais produzidos por professores indígenas, calendários escolares adaptados aos ciclos culturais e currículos desenvolvidos com a participação ativa da comunidade. Essas diretrizes são fundamentais para consolidar uma educação intercultural que promova a cidadania sem descaracterizar a identidade cultural indígena.

Apesar do avanço legislativo, na prática, a aplicação dessas normas encontra diversos entraves. Muitas das garantias previstas funcionam mais

como princípios orientadores do que como ações efetivamente incorporadas à rotina das escolas indígenas. Há um descompasso evidente entre o que está escrito na legislação e o que ocorre nas aldeias, revelando a persistência de barreiras estruturais, administrativas e financeiras. Mesmo com os progressos registrados nas últimas décadas, ainda se observa a presença de entraves burocráticos que dificultam a consolidação de um sistema educacional de qualidade voltado às comunidades indígenas.

Portanto, garantir a efetividade da legislação indígena no campo educacional exige mais do que o reconhecimento formal de direitos. Requer a ampliação da participação dos povos indígenas nos processos decisórios, a superação das estruturas coloniais que ainda permeiam as instituições estatais e o fortalecimento de políticas públicas que respeitem e promovam a diversidade cultural como valor constitutivo da sociedade brasileira. A escuta ativa das lideranças indígenas e o compromisso institucional com uma educação emancipadora são passos fundamentais para transformar os direitos garantidos em conquistas concretas.

5 A educação indígena nas aldeias localizadas no interior do Pará

Com o intuito de compreender a realidade da educação indígena no estado do Pará, esta pesquisa realizou entrevistas com quatro lideranças indígenas residentes em diferentes municípios: Santarém, Aveiro e Oriximiná. O objetivo foi obter informações concretas sobre a aplicabilidade das políticas públicas educacionais voltadas aos povos originários, especialmente no que se refere ao acesso à escola, à qualidade da infraestrutura, à adequação cultural do ensino e à formação dos profissionais. As entrevistas permitiram uma análise crítica da distância entre o que a legislação garante e o que de fato é vivenciado nas aldeias.

Em Santarém, foi entrevistada Juceli Tapajós Sousa, indígena que viveu em uma comunidade mista – composta por indígenas e quilombolas – chamada Ajamuri, localizada no Lago Grande. Conhecida como Jô, ela é graduada em Administração e atualmente exerce o cargo de administradora junto à Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), na CASAI-Santarém. Em sua entrevista, Juceli compartilhou sua trajetória acadêmica e profissional, destacando os diversos desafios enfrentados para acessar e concluir o ensino superior. Ressaltou, ainda, a ausência de incentivos específicos durante sua formação e as dificuldades logísticas para manter-se na universidade.

Ainda no município de Santarém, foi entrevistado Dougleson Chaves Pires, cacique da aldeia Surucuá Tupinambá. Apesar de não possuir formação superior, Dougleson atua ativamente como militante indígena junto ao Conselho Indígena Tapajós e Arapiuns (CITA). Em sua fala, enfatizou os preconceitos enfrentados cotidianamente por seu povo, bem como o esforço coletivo para manter viva a cultura, os rituais e os conhecimentos ancestrais, mesmo em meio ao contato constante com os valores ocidentais. Destacou a importância da escola como espaço de resistência cultural e criticou a falta de políticas públicas efetivas que dialoguem com as especificidades da sua aldeia.

No município de Aveiro, o entrevistado foi Antônio Pereira, cacique da aldeia Escravaó. Antônio também é atuante no CITA e relatou que, embora não tenha formação acadêmica, dedica-se à luta coletiva pela garantia dos direitos indígenas, com ênfase na educação. Segundo ele, a organização comunitária e o fortalecimento das lideranças locais são essenciais para pressionar os órgãos governamentais a adotarem medidas condizentes com a realidade das aldeias. Em sua visão, a educação deve ser construída de forma coletiva, com base nos valores e modos de vida tradicionais, respeitando o tempo e o espaço das comunidades.

Em Oriximiná, a entrevista foi realizada com João Maioria Wai-Wai, da aldeia Mapuera. João é graduado em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Pará (UFPA) e ocupa o cargo de coordenador da Secretaria de Educação Indígena da Sétima Unidade de Referência. Sua atuação se concentra na promoção de uma educação de qualidade nas aldeias, por meio de estratégias que respeitem a diversidade cultural dos povos indígenas. Em sua entrevista, João falou sobre sua infância, os desafios enfrentados por sua comunidade e as conquistas obtidas com muito esforço, entre elas, o direito à educação e à participação ativa na formulação de políticas públicas.

A partir dos relatos colhidos, observou-se que, no âmbito institucional, há iniciativas relevantes, como a atuação da Coordenadoria de Educação Escolar Indígena (CEIND), vinculada à Secretaria de Estado de Educação. Essa coordenadoria tem buscado promover uma educação escolar indígena que respeite os princípios da diversidade cultural, da sustentabilidade socioambiental e dos direitos humanos, conforme estabelecido na Resolução nº 05, de 22 de junho de 2012, e na Lei nº 13.005/2014. Segundo uma técnica da CEIND, lideranças indígenas são consultadas para tratar de situações específicas de suas aldeias, o que demonstra a importância da escuta ativa para o aprimoramento das políticas educacionais.

Para a construção da presente pesquisa, foram elaboradas perguntas específicas com o objetivo de verificar, a partir da experiência direta dos entrevistados, a eficácia das políticas públicas educacionais implementadas nas comunidades indígenas do estado do Pará. Entre os aspectos abordados, um dos pontos centrais foi a alimentação escolar. Questionou-se se o fornecimento da merenda respeitava os hábitos alimentares tradicionais dos povos indígenas. A resposta foi unânime: inicialmente, não havia qualquer adaptação cultural. Os alimentos oferecidos, em sua maioria, eram industrializados, como peixes enlatados e produtos processados, que não fazem parte da dieta cotidiana das crianças e adolescentes indígenas. Como consequência, surgiram diversos relatos de intoxicação alimentar e rejeição às refeições, evidenciando a inadequação da merenda à realidade local.

Essa situação gerou mobilizações dentro das comunidades, que, por meio de reuniões com representantes das secretarias responsáveis e negociações junto aos órgãos públicos, conseguiram promover mudanças significativas. Atualmente, segundo os entrevistados, o cardápio da merenda escolar passou a respeitar os costumes alimentares indígenas, incorporando alimentos produzidos ou cultivados nas próprias aldeias. A elaboração do cardápio passou a contar com a colaboração de representantes indígenas, o que representa um avanço no reconhecimento da diversidade cultural e na promoção de uma alimentação escolar mais saudável, segura e adequada aos contextos socioculturais dos alunos.

Outro aspecto questionado foi o acesso das crianças e adolescentes indígenas à escola pública. Os relatos indicam que esse acesso é recente, tendo se consolidado nos últimos dez anos. Antes disso, o ensino era limitado, e muitas crianças permaneciam fora do sistema escolar formal. Com a ampliação das políticas de inclusão, foi possível implementar escolas nas aldeias, o que facilitou a presença das crianças na sala de aula. No entanto, devido às dificuldades logísticas e geográficas, especialmente em regiões de difícil acesso, o ensino é oferecido em regime de alternância ou em módulos, o que significa que os professores se deslocam periodicamente às comunidades, permanecendo por um determinado período para ministrar os conteúdos de forma concentrada.

Foi também indagado se a educação ofertada contempla as especificidades culturais dos povos indígenas e se há professores qualificados para lecionar nas línguas nativas. As respostas indicaram que, embora haja esforços nesse sentido, a realidade ainda está distante do ideal. Em algumas aldeias, há ensino bilíngue, mas ele depende diretamente da formação de professores indígenas. Isso ocorre porque, até o momento, não há

profissionais não indígenas capacitados para atuar pedagogicamente em línguas originárias. Assim, o ensino bilíngue só se torna viável quando algum membro da própria comunidade conclui a formação docente e retorna à aldeia para exercer o magistério. A ausência de políticas consistentes de formação de professores bilíngues compromete a expansão e a qualidade dessa modalidade de ensino.

No que se refere à estrutura física das escolas, a maior parte dos entrevistados relatou condições precárias. Faltam itens básicos como carteiras, quadros, livros, cadernos e material pedagógico adequado. Muitas escolas não dispõem de espaços construídos especificamente para a atividade escolar, sendo improvisadas em estruturas comunitárias ou abertas, expostas às intempéries. Além disso, o acesso à internet é praticamente inexistente, o que impossibilita a utilização de recursos digitais ou a atualização de conteúdos. A ausência de energia elétrica em algumas aldeias também dificulta o uso de equipamentos audiovisuais e a realização de atividades noturnas, limitando ainda mais o alcance das ações pedagógicas.

Por fim, foi questionado como ocorre o deslocamento dos alunos até as escolas. A resposta revelou um dado positivo: por estarem localizadas dentro das próprias aldeias, as escolas são de fácil acesso para crianças e adolescentes. No entanto, essa vantagem estrutural não é suficiente para garantir uma educação de qualidade. As condições precárias, a carência de profissionais qualificados e a ausência de investimentos consistentes ainda são entraves consideráveis. Conforme relatado pelos entrevistados, o ensino em módulos, apesar de ser uma alternativa viável frente à dificuldade de mobilidade, impõe restrições ao aprendizado contínuo, especialmente quando não há professores disponíveis de forma regular. Assim, os alunos acabam tendo contato fragmentado com os conteúdos escolares, o que compromete o desenvolvimento pleno do processo educativo.

Observa-se, portanto, que embora haja avanços no acesso à escola pública nas comunidades indígenas do Pará, ainda persistem barreiras estruturais e operacionais que dificultam a concretização de uma educação verdadeiramente inclusiva, bilíngue e intercultural. A dependência de professores formados dentro das próprias aldeias e a precariedade dos ambientes escolares revelam a necessidade urgente de políticas públicas específicas e eficazes, voltadas à formação docente, ao fortalecimento da infraestrutura educacional e ao respeito aos saberes e modos de vida tradicionais dos povos indígenas.

Por meio dos dados obtidos em cada uma das entrevistas, também fora observado que no âmbito da educação existem alguns órgãos responsáveis,

para tanto, há a Coordenadoria de Educação Escolar Indígena -CEIND, da Secretaria de Estado de Educação. A proposta que conta com a colaboração efetiva dos povos indígenas, está amparada na Resolução nº 05, de 22 de junho de 2012, a qual determina as diretrizes curriculares para a educação escolar indígena na Educação Básica; e na Lei nº 13,005, de 25 de junho de 2014, que também estabelece a promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental. Para tanto, "Segundo a técnica da CEIND, as lideranças terão a oportunidade de tratar de situações específicas das suas aldeias junto à Secretaria."[3]

Os resultados obtidos por meio das entrevistas revelam um descompasso significativo entre as políticas educacionais previstas na legislação brasileira e a realidade vivida pelas comunidades indígenas nas aldeias do Pará. Apesar de avanços normativos que asseguram o direito à educação bilíngue, intercultural e diferenciada, os relatos evidenciam que a efetivação desses direitos ainda está distante de ocorrer de forma plena. Conforme aponta Martel (2019), a educação voltada às populações indígenas deve considerar as particularidades culturais, linguísticas e territoriais de cada povo. No entanto, para que essa proposta se concretize, é indispensável um processo de implementação eficiente, sustentado por políticas públicas coerentes e por uma formação docente adequada às especificidades dos contextos locais.

A análise dos depoimentos mostra que a ausência de professores indígenas qualificados, somada à falta de profissionais não indígenas capacitados para atuar em contextos bilíngues e interculturais, é uma das principais barreiras enfrentadas. Essa escassez compromete diretamente a qualidade do ensino, uma vez que o conteúdo ofertado muitas vezes não dialoga com a realidade sociocultural das comunidades. A carência de formação continuada, aliada à inexistência de programas estruturados para capacitação de educadores indígenas, limita a consolidação de um modelo educacional que promova o fortalecimento da identidade étnica e a autonomia dos povos originários.

Outro fator crítico identificado foi a precariedade da infraestrutura educacional nas aldeias. Em muitos casos, o acesso a livros e materiais didáticos é extremamente limitado. Devido à distância das aldeias em relação aos centros urbanos, os materiais são frequentemente transportados por via fluvial, e chegam danificados pela umidade ou são insuficientes para atender à demanda das turmas. Além disso, a ausência de diversidade no

3 PARÁ. Secretaria da Educação. **Educação Indígena.** Disponível em: https://www.seduc.pa.gov.br/noticia/4213-educacao-indigena Acesso em: 25 maio 2023.

acervo compromete o estímulo à leitura e o desenvolvimento de habilidades cognitivas mais amplas, refletindo negativamente no desempenho escolar dos estudantes.

A estrutura física das escolas também é altamente deficitária. As salas de aula, quando existentes, são frequentemente improvisadas, sem condições mínimas de conforto e segurança. Faltam mobiliário básico como carteiras, cadeiras, quadros e ventilação adequada. Em muitas aldeias, as aulas ocorrem em espaços compartilhados com outras atividades comunitárias, o que compromete a concentração dos alunos e o aproveitamento pedagógico. A inexistência de acesso à internet e, em alguns casos, até de energia elétrica, impede o uso de recursos tecnológicos e afasta ainda mais essas crianças do universo da informação e do conhecimento global.

Além das limitações estruturais, observa-se que a ausência de conectividade restringe o acesso a conteúdos atualizados e à comunicação com o mundo externo. Isso cria um cenário de isolamento pedagógico, onde o processo de ensino-aprendizagem depende exclusivamente de livros impressos e do conhecimento do professor, que nem sempre está preparado para atender às demandas específicas das comunidades. Em um mundo cada vez mais conectado, a falta de acesso à internet nas escolas indígenas representa não apenas uma desigualdade material, mas também uma exclusão simbólica e cognitiva que compromete o desenvolvimento educacional das novas gerações indígenas.

6 Considerações finais

A análise desenvolvida ao longo deste trabalho evidenciou que, embora o ordenamento jurídico brasileiro contemple dispositivos que asseguram o direito à educação diferenciada para os povos indígenas, a efetivação dessas políticas nas aldeias do estado do Pará ainda encontra barreiras substanciais. O reconhecimento do direito à educação bilíngue e intercultural, previsto em normas como a Constituição Federal de 1988, o Estatuto do Índio e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, não tem se traduzido em ações concretas e eficazes, especialmente no que se refere à infraestrutura escolar, à formação docente e à adequação curricular.

As entrevistas realizadas com lideranças indígenas em Santarém, Oriximiná e Aveiro revelaram uma realidade marcada por precariedades estruturais, improvisações pedagógicas e uma presença tímida do Estado nas regiões mais remotas. A ausência de materiais didáticos adequados, a inexistência de acesso à internet e a carência de professores preparados

para atuar em contextos bilíngues refletem a fragilidade do sistema educacional implantado nas aldeias. Ao mesmo tempo, observou-se uma forte mobilização das próprias comunidades indígenas para manter viva sua cultura e reivindicar melhorias educacionais que respeitem seus saberes tradicionais.

O estudo confirmou a hipótese inicial: apesar dos avanços normativos, a implementação das políticas públicas educacionais voltadas às comunidades indígenas ainda é insuficiente. A educação escolar indígena no Pará continua sendo permeada por uma lógica verticalizada, que muitas vezes ignora as especificidades culturais das comunidades e dificulta sua participação no processo decisório. Os dados revelaram que, para além da oferta de vagas escolares, é preciso garantir uma educação com qualidade, pertinência cultural e protagonismo indígena.

Além disso, a análise evidenciou que a etapa de formulação das políticas públicas tem papel estratégico na construção de uma educação mais efetiva para os povos originários. A ausência de diálogo com as lideranças indígenas no momento de concepção das políticas é uma das principais causas de sua ineficácia. Por isso, é imprescindível que os próprios indígenas participem ativamente da elaboração dos currículos, da definição dos calendários escolares e da produção dos materiais didáticos, como forma de garantir que a escola indígena seja, de fato, uma extensão de sua cultura e de sua luta por autonomia.

Diante do exposto, denota-se que o direito à educação indígena precisa ser compreendido não apenas como uma obrigação do Estado, mas como um compromisso ético e político com a diversidade e a justiça social. A superação dos entraves identificados nesta pesquisa requer investimentos estruturais, políticas de formação docente específicas e, principalmente, uma escuta qualificada das comunidades. Somente com a valorização das vozes indígenas no centro das decisões será possível transformar a educação em um verdadeiro instrumento de emancipação e resistência para os povos originários da Amazônia e de todo o Brasil.

É importante destacar que a resistência histórica dos povos indígenas diante das tentativas de assimilação cultural demonstra a relevância da escola indígena como um espaço de afirmação da identidade étnica. A educação, nesse contexto, não pode ser neutra ou descolada das vivências locais. Ela deve constituir-se como uma extensão do território simbólico e físico das comunidades, promovendo o fortalecimento da língua materna, dos rituais, das cosmologias e das formas tradicionais de produção de conhecimento.

Assim, a escola deve dialogar com a floresta, com o rio, com os anciãos e com os modos próprios de ensinar e aprender.

Outro ponto que merece destaque refere-se à importância da formação de professores indígenas como estratégia essencial para o sucesso da educação bilíngue e intercultural. A experiência relatada nas entrevistas evidenciou que a presença de educadores originários das próprias comunidades é o fator determinante para a existência de um ensino que respeita os saberes locais. No entanto, os programas de formação inicial e continuada ainda são escassos e mal estruturados, dificultando a ampliação do quadro docente indígena. É urgente que as universidades, em articulação com as comunidades e os sistemas estaduais de ensino, desenvolvam políticas permanentes de formação específica, voltadas para as realidades indígenas.

Ademais, é imprescindível compreender que a educação indígena precisa ser tratada como prioridade nos planos de governo, com a alocação de recursos financeiros compatíveis com as demandas específicas dessas comunidades. A precariedade da infraestrutura observada nas aldeias entrevistadas não é apenas resultado do abandono pontual, mas sim de uma lógica estrutural de invisibilização das necessidades indígenas. A construção de escolas adequadas, com acesso à internet, bibliotecas, espaços de convivência e materiais pedagógicos culturalmente pertinentes, é condição básica para garantir que o direito à educação seja mais do que uma previsão legal.

Os dados da pesquisa também revelaram que, apesar das adversidades, há uma forte capacidade de organização e mobilização das lideranças indígenas, que reivindicam com clareza e coerência os direitos de seus povos. Esse protagonismo precisa ser reconhecido e fortalecido pelas políticas públicas. Mais do que destinatários de políticas prontas, os povos indígenas devem ser compreendidos como agentes ativos na construção de propostas educacionais que façam sentido em seus contextos. Isso exige uma mudança de paradigma por parte do Estado, que deve abandonar a lógica impositiva e adotar uma postura dialógica e participativa.

Por fim, é necessário que a educação escolar indígena seja integrada a uma perspectiva mais ampla de justiça social e reparação histórica. O direito à educação, nesse contexto, representa não apenas o acesso ao conhecimento formal, mas também o reconhecimento de que os povos indígenas têm o direito de existir com seus modos próprios de ser, viver e aprender. Assim, a consolidação de uma educação indígena de qualidade exige o enfrentamento das desigualdades, o combate ao preconceito estrutural e o compromisso

contínuo com a valorização da diversidade como fundamento da democracia brasileira.

Referencias

ANDRADE, Kátia Regina Ferreira Lobo. *Educação escolar indígena: uma proposta de valorização cultural*. São Paulo: Cortez, 2019.

BANIWA, Gersem. *Educação escolar indígena no século XXI: encantos e desencantos*. Rio de Janeiro: Mórula, Laced, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

COUTINHO, Amanda. **Direito da criança, do adolescente e do idoso**. *Web* Conferência 2- Estatuto da criança e do adolescente (ECA). São Paulo: UESPI, 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da Criança e do Adolescente.** Ed. 01. Criciúma. Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2009, p.43.

FISCHMANN, Roseli. *Educação Escolar Indígena: Bilinguismo e Interculturalidade*. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

LUZ, Araci Asinelli. **Do direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer.** Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/pagina-440.html Acesso em: 15 maio 2021.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo et al. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. São Paulo, Editora Saraiva, 2019, p. 57. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611546/. Acesso em: 15 maio 2021.

MARSHALL, Thomas. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 57.

SECCHI, L. Políticas Públicas e Saúde: Uma Análise do Ciclo de Políticas. **Revista de Administração Pública**, v. 42, n. 5, p. 883-905, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Políticas públicas e o dever de monitoramento: "Levando os direitos a sério". **Revista Brasileira de**

Políticas Públicas, v. 8, n. 2, 2018.

MENDES, A.M; LEITE, M.S; LANGDON, E.J; GRISOTTI, M. O desafio da atenção primária na saúde indígena no Brasil. **Rev. Panam. Salud Publica**. 2018.

BRASIL. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm#:~:text=LEI%20Nº%208.080%2C%20DE%2019%20DE%20SETEMBRO%20DE%201990.&text=Dispõe%20sobre%20as%20condições%20para,correspondentes%20e%20dá%20outras%20providências Acesso em: 25 maio 2023.

GRUPIONI, Luis Donisete Benzi. A educação escolar indígena no brasil. **Pib socioambiental.** 02 abr. 2018. Disponivel em: https://pib.socioambiental.org/pt/A_educação_escolar_ind%C3%ADgena_no_Brasil. Acesso em: 04 jun. 2023.

MARTEL, M. (2019). **Understanding Intercultural Bilingual Education for Education Equity among Indigenous Students in Ecuador and Peru**. Columbia University. Disponível em: https://academiccommons.columbia.edu/doi/10.7916/d8-xwv9-h367.

Capítulo 10

A NOVA LEI DO FEMINICÍDIO: INOVAÇÕES E ASPECTOS POSITIVOS PARA PROTEÇÃO DA MULHER

Caroline Fockink Ritt[1]
Eduardo Ritt[2]

1 Introdução

Diante dos dados alarmantes do cometimento do crime de feminicídio no Brasil, buscando tratamento mais severo aos feminicidas e, como consequência, maior proteção à mulher, foi aprovada a lei nº 14.994/2024, em 09 de outubro de 2024, apelidada de *Lei do Feminicídio.* Far-se-á, no presente, sem pretensão e possibilidade de esgotar o assunto, uma análise da nova lei, apelidada de "*Lei do Feminicídio*". Partindo da demonstração de que a violência praticada contra a mulher no Brasil, é um fenômeno histórico, ligado diretamente à cultura patriarcal – que ainda impera em nosso país. Com base em dados atuais, demonstra-se o grande índice de feminicídio no Brasil, peculiaridades com relação a sua prática: com relação ao autor, que, geralmente é companheiro/marido, pessoa que vive ou já viveu diretamente com a vítima; as armas que geralmente são usadas, as formas de execução do crime e sua prática diante de ascendentes e descendentes da vítima.

E, à guisa de conclusão, far-se-á uma análise na nova lei, que estabeleceu tratamento mais rigoroso nos crimes de feminicídio e outras condutas praticadas "*contra a mulher por razões da condição do sexo feminino"*. Também trouxe várias alterações no Código Penal e em outros dispositivos legais como: Lei das Contravenções Penais, Lei de Execução Penal, Leis dos Crimes Hediondos, Lei Maria da Penha e Código de Processo Penal.

---

1 Doutora em Direito. Pós doutoranda em Direitos Fundamentais, na PUC do RS. Professora de direito penal no curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS. E-mail: rittcaroline@unisc.br

2 Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS (UNISC). Promotor de Justiça em Santa Cruz do Sul/RS. Professor de Processo penal na referida universidade. E-mail: eritt@unisc.br

2 Cultura patriarcal e sua relação com a violência contra a mulher

A violência cometida contra a mulher, especificamente a doméstica, é uma forma de violência física e/ou psíquica, exercida pelos homens contra as mulheres no âmbito das relações de intimidade e manifestando um poder de posse de caráter patriarcal. Podemos pensar na violência doméstica como uma espécie de castigo o qual objetiva condicionar o comportamento das mulheres e demonstrar que não possuem o domínio de suas próprias vidas. (Sabadell, 2005, p. 235-236.). Na história ocidental, observa-se, ao longo dos tempos, a criação inicial de formas estatais e jurídicas muito pouco, ou, praticamente, em nada, melhorou a condição feminina. A mulher sempre ficou relegada a um segundo plano, preterida e colocada numa situação de submissão, discriminação e opressão. Para exemplificar, basta lembrar períodos históricos da Antiguidade e Medievo em que apenas o homem podia ser sujeito de direitos e detentor de poderes. (Porto, 2007, p. 14).

A violência cometida contra a mulher no Brasil é muito antiga. Dados históricos trazem relatos que ela era cometida desde época do descobrimento. Estudos indicam que no Brasil a violência contra a mulher não só é sistemática, mas mantém vinculação com essa tradição cultural patriarcal desenvolvida a partir do processo de colonização. As relações de submissão eram consideradas naturais. O marido, pai e demais figuras de autoridade exerciam o poder sobre as mulheres, controlando suas vidas e limitando sua esfera de atuação ao âmbito doméstico. A feminilidade era identificada com a maternidade, com a submissão e resignação ao poder e valores patriarcais difundidos no âmbito social. (Del Priore, 2011, p. 160)

As sanções às mulheres que se rebelavam, de alguma forma, contra tais formas de relação entre os gêneros eram severas. Os arquivos paroquiais dos séculos XVIII e XIX trazem vários relatos de senhoras que apanhavam com varas cravejadas de espinhos, que eram obrigadas a dormir no relento, que ficavam proibidas de comer por vários dias e até eram amarradas ao pé da cama enquanto o marido, no mesmo aposento, mantinha relações sexuais com a amante. As esposas eram tão brutalizadas que os bispos, em certos casos, atendiam-lhes as súplicas e concediam a separação de corpos. (Mello, 2020, p. 104)

Da mesma forma, aventuras extraconjugais das mulheres eram duramente castigadas. Como a honra do marido dependia da conduta da esposa, se ela violasse alguma regra do patriarcado era isolada e poderia até ser assassinada. A infidelidade masculina, por sua vez, era justificada pelo

comportamento considerado "naturalmente poligâmico" do marido. Em casa, a paz conjugal deveria ser mantida a qualquer custo, e as "aventuras" extraconjugais eram consideradas passageiras. (Del Priore, 2011, p. 161)

Desde o período da Colônia a mulher era, inicialmente, propriedade do homem na relação pai e filha e, posteriormente, na relação de marido e mulher. Historicamente, veremos que esse pertencimento dava à mulher o dever de assegurar a honra de seu pai (e a comunidade em potencial afetada pela transgressão às regras culturais do patriarcado), ao manter-se virgem, e depois, a honra de seu marido ao manter-se fiel. Assim a honra era construída como um bem masculino, cabendo à mulher o dever de manter-se intacta. (Mello, 2020, p. 104-105)

A ideologia patriarcal**,** institucionalizada e garantida pelas leis, legitimava a dominação masculina, que fez do espaço do lar um local privilegiado para a violência contra a mulher, tida como necessária para a manutenção da família e o bom funcionamento da sociedade. Havia uma dupla moral sexual, que era permissiva para os homens e, ao mesmo tempo, repressiva com as mulheres, pois vinculava a honestidade da mulher à sua conduta sexual. O comportamento feminino considerado fora dos padrões da sociedade da época justificava a violência como forma de disciplina. (Mello, 2020, p. 105)

Em termos procedimentais, à mulher não era permitido nem mesmo falar, muito menos ainda contar sua versão dos fatos sobre a acusação de adultério. Isso não era nem cogitado, uma vez que, no nível das hierarquizações impostas pelas relações de poder que decidiam quem valia mais – e tinha por isso o direito à fala – a mulher não era nem mesmo lembrada. Fica claro como ocorria a construção da mulher mediante estratégias discursivas do poder. Num mesmo instante a mesma mulher poderia atestar a honra do amante e manchar a honra do marido. O que se conclui, é que a mulher era apenas um corpo que, se não fosse bem vigiado, naturalmente, por causa de seu instinto à transgressão, corromperia o homem. (Mello, 2020, p. 105)

Com a Proclamação da Independência em 7 de setembro de 1822, o Brasil deixa de ser Colônia de Portugal passando a ter sua própria legislação. Em 1830, entra em vigor o primeiro Código Penal Brasileiro, que era conhecido como Código Criminal do Império do Brasil. De acordo com essa legislação, o homem não teria mais o direito de matar a sua esposa. Nesse Código, o adultério era visto como um crime contra a segurança doestado civil e doméstico, e seu autor estaria passível de ser punido com penas de um a três anos de prisão, podendo haver pena igual para marido adúltero. (Mello, 2020, p. 105)

O Código Criminal de 1830 atenuava o homicídio praticado pelo marido quando houvesse adultério. Observe-se que, se o marido mantivesse relação constante com outra mulher, essa situação constituía concubinato, e não adultério (art. 250 e seguintes do Código Penal de 1830). Posteriormente, o Código Civil de 1916, alterou tais disposições considerando o adultério de ambos os cônjuges razão para desquite. Entretanto, a alteração da lei não modificou o costume de matar a esposa ou companheira. (Mello, 2020, p. 105-106)

E, apesar de todos os avanços, da equiparação entre o homem e a mulher feita pela Constituição Federal de 1988, a ideologia patriarcal ainda subsiste a todas essas conquistas. A desigualdade sociocultural é uma das razões da discriminação feminina, e, principalmente, de sua dominação pelos homens os quais se consideram como sendo seres superiores e mais fortes. Eles passam a considerar o corpo da mulher, como também sua vontade, como sendo sua propriedade. (Dias, 2019, p. 20-21). Foi somente após a década de 1970, com as iniciativas das feministas – que se começou a estudar o impacto da violência conjugal entre as mulheres. Até então, não havia nenhum tipo de intervenção, sob pretexto de que se tratava de assunto privado. Ainda hoje, o noticiário dos jornais pode levar-nos a crer que se trata de um fenômeno marginal, quando na realidade, é um verdadeiro flagelo social o qual não está sendo suficientemente levado em consideração. Os números, que só levam em conta as violências físicas que chegam ao Judiciário, são assustadores.

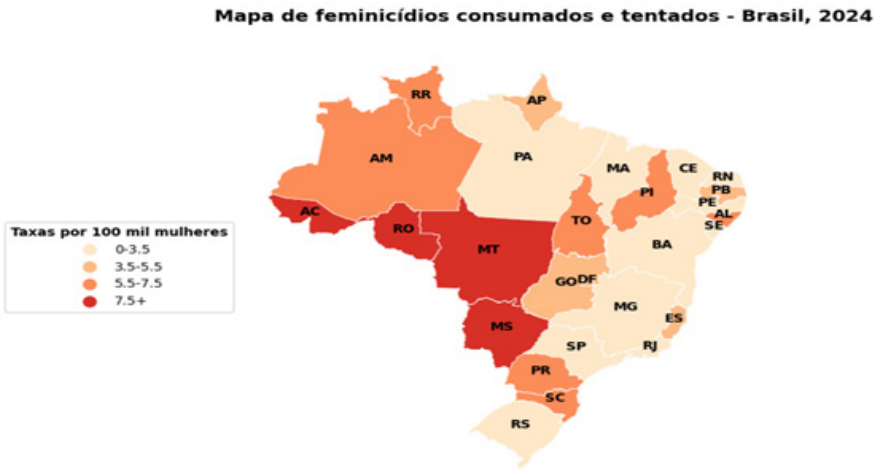
Especificamente, à violência contra a mulher há uma explicação para a sua grande ocorrência no Brasil, qual seja: ela não está ligada somente à lógica da pobreza, ou desigualdade social e cultural. Também está ligada diretamente ao preconceito, à discriminação e ao abuso de poder o qual possui o agressor com relação à sua vítima. A mulher, em razão de suas peculiaridades, compleição física, idade e dependência econômica está numa situação de vulnerabilidade na relação social. Devido à relação de poder e à dominação que existe no relacionamento afetivo, geralmente o agressor detém, em relação à mulher que ele agride, a força física e o poder econômico, passando a manipulá-la, violá-la e agredi-la psicologicamente, moralmente e fisicamente. Nas classes mais desfavorecidas, a violência na família é resultado do baixo nível educacional, da tradição cultural machista e patriarcal, do desemprego, da drogadição e do alcoolismo. Também ocorre nas classes economicamente superiores, estando relacionada também à parte desses fatores (Porto, 2007, p. 18-19).

3 Os números do crime de feminicídio no Brasil

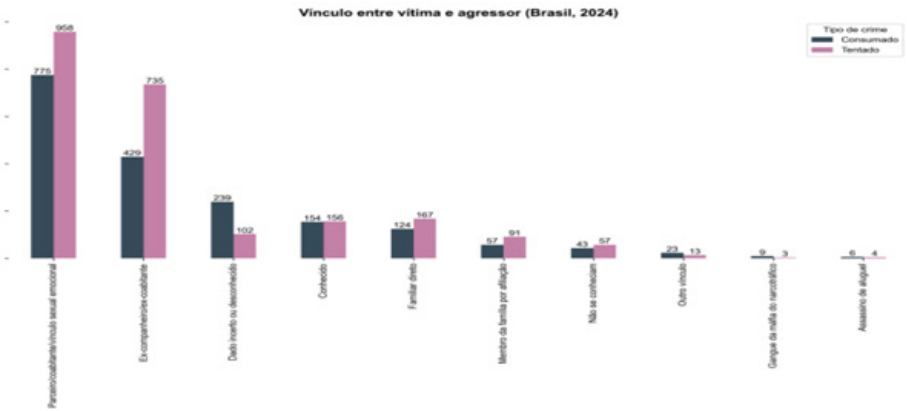
Na abordagem do crime de feminicídio, é necessário trazer no presente, dados atuais da prática desse crime no Brasil. Conforme objetivo o qual se pretende alcançar, os dados são alarmantes. Dados do Relatório Anual Socioeconômico da Mulher (Raseam) 2025, que foi lançado pelo Ministério das Mulheres, apontam que, em 2024, foram registrados 1.450 feminicídios e 2.485 homicídios dolosos (com a intenção de matar) de mulheres e lesões corporais seguidas de morte. (AGÊNCIA BRASIL, https://agenciabrasil, 2025)

Os registros representam uma diminuição de 5,07% em todos os casos de violência letal contra as mulheres, em relação aos registros de 2023**,** quando foram contabilizados 1.438 casos de feminicídio e outros 2.707 casos de homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte de mulheres. Segundo os registros do Sistema de Informação de Agravos de Notificação do Ministério da Saúde (Sinan/MS), nos casos de violência contra mulheres adultas (20 a 59 anos), 60,4% foram contra mulheres pretas e pardas, enquanto 37,5% contra mulheres brancas**.** De acordo com o Ministério das Mulheres, os dados evidenciam a sobreposição de vulnerabilidades para mulheres negras.

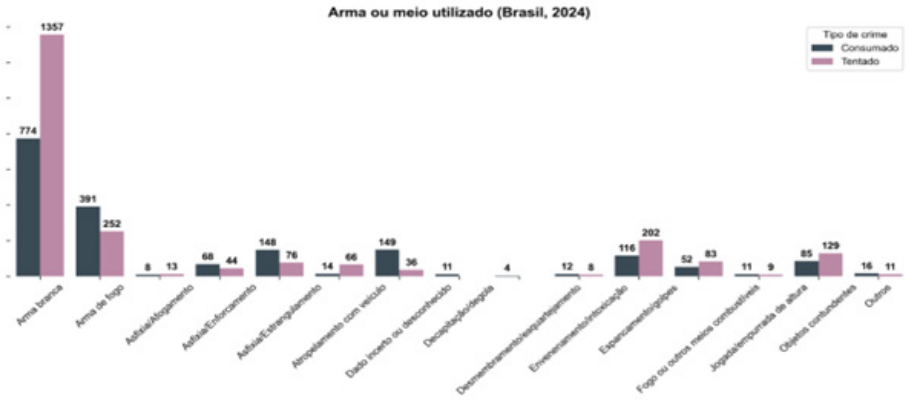
Em 76,6% dos registros de violências domésticas, sexual e/ou outras violências contra mulheres, o agressor é do sexo masculino. E a residência é um local de maior risco para as mulheres, pois é onde ocorrem 71,6% das notificações, como registrou o Sinam/MS, em 2023. A seguir, vejamos o mapa de Feminicídios consumados e tentados no Brasil no ano de 2024: (LESFEM, https://sites.uel.br, 2024)



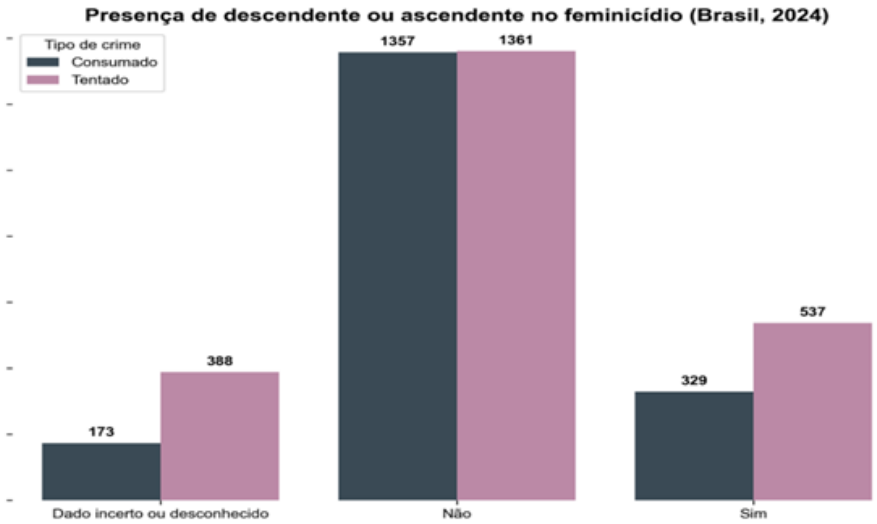
E com relação ao vínculo entre a vítima e o agressor, observa-se, no gráfico abaixo que na maioria das vezes, tanto crime tentado como o consumado, são parceiros, que coabitam junto, mantendo com a vítima vínculo sexual e emocional, e posteriormente, em segundo lugar, ex-companheiros. Ou seja, a violência contra a mulher geralmente acontece da parte de pessoas que ela convive, ou ao menos, já conviveu: (LESFEM, https://sites.uel.br, 2024)



E com relação a arma utilizada na prática do crime de feminicídio, geralmente uso de arma branca. Arma branca é definida por Gonçalves (2023, E-book) como aquele o instrumento que não foi criado especificamente para ataque ou defesa, mas que é capaz de ofender a integridade física (facão, faca de cozinha, canivete, machado, barra de ferro). Posteriormente, temos o uso de arma de fogo, assim como uso de asfixia, afogamento, asfixia na forma de enforcamento, estrangulamento até atropelamento com veículo ou decapitação, dentre outras formas de violência, devidamente mapeadas pelo Monitor de feminicídios no Brasil, MFB.



Também é chocante a apuração, em dados, da presença de ascendente ou descendente no crime de feminicídio, conforme gráfico que ilustrar esta afirmação.



Conforme demostrado através de dados publicizados pelo Monitor de Feminicídios no Brasil, os números são muito altos e, geralmente, a prática desse crime tem como autores homens os quais vivem, ou já viveram, próximos da vítima, como companheiros ou maridos, por exemplo. Também a forma que ele é cometido, desde o uso, na sua maioria, armas brancas e até o grande índice de situações as quais pessoas da família presenciam, tanto ascendentes como descendentes são chocantes e acontecem com muita frequência.

4 Lei do feminicídio: tipificação independente e alterações

Em 12 de março de 2021, o Plenário da Corte Suprema, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 779 por votação unânime, reconheceu a inconstitucionalidade da tese da legítima defesa da honra e proibiu sua utilização em processos os quais versem sobre a agressão ou morte de mulheres por seus atuais ou ex-companheiros, por contrariar o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, os defensores estão proibidos de sustentar mencionada tese em plenário. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, https://portal.stf.jus.br/, 2025)

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou integralmente procedente o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental para: (i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante o julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade [...]

Conforme o Supremo Tribunal Federal: A "legítima defesa da honra" é recurso argumentativo/retórico, odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988. E mais, a suposta "*tese de defesa da honra*" passou a ser considerada: Tese violadora da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida e à igualdade entre homens e mulheres (art. 1º, inciso III, e art. 5º, caput e inciso I, da CF/88), pilares da ordem constitucional brasileira. A ofensa a esses direitos concretiza-se, sobretudo, no estímulo à perpetuação da violência contra a mulher e do feminicídio. O acolhimento da tese tem a potencialidade de estimular práticas violentas contra as mulheres ao exonerar seus perpetradores da devida sanção. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, https://portal.stf.jus.br/, 2025)

Essa decisão inédita do Supremo Tribunal Federal significou grande avanço no julgamento da violência contra a mulher, especificamente com relação à prática de feminicídio. Até então, em vários julgamentos de competência do Tribunal do Júri, a prática do crime de feminicídio estaria *"justificada*", possibilitando a absolvição do autor do crime por ter matado a mulher "*em legítima defesa da honra*". Uma forma de confirmar a cultura patriarcal a qual impera na relação de violência cometida contra a mulher no Brasil.

Finalmente, em 09 de outubro de 2024, foi sancionada a Lei nº 14.994/2024, apelidada de *Lei do Feminicídio.* Além de tipificar de forma independente o crime, agora previsto no art. 121-A do Código Penal, a lei promoveu várias alterações, tanto no Código Penal como também em outros dispositivos legais, quais sejam: Código Penal, Lei das Contravenções Penais, Lei de Execução Penal, Leis dos Crimes Hediondos, Lei Maria da Penha e Código de Processo Penal. Ela trouxe um tratamento mais rigoroso nos crimes de feminicídio e outras condutas praticadas "*contra a mulher por razões da condição do sexo feminino*". Observa-se que, antes da Lei nº 14.994/2024 "*Lei do Feminicídio*", o crime de feminicídio era uma qualificadora do crime de homicídio, previsto dentre rol do § 2º do art. 121 do Código Penal, com pena cominada de reclusão de 12 a 30 anos. Atualmente, passou a ser tipificado de forma independente no art. 121 -A do Código Penal, com pena cominada de reclusão de 20 a 40 anos.

> Art. 121-A. Matar mulher por razões da condição do sexo feminino:
>
> Pena – reclusão, de 20 (vinte) a 40 (quarenta) anos.
>
> § 1º Considera-se que há razões da condição do sexo feminino quando o crime envolve:
>
> I – Violência doméstica e familiar;
>
> II – Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Em relação ao inciso I do § 1º: (matar mulher motivado por razões do sexo feminino por envolver violência doméstica ou familiar) é necessário fazer a conjugação com o art. 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que conceitua violência doméstica ou familiar como "*qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial"*, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. Em suma, para que se tipifique a violência doméstica ou familiar caracterizadora do feminicídio, é inarredável que a agressão tenha como fator determinante o gênero feminino, não bastando que a vítima seja a esposa, a companheira etc. (Gonçalves, 2023. E-book)

Ou seja, se o marido mata a esposa porque ela não quis manter relação sexual ou porque não acatou suas ordens, ou, ainda, porque pediu o divórcio, configura-se o feminicídio. No entanto, se ele mata a esposa visando receber o seguro de vida por ela contratado, não estará tipificado o crime do art. 121-A, do Código Penal, feminicídio, mas sim, o crime de homicídio qualificado pelo motivo torpe. No inciso II, a razão da tipificação do feminicídio é o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher.

Nesse caso, a vítima pode ser até mesmo uma mulher desconhecida do agente. Incorre nessa infração penal, por exemplo, quem mata mulheres por entender que essas não devem trabalhar como motoristas ou que não devem estudar em universidade etc. Somente mulheres podem ser sujeito passivo de feminicídio. Mulheres *trans* podem ser vítimas desse delito. Não podem figurar como sujeito passivo do delito homens, homossexuais do gênero masculino ou travestis. O homicídio de um travesti realizado por preconceito constitui homicídio qualificado pelo motivo torpe. (GONÇALVES, 2023. E-book)

Observa-se que, com a nova lei, que trouxe tipificação independente para o crime de feminicídio, a pena deste crime será aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado durante a gestação, nos 3 (três) meses posteriores ao parto ou se a vítima é a mãe ou a responsável por criança, adolescente ou pessoa com deficiência de qualquer idade; se for praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; se o crime for cometido na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; ou cometido em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 - Lei Maria da Penha.

Também se for cometido nas circunstâncias previstas nos incisos III, IV e VIII do § 2º do art. 121 do Código Penal, que são: com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido. Dentre tantas e importantes inovações, destacam-se outras importantes alterações trazidas pela Lei nº 14.994/2024: passa a ser automática para o condenado, a perda do poder familiar e perda de cargo ou mandato eletivo ou proibição de futura nomeação em função pública (desde a condenação em definitivo até o fim da pena), conforme art. 92, § 2º do Código Penal. Com relação ao crime de lesão corporal praticados contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou contra pessoa com quem o réu tenha convivido, a pena passa a ser de reclusão de 2 a 5 anos, determinação do § 13 do art. 129 do Código Penal.

Os crimes de injúria, calúnia e difamação praticados por razões da condição do sexo feminino terão a pena aplicada em dobro, determinação do § 3º do art. 141 do Código Penal. O crime de ameaça terá a pena

aplicada em dobro se cometido contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e a ação penal não dependerá de representação da ofendida, art. 147, §§ 1º e 2º do Código Penal. Na contravenção penal de vias de fato, quando praticada contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, a pena será aumentada do triplo, art. 21, § 2º do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (*Lei das Contravenções Penais*).

Com relação a Lei de Execução Penal trouxe determinação no art. 41: direitos como visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes; poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do juiz da execução penal, da mesma forma, torna-se o uso obrigatório de tornozeleira eletrônica em caso de saída temporária, art. 146 – E da LEP. Caso um presidiário ou preso provisório por crime de violência doméstica ou familiar ameaçar ou praticar novas violências contra a vítima ou seus familiares durante o cumprimento da pena, ele será transferido para presídio distante do local de residência da vítima. (art. 86, § 4º da LEP). O feminicida terá de cumprir 55% da pena para usufruir da progressão de regime (era 50%), valendo também para o réu for primário. Fica vedada a liberdade condicional. (art. 112, inc. VI da LEP)

Alterou também a Lei dos Crimes Hediondos, para reconhecer o feminicídio como crime hediondo (*Art. 1º, inc. I-B da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 - Lei dos Crimes Hediondos).* Na Lei Maria da Penha, a pena para o crime de descumprimento de medida protetiva passa a ser 2 a 5 anos de reclusão e multa. (art. 24-A da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). No Código de Processo Penal, a lei alterou o art. 394-A, estabelecendo que os processos que apurem a prática de crime hediondo ou violência contra a mulher terão prioridade de tramitação em todas as instâncias. Também independerão do pagamento de custas, taxas ou despesas processuais, salvo em caso de má-fé.

Importante destacar o § 3º do art. 121-A do Código Penal, que passou a estabelecer que: "*Comunicam-se ao coautor ou partícipe as circunstâncias pessoais elementares do crime previstas no §1º deste artigo."* Ou seja, isso significa que a condição de sexo feminino se comunica aos coautores ou partícipes do crime já que é uma circunstância elementar do crime. E, no que diz respeito aos benefícios penais, considerando a natureza do crime e as penas previstas, não há previsão de benefícios penais para o autor do

feminicídio, haja vista que é o crime que possui, em abstrato, a maior pena da legislação penal brasileira.

5 Considerações finais

A nova lei nº 14.994/2024, em 09 de outubro de 2024, trouxe aspectos muitos positivos, com relação à punição da violência praticada contra a mulher, tanto a prática de feminicídio, que passa a ter um tipo penal independente, trouxe também, em outras leis, alterações legais com mais severidade.

O feminicídio era, até nº 14.994/2024, em 09 de outubro de 2024, uma qualificadora do crime de homicídio. E foi introduzida no Código Penal pela Lei n. 13.104/2015, previsto no art. 121, § 2º, inc. VI do Código Penal. Não obstante a denominação específica contida no texto legal – *feminicídio* –, cuidava-se, em verdade, de nova forma qualificada do crime de homicídio. Atualmente, com a nova lei, passou a ser um tipo penal independente. A autonomia conferida ao crime de feminicídio, acaba afastando várias discussões jurisprudências com relação a ser o feminicídio, quando qualificadora do homicídio, compatível com outras previsões contidas na tipificação do homicídio, como por exemplo, a possibilidade (ou não) da sua conjugação com qualificadoras de motivo torpe e fútil.

A tipificação do feminicídio, como crime independente e mais grave que a tipificação anterior, por ser mais grave, não irá retroagir para alcançar fatos passados, ou seja, que já cometidos. A lei nova será aplicada para os fatos que sejam cometidos em sua vigência, não podendo retroceder. São muito altos o número deste crime no nosso país, conforme dados apresentados. então, a *Lei do Feminicídio* representa um importante passo, trazendo pertinentes inovações, prevendo tratamento mais severo para a violência praticada contra a mulher, desde o crime de feminicídio e outras condutas praticadas "*contra a mulher por razões da condição do sexo feminino".*

Referências

AGÊNCIA BRASIL: Brasil registra 1.450 feminicídios em 2024, 12 a mais que ano anterior. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2025-03/brasil-registra-1450-feminicidios-em-2024-12-mais-que-ano-anterior#:~:text=Dados%20do%20Relat%C3%B3rio%20Anual%20Socioecon%C3%B4mico%20da%20Mulher%20%28Raseam%29,de%20mulheres%20e%20

les%C3%B5es%20corporais%20seguidas%20de%20morte. Acesso em 11 abr. 2025.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias íntimas*: sexualidade e erotismo na história do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

GONÇALVES, V. E. R. *Curso de direito penal* - parte especial - Arts 121 a 361. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. E-book.

LESFEM – Laboratório de Estudos de Feminicídios. Feminicídios consumados e tentados no Brasil – 2024. Disponível em: https://sites.uel.br/lesfem/monitor-brasil/feminicidios-consumados-e-tentados-no-brasil-2024/. Acesso em 08 abr. 2025.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil.* 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2020.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SABADELL, Ana Lucia. *Manual de Sociologia Jurídica*: introdução a uma leitura externa do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690. Acesso em 08 abr. 2025.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346469193&ext=.pdf. Acesso em 08 abr. 2025.

Capítulo 11

A RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICA DAS BIG TECHS NO AMBIENTE DAS MÍDIAS SOCIAIS

Yann Dieggo Souza Timótheo de Almeida[1]

1 Introdução

Na era contemporânea, observa-se um crescimento exponencial no número de usuários do ambiente digital, o que reflete o desenvolvimento acelerado das relações cibernéticas. Essa expansão se destaca ao ser comparada com outros setores da sociedade, evidenciando-se como um fenômeno novo e em constante transformação. Nesse cenário, as chamadas *big techs* emergem como protagonistas do universo tecnológico, exercendo amplo domínio sobre as redes digitais e a dinâmica de seus usuários.

Essas grandes empresas de tecnologia, como Google, Meta, Apple, Amazon e Microsoft, representam os principais agentes de inovação e transformação no setor. Constantemente investindo em serviços revolucionários, elas proporcionam impacto positivo à vida de bilhões de pessoas. Contudo, também geram debates acalorados ao estabelecerem monopólios em seus setores e ao exercerem um poder considerável sobre as decisões e comportamentos de seus usuários.

Com bilhões de pessoas conectadas, os serviços dessas corporações têm se tornado parte essencial do cotidiano digital. Seja para publicar opiniões, compartilhar imagens ou interagir em tempo real, os usuários utilizam intensivamente essas plataformas, contribuindo para o fluxo contínuo de informações e fortalecendo o papel das *big techs* como mediadoras de conteúdo no espaço virtual.

Diante desse panorama, torna-se evidente a necessidade de regulamentar os conteúdos divulgados em mídias sociais, tal como ocorre em outros setores devidamente normatizados. No Brasil, iniciativas como

1 Doutor em Ciências Sociais pela UNISINOS (2019/2023). Doutorando em Direito pela FDV (2024/2028). Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT (2016). Especialista em Criminologia pela PUC-RS (2022) e em Educação e Tecnologias pela UFSCAR (2022). Professor Universitário. Procurador do Município de Campinápolis-MT. Advogado. E-mail: yann3dieggo@gmail.com

o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) já representam avanços significativos nesse sentido. No entanto, o surgimento de novas realidades digitais exige a criação de diretrizes ainda mais específicas e atualizadas.

Nesse contexto, a presente análise busca investigar abordagens eficazes para regulamentar o conteúdo publicado nas plataformas digitais. A proposta central envolve compreender de que forma o Estado brasileiro, em cooperação com as *big techs* e com a participação ativa dos usuários, pode estabelecer normas que conciliem a liberdade individual com a preservação da democracia e do Estado Democrático de Direito.

Por fim, este trabalho pretende responder à seguinte questão: até que ponto as *big techs* devem ser responsabilizadas pela moderação dos conteúdos criados e disseminados pelos usuários? A partir dessa problemática, o estudo adota o método hipotético-dedutivo para relacionar doutrinas, fatos e legislações, com o objetivo de propor balizas para a regulamentação das manifestações nas mídias sociais. A análise terá como base teórica os conceitos e obras de autores como Carlos Affonso Souza, Ronaldo Lemos e Chiara Spadaccini de Teffé.

2 O papel das *big techs* e seus impactos na sociedade contemporânea

Com o avanço das tecnologias no século XXI, plataformas de mídias sociais como Facebook, Google e Twitter tornaram-se parte essencial do cotidiano, desempenhando um papel central na disseminação de informações, engajamento cívico e formação da opinião pública. Contudo, junto às inovações surgem desafios éticos, políticos e sociais, especialmente relacionados à responsabilidade, transparência e proteção dos direitos dos usuários.

Um dos principais problemas enfrentados é a propagação de desinformação e *fake news*, particularmente em eventos cruciais como eleições presidenciais. No Brasil, as eleições de 2018 foram marcadas por polêmicas envolvendo a disseminação massiva de notícias falsas (Valente, 2018). De forma semelhante, as eleições americanas de 2016 enfrentaram escândalos como o caso Cambridge Analytica, que utilizou dados de milhões de usuários do Facebook para influenciar resultados eleitorais (G1, 2022).

Além disso, no Brasil, o Google esteve envolvido em controvérsias durante as eleições presidenciais, com relatos de manipulação algorítmica

e uso de perfis falsos para fins políticos (Brant, 2019). Esses episódios evidenciam a dificuldade de regulamentar as atividades das *big techs* e assegurar a integridade das informações (Ferreira, 2019).

O debate vai além das eleições e *fake news*, abrangendo questões de privacidade e manipulação algorítmica. Em 2021, escândalos envolvendo a Meta (antiga Facebook) reacenderam preocupações sobre os algoritmos que promovem conteúdos polarizadores, incluindo discursos de ódio e temas sensíveis para adolescentes (Lemos, 2018; Knoth, 2021).

A era digital, portanto, levanta complexos questionamentos sobre a regulação do discurso de ódio, proteção à privacidade e preservação da diversidade de opiniões. No Brasil, o "PL das *Fake News*" (Projeto de Lei 2630/2020) é um exemplo de tentativa legislativa que tem gerado intensos debates entre sociedade civil, especialistas e empresas do setor.

As Big Techs frequentemente recorrem a argumentos de defesa de interesses jurídicos fundamentais, apresentando-se como defensoras da liberdade ou da privacidade dos usuários, e ao mesmo tempo comercializam, para setores públicos e privados, mecanismos de controle sobre a vida em sociedade (Gervasoni; Dias, 2023).

Diante desse contexto, discute-se a responsabilidade das *big techs* nas redes sociais, especialmente em relação à proteção das liberdades individuais e à manutenção da ordem democrática. A ausência de regulamentação eficaz e a complexidade das dinâmicas digitais apresentam desafios críticos para autoridades e legisladores, destacando a necessidade de análises aprofundadas e soluções abrangentes no contexto contemporâneo.

3 O impacto das *Big Techs* e suas consequências na sociedade contemporânea

A liberdade de expressão é um direito fundamental que assegura a manifestação de pensamentos e opiniões por meio de diferentes formas de comunicação. No ambiente digital, esse direito abrange as interações online, permitindo a divulgação de ideias e pontos de vista na internet, desde que respeitados os limites legais e os direitos de terceiros.

Para Manuel Castells (1999), em *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*, a liberdade de expressão na era digital é essencial para a liberdade de imprensa e a democracia. No Brasil, esse princípio é consagrado na Constituição Federal de 1988 e regulamentado por legislações como o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

Apesar de sua relevância, a liberdade de expressão não é absoluta e deve ser harmonizada com outros valores constitucionais. Assim, usuários e provedores são responsáveis por promover informações de qualidade e respeitar os limites legais, reforçando o equilíbrio entre liberdade e responsabilidade.

O Marco Civil da Internet, com foco em princípios, é uma legislação crucial para orientar futuras regulamentações e decisões judiciais. Ele protege a liberdade na internet contra interferências políticas e econômicas, assegurando o exercício de direitos fundamentais no ambiente digital.

Um exemplo relevante de conflito entre a liberdade de expressão online e outros interesses é o debate sobre o direito ao esquecimento, abordado por Carlos Affonso Souza e Chiara Spadaccini de Teffé:

> O referido direito vem sendo compreendido por alguns como a possibilidade de se discutir o uso que é dado a fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados, de forma a se evitar danos à pessoa exposta, como no caso de uma retratação incompatível com sua atual identidade e personalidade. Dessa maneira, pretende-se evitar que fatos ocorridos no passado interfiram na vida presente. Todavia, esse direito ao esquecimento não pode respaldar um possível direito de reescrever a história ou de apagar fatos de interesse público. Caso isso ocorresse, seria criado um cenário marcado pela censura privada, em que seria viável a falsificação da realidade e a limitação injustificada da pesquisa histórica, o que impactaria negativamente as liberdades de expressão e informação, direitos esses que ainda se encontram em consolidação na América Latina (Souza; Teffé, 2016, p. 40).

O direito ao esquecimento busca permitir que indivíduos controlem a divulgação de informações passadas, especialmente na era digital, onde registros podem ser permanentes. Essa ideia visa equilibrar a proteção da privacidade com a liberdade de expressão e o acesso à informação, oferecendo às pessoas a chance de superar eventos passados e evitar consequências negativas de sua exposição contínua.

No Brasil, esse conceito surge como uma possível ferramenta jurídica, mas com potencial para ser usado de forma inadequada, como na exclusão de registros desfavoráveis de figuras públicas. Assim, torna-se essencial um debate cuidadoso para evitar que o direito ao esquecimento se torne um mecanismo de manipulação ou restrição da transparência e da responsabilidade social (Sarmento, 2017).

Esse direito está relacionado às liberdades comunicativas, que abrangem privacidade, liberdade de expressão e acesso à informação. Enquanto o direito ao esquecimento protege indivíduos de danos causados

por informações antigas, as liberdades comunicativas asseguram a expressão de opiniões e o acesso a temas de interesse público. O desafio está em equilibrar esses princípios para garantir justiça e democracia.

As liberdades comunicativas, como liberdade de expressão, de imprensa e de acesso à informação, são pilares das sociedades democráticas. Elas promovem transparência, debate público e prestação de contas, permitindo que jornalistas exponham corrupção, ativistas abordem questões sociais e cidadãos participem ativamente do processo democrático.

O direito à informação engloba uma ampla gama de questões públicas, incluindo temas políticos, sociais, culturais e criminais. Essa variedade permite que os cidadãos formem opiniões fundamentadas, contribuindo para o amadurecimento social por meio do debate e reflexão coletiva (Sarmento, 2017).

No contexto atual, a liberdade de imprensa continua sendo essencial, garantindo que os meios de comunicação possam investigar e relatar assuntos públicos sem interferências. Isso fortalece a transparência e assegura que uma diversidade de vozes seja ouvida, contribuindo para a promoção da justiça social e dos direitos humanos.

A regulamentação das mídias sociais é um tema polêmico, com debates que opõem a democratização da comunicação e os riscos de censura. Qualquer regulação deve ser amplamente discutida, envolvendo governos, empresas, acadêmicos e usuários para garantir um equilíbrio entre direitos e responsabilidades no ambiente digital (Steinmetz, 2013; Silva, 2015).

4 Restrições às liberdades de comunicação

No âmbito jurídico, embora as liberdades de expressão e comunicativas sejam direitos fundamentais, elas estão sujeitas a restrições legais para proteger outros direitos igualmente importantes, como a imagem, a honra, a privacidade e a proteção de dados pessoais, além de combater o discurso de ódio.

O direito à imagem impede que indivíduos sejam representados inadequadamente ou sem consentimento em meios públicos. Com os avanços tecnológicos, especialmente no uso de câmeras e algoritmos de reconhecimento facial, a exposição indevida de imagens se intensificou. Além disso, práticas como *deep fakes* ampliaram os riscos de danos à reputação, criando novos desafios para a proteção desse direito (Medon, 2021).

A proteção à honra também limita a liberdade de expressão, visando combater declarações difamatórias e preservar a integridade moral das pessoas. Chiara Spadaccini de Teffé (2017) defende que a utilização não autorizada de imagens deve ser proibida, salvo em casos específicos, como interesse público ou jornalístico. Quando injustificada, a divulgação indevida de imagens gera obrigação de reparação, especialmente no ambiente digital, onde os danos se espalham rapidamente.

O discurso de ódio, caracterizado por incitação à violência, discriminação ou preconceito contra grupos sociais, é outro limite relevante. Com o crescimento das mídias digitais, essas manifestações ganharam novos espaços, agravando a necessidade de legislações que reprimam condutas que promovam intolerância e desigualdade (Brugger, 2010).

No contexto digital, a privacidade e a proteção de dados pessoais são igualmente cruciais. Esses direitos asseguram que informações individuais não sejam expostas ou tratadas de maneira inadequada. Como apontam Tepedino e Teffé (2020), dados pessoais refletem a identidade de uma pessoa e devem ser protegidos como um direito fundamental, garantindo liberdade e segurança na era da Sociedade da Informação.

Portanto, os limites às liberdades comunicativas são essenciais para equilibrar a proteção de direitos fundamentais com a promoção de um debate público democrático e saudável. Sua correta aplicação é indispensável para assegurar uma convivência respeitosa e harmoniosa na sociedade.

5 Exame de casos práticos: controvérsias envolvendo a liberdade de expressão

Atualmente, a liberdade de expressão enfrenta desafios significativos devido ao avanço tecnológico e à disseminação das mídias sociais. Este capítulo aborda casos emblemáticos de conflitos entre esse direito e outros fundamentais, como imagem, honra, privacidade, proteção de dados, direito ao esquecimento e combate ao discurso de ódio.

Um caso notável no Brasil foi o vazamento das fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann em 2012, após o hackeamento de seu computador. A ampla divulgação das imagens suscitou debates sobre a privacidade e a proteção da imagem no ambiente digital. Enquanto alguns consideraram a divulgação como parte da liberdade de expressão, outros destacaram a violação dos direitos individuais, gerando discussões sobre a necessidade de leis mais rigorosas contra crimes cibernéticos (Reina, 2022; Araújo, 2023).

Outro exemplo relevante foi o caso de João Doria contra o Google em 2018, envolvendo vídeos difamatórios no YouTube. Doria alegou que os vídeos feriam sua honra e buscou sua remoção, levantando questões sobre os limites da liberdade de expressão e a responsabilidade das plataformas digitais (SP2, 2018).

No âmbito internacional, o embate entre o FBI e a Apple em 2016 ilustrou o conflito entre privacidade e segurança pública. O FBI solicitou acesso aos dados de um iPhone ligado a um ataque terrorista, mas a Apple recusou, argumentando que isso comprometeria a privacidade de milhões de usuários. O caso trouxe à tona debates sobre proteção de dados e vigilância governamental (Salvado, 2016).

O escândalo Cambridge Analytica em 2018 também foi marcante, expondo o uso indevido de dados do Facebook para manipular processos democráticos. O episódio destacou a necessidade de regulamentações mais rígidas para proteger dados pessoais e assegurar a integridade eleitoral (Alves, 2018).

No contexto do direito ao esquecimento, o caso de Mario Costeja González contra o Google em 2014 estabeleceu um precedente na União Europeia, permitindo que indivíduos solicitem a remoção de links com informações prejudiciais nos resultados de busca, equilibrando privacidade e liberdade de informação (Perasso, 2015).

Por fim, o ataque de Christchurch em 2019, transmitido ao vivo pelo Facebook Live, levantou debates sobre o discurso de ódio e a responsabilidade das plataformas na prevenção de conteúdos extremistas. O caso evidenciou a necessidade de equilibrar a liberdade de expressão com a proteção contra intolerância e violência online (Braun, 2020).

Esses exemplos mostram os desafios de conciliar a liberdade de expressão com outros direitos na era digital. Apesar de essencial para a democracia, esse direito deve ser exercido com responsabilidade, respeitando imagem, privacidade e proteção contra discurso de ódio.

6 A liberdade de expressão na Constituição Brasileira e no marco civil da internet

A liberdade de expressão é um dos pilares fundamentais das democracias modernas, assegurando que indivíduos possam manifestar opiniões e ideias sem receio de censura ou repressão estatal. Com o protagonismo das plataformas digitais e a influência das *big techs*, esse

direito torna-se ainda mais relevante, considerando seu papel no fluxo de informações e no debate público.

Este capítulo aborda a liberdade de expressão com base na Constituição Federal de 1988 e no Marco Civil da Internet, analisando seus princípios fundamentais, limitações e a interação com propostas legislativas recentes, como o Projeto de Lei nº 2630/2020.

Durante a formulação do Marco Civil, surgiram críticas ao projeto por propor diretrizes para regular o uso da internet no Brasil. Alguns interpretaram sua existência como uma restrição à liberdade associada à ausência de regulamentação específica (Souza, 2015).

A Constituição de 1988, no artigo 5º, inciso IV, garante a liberdade de expressão como um direito fundamental, abrangendo a livre manifestação do pensamento, consciência e crença, além da proteção à intimidade, honra e imagem. Essa garantia constitucional destaca a centralidade da liberdade de expressão para o fortalecimento democrático.

No contexto digital, a Lei nº 12.965/2014, amplamente conhecida como Marco Civil da Internet, reforça os preceitos constitucionais ao definir princípios, garantias, direitos e obrigações relacionados ao uso da internet no Brasil.

> [...] Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
>
> I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

Vale destacar que tanto a Constituição Federal quanto o Marco Civil da Internet determinam limites bem definidos para o exercício da liberdade de expressão. Na Constituição de 1988, o artigo 5º, inciso X, protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, garantindo o direito à indenização por danos materiais ou morais resultantes de sua violação.

De forma semelhante, o Marco Civil da Internet, em seu artigo 19, dispõe que os provedores de aplicações de internet devem respeitar a liberdade de expressão, mas são obrigados a remover conteúdos que infrinjam a lei ou violem direitos de terceiros, desde que haja uma ordem judicial específica para tal.

> [...] Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e

> dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

O artigo 19 do Marco Civil da Internet oferece uma proteção significativa à liberdade de expressão no ambiente digital ao definir os limites da responsabilidade civil dos provedores de aplicações em relação ao conteúdo produzido por terceiros em suas plataformas. Esse artigo visa equilibrar a garantia da liberdade de expressão com a necessidade de combater práticas ilícitas ou nocivas no espaço online.

Conforme destaca Carlos Affonso de Souza ao abordar o referido artigo do Marco Civil da Internet:

> É digno de nota que o artigo sobre responsabilidade civil de provedores de aplicações inicie a disciplina do tema indicando que o regime a seguir disposto tenha por intuito preservar a liberdade de expressão e evitar a censura. Essa menção por si só já sinalizaria o papel destacado que a liberdade de expressão desempenha no Marco Civil da Internet e justificaria o seu tratamento mencionado no artigo 2º como fundamento da disciplina do uso da rede no Brasil. Sabe-se que diferentes regimes de responsabilidade podem gerar distintos impactos no modo pelo qual a liberdade de manifestação do pensamento é exercida. Um sistema de responsabilidade objetiva, por exemplo, ao tornar o provedor de aplicações diretamente responsável pelo conteúdo exibido, incentiva o dever ativo de monitoramento e exclusão de conteúdos potencialmente controvertidos. (Souza, 2015, p. 20)

A controvérsia em torno do artigo 19 do Marco Civil da Internet reflete a dificuldade de regular postagens nas redes sociais sem violar princípios constitucionais ou restringir a liberdade de expressão. Por um lado, existe a demanda por maior controle sobre conteúdos que disseminam ódio, desinformação e violência. Por outro, teme-se que regulamentações excessivas possam resultar em censura e limitações indevidas à expressão dos usuários.

Para que a regulamentação seja efetiva, é necessário equilibrar a proteção dos direitos individuais dos usuários com o combate a práticas prejudiciais e a preservação da ordem pública. Isso pode incluir políticas de moderação de conteúdo, algoritmos para identificar materiais nocivos e parcerias entre o setor público e privado, sempre respeitando o artigo 19 do Marco Civil, que limita a responsabilidade dos provedores de internet a decisões judiciais específicas que comprovem violações.

Os desafios são muitos, como garantir transparência nos processos de moderação, evitar vieses algorítmicos e proteger a expressão de grupos marginalizados. Também é essencial lidar com as diferenças legais entre jurisdições e a natureza global da internet.

Embora a liberdade de expressão, prevista na Constituição Federal de 1988 e no Marco Civil, seja fundamental para a democracia e o debate público, é necessário equilibrá-la com outros valores, como privacidade, dignidade humana e ordem pública. Frente à influência das *big techs* e à disseminação de desinformação, as leis devem não só proteger a liberdade de expressão, mas também mitigar os danos de seu uso inadequado.

Construir um ambiente digital mais seguro, inclusivo e democrático exige preservar a liberdade de expressão enquanto se adotam medidas eficazes para combater discursos de ódio, *fake news* e conteúdos nocivos.

7 Responsabilidade civil das plataformas digitais nas redes sociais

O parágrafo único do artigo 927 dispensa a comprovação de culpa, adotando a teoria do risco como base para definir a responsabilidade civil nos casos previstos em lei. Essa responsabilidade é aplicada quando a atividade desenvolvida, por sua própria natureza, gera risco aos direitos de terceiros, o que torna imprescindível entender o conceito de risco conforme estabelecido na norma.

A doutrina civilista discute amplamente o conceito de risco, abordando variações como risco profissional e excepcional. Marcel Leonardi, alinhado à doutrina predominante, aponta que o parágrafo único se fundamenta no risco-criado. Segundo essa teoria, qualquer indivíduo que, ao exercer determinada atividade, exponha terceiros a risco, deve ser responsabilizado, independentemente de obter vantagens. Isso favorece a vítima, que não precisa comprovar que o responsável obteve benefícios, diferentemente do que ocorre na teoria do risco-proveito (Leonardi, 2005).

Na teoria do risco-proveito, a responsabilidade objetiva incide sobre quem, ao realizar operações comerciais, como o tratamento de dados pessoais, causa danos. Nesse contexto, a entidade que manipula dados deve assumir os prejuízos decorrentes de sua atividade, especialmente quando obtém ganhos financeiros, ainda que o serviço pareça gratuito. Contudo, a legislação é mais flexível nesse aspecto, pois nem sempre os agentes de tratamento obtêm benefícios diretos. Ampliar o uso da teoria do risco-criado poderia gerar uma responsabilidade desmedida, inviabilizando operações devido ao aumento do risco de litígios excessivos (Oliveira, 2022).

No campo jurisprudencial, prevalece o entendimento de que os provedores de internet só podem ser responsabilizados por conteúdos de

terceiros caso descumpram uma ordem judicial ou solicitação prévia do ofendido para remoção do material. Nesses casos, a responsabilidade das *big techs* é subsidiária, como ilustrado no acórdão nº 1369225:

> [...] 4. A responsabilidade subsidiária do provedor de aplicações de internet por conteúdo gerado por terceiro (art. 18 do Marco Civil da Internet - Lei 12.965/14) exige o descumprimento de prévia ordem judicial (19) ou pedido do ofendido (21) para a exclusão do conteúdo. Inexistente ordem judicial ou pedido do ofendido, ausente se mostra pressuposto necessário à caracterização de omissão ilícita ensejadora de responsabilidade civil e impositiva do dever de indenizar. [...].” Acórdão 1369225, 07165425920198070020, Relatora: Diva Lucy De Faria Pereira,
>
> Primeira Turma Cível, data de julgamento: 1/9/2021, publicado no DJe: 16/9/2021.

A decisão em questão, alinhada à jurisprudência predominante, determina que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet em relação a conteúdos criados por terceiros é subsidiária, aplicando-se apenas em situações de descumprimento de uma ordem judicial ou de solicitação explícita do ofendido. O Acórdão 1369225 enfatiza a necessidade de uma intervenção formal para que as *big techs* sejam responsabilizadas, buscando equilibrar a liberdade de expressão com a proteção dos direitos individuais no ambiente digital.

8 Considerações finais

Este estudo analisou a responsabilidade das *big techs* nas plataformas de mídias sociais, com foco no princípio constitucional da liberdade de expressão, na responsabilidade civil e no Projeto de Lei nº 2630/2020. A pesquisa revelou como essas questões impactam a proteção das liberdades individuais e a manutenção da ordem democrática.

A investigação abordou os limites e desafios envolvidos na regulamentação da responsabilidade dos provedores de internet em relação aos conteúdos publicados por seus usuários. Refletiu-se sobre os possíveis conflitos com a liberdade de expressão e os riscos de impor restrições que ultrapassem os limites razoáveis dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito.

Explorou-se as soluções para a regulamentação de conteúdos em mídias sociais, seja por meio da intervenção estatal ou da participação ativa dos usuários. Foram discutidas, ainda, as dificuldades na implementação de um modelo regulatório eficaz, considerando o embate entre princípios

fundamentais. O Projeto de Lei nº 2630/2020 foi examinado como um elemento central na busca por uma regulamentação equilibrada na era da informação.

Entendeu-se que é essencial equilibrar interesses individuais e coletivos para garantir que nenhum direito seja completamente suprimido. Embora as *big techs* tenham um papel relevante na moderação de conteúdos, a responsabilidade não deve recair exclusivamente sobre elas. A colaboração entre as *big techs*, os usuários e o Estado são indispensáveis para construir um ambiente digital seguro e democrático.

A questão da responsabilidade compartilhada emergiu como uma solução necessária para preservar as liberdades individuais sem comprometer a ordem democrática. Esse equilíbrio evita tanto a censura excessiva quanto a negligência em relação a conteúdos prejudiciais, reforçando o papel das *big techs* como importantes atores no ecossistema digital, mas dentro de um esforço coletivo.

O ordenamento jurídico deve acompanhar as transformações da era digital, promovendo uma regulamentação capaz de conciliar liberdade de expressão e responsabilidade. Esse equilíbrio é crucial para fortalecer a democracia e garantir um ambiente digital que respeite os direitos fundamentais de todos os usuários.

Referências

Acórdão 1369225, 07165425920198070020, Relatora: DIVA LUCY DE FARIA PEREIRA, Primeira Turma Cível, data de julgamento: 1/9/2021, publicado no DJe: 16/9/2021. Disponível em: file:///C:/Users/crist/Downloads/1369225%20(1).pdf. Acesso em: 20 dez. 2024.

APPLE rejeita ordem de tribunal para desbloquear iPhone de atirador de San Bernardino. 17 fev. 2016. Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/mundo/apple-rejeita-ordem-de-tribunal-para-desbloquear-iphone-de-atirador-de-san-bernardino_n896748. Acesso em: 20 dez. 2024.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **O estado de direito "confrontado" pela "revolução da internet"!**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/33021 . Acesso em: 25 dez. 2024.. doi: http://dx.doi.org/10.5902/1981369433021 .

BRANT, Danielle. **Congresso cria CPI para investigar fake news**

nas eleições de 2018. Folha de S. Paulo, 3 jul, 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/07/congresso-cria-cpi-para-investigar-fake -news-nas-eleicoes-de-2018.shtml. Acesso em: 20 dez. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2630/20**. Estabelece a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Câmara dos Deputados, 2020b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983. Acesso em: 25 dez. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 25 dez. 2024.

BRUGGER, W. **Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano.** Direito Público, v. 4, n. 15, 2010. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1418. Acesso em: 25 dez. 2024.

CAMPANHA pede 'botão delete' para adolescentes apagarem passado digital BBC. 1 ago. 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150801_botao_apagar_passado_l ab. Acesso em: 25 dez. 2024..

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura.** Volume I: A Sociedade em Rede. 2ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DEPUTADOS criticam projeto contra notícias falsas aprovado no Senado Fonte: Agência Câmara de Notícias. [S.l.], 1 jul. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/672998-deputados-criticam-projeto-contra-noticia s-falsas-aprovado-no-senado/. Acesso em: 30 dez. 2024.

DEZ anos de vigência da Lei Carolina Dieckmann: a primeira a punir crimes cibernéticos. 29 mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2023/03/29/dez-anos-de-vigencia-da-lei-carolina-dieckmann-a-primeira-a-punir-crimes-ciberneticos. Acesso em: 30 dez. 2024.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DORIA diz que vídeo com cenas íntimas é falso e que pediu perícia

para tomar medidas judiciais. 23 out. 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/eleicoes/2018/noticia/2018/10/23/doria-diz-que-vid eo-com-cenas-intimas-e-falso-e-que-pediu-pericia-para-tomar-medidas-judiciais.ght ml. Acesso em: 30 dez. 2024.

Direito de apagar dados e a decisão do tribunal europeu no caso Google Espanha. 21 maio 2014. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-mai-21/direito-apagar-dados-decisao-tribunal-europeu-google-espanha/. Acesso em: 26 dez. 2024.

ENTENDA o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. 20 mar. 2018. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751. Acesso em: 26 dez. 2024.

FACEBOOK e Cambridge Analytica: sete fatos que você precisa saber. 24 mar. 2018. Disponível em: https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/03/facebook-e-cambridge-analytica-sete-f atos-que-voce-precisa-saber.ghtml. Acesso em: 28 dez. 2024.

FACEBOOK Papers revelam fuga de jovens, ameaça da Apple, discurso de ódio e mais. 27 out. 2021. Disponível em: https://tecnoblog.net/noticias/facebook-papers-revelam-fuga-de-jovens-ameaca-da-a pple-discurso-de-odio-e-mais/. Acesso em: 22 dez. 2024.

FAKE news sobre candidatos inundam redes sociais em período eleitoral, 6 out. 2018. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-10/um-dia-da-eleicao-fake-news-s obre-candidatos-inundam-redes-sociais. Acesso em: 26 dez. 2024.

FERREIRA, Ricardo Ribeiro. **Desinformação em processos eleitorais um estudo de caso da eleição brasileira de 2018**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Jornalismo e Comunicação, Universidade de Coimbra, 2019.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GERVASONI, Tássia Aparecida; DIAS, Felipe da Veiga. **Violações de direitos humanos pelas Big Techs: contribuições do pensamento decolonial e de uma leitura criminológica do dano social**. *Revista de Direito e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 24, n. 3, p. 137-163, set./dez. 2023. Disponível em: https://doi.org/10.18759/rdgf.v24i3.2307. Acesso em: 15 jan. 2025.

GOOGLE, Amazon, Meta, Apple, and Microsoft (GAMAM) -

Statistics & Facts. 10 jan. 2024. Disponível em: https://www.statista.com/topics/4213/google-apple-facebook-amazon-and-microsoft-gafam/#topicOverview. Acesso em: 26 dez. 2024.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil**. 7 ed., v. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEI Carolina Dieckmann completa 10 anos com necessidade de complementações. 27 dez. 2022. Disponível em: Lei Carolina Dieckmann completa 10 anos com necessidade de complementações. Acesso em: 26 dez. 2024.

LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **LEI COMPLEMENTAR nº 12.965**, de 22 de maio de 2024. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

MARCO CIVIL DA INTERNET, 22 maio 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 26 dez. 2024.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. São Paulo, J. de Oliveira, 2005.

MARK Zuckerberg é processado nos EUA devido ao caso Cambridge Analytica, 23 maio 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/05/23/mark-zuckerberg-e-processado-n os-eua-devido-ao-caso-cambridge-analytica.ghtml. Acesso em: 29 dez. 2024.

MEDON AFFONSO, F. J. **O direito à imagem na era das deep fakes**. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 27, n. 01, p. 251, 2021. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/438. Acesso em: 26 dez. 2024.

NOVA Zelândia multará Google e Facebook em 6% da receita global por descumprirem lei de fake news. 4 fev. 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/02/nova-zelandia-multara-google-e-faceb ook-em-6-da-receita-global-por-descumprirem-lei-de-fake-news.shtml. Acesso em: 26 dez. 2024.

OLIVEIRA, Jordan Vinícius de. **Vazamento de dados pessoais e responsabilização civil: compatibilidades e conflitos entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 31, n. 1, p. 43-66, jan./mar. 2022. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/478. Acesso em: 3 abr. 2025.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

Capítulo 12

OS IMPACTOS CAUSADOS COM A UNIFICAÇÃO DE TRIBUTOS SOBRE BENS DE CONSUMO PELA REFORMA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Julia Reinicke Job[1]
Rafael Kroth Andrade[2]

1 Introdução

A priori, destaca-se que a sociedade do hiperconsumo é direta e constantemente influenciada pelo meio socioeconômico em que está inserida, assim como pelas alterações legislativas que ocorrem no país.

Nesse sentido, a Reforma Tributária (Emenda Constitucional nº 132/2023) objetivou simplificar o sistema tributário, reduzir a sonegação e as fraudes fiscais e alcançar a justiça tributária, favorecendo o consumo das famílias, através da unificação de tributos sobre bens de consumo, suprimindo o IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), o PIS (Programa de Integração Social), COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social), ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) e ISS (Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza), e criando a tributação única, por meio do IVA Dual (Imposto sobre Valor Agregado), que se subdivide em CBS (Contribuição sobre Bens e Serviços) e IBS (Imposto sobre Bens e Serviços).

Percebe-se, portanto, que a pertinência social desta pesquisa está no fato de que referida temática influencia amplamente a vida de todos os brasileiros, que utilizam do consumo em suas vidas diariamente e, assim, são passíveis de cobranças de tributos.

Ademais, no âmbito acadêmico, o artigo também se mostra extremamente relevante, na medida em que a Reforma Tributária é novidade

1 Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP e pela Faculdade Dom Alberto. Graduada em Direito pela Faculdade Dom Alberto. Integrante do Grupo de Pesquisas em Direito do Consumidor da PUC-RS.

2 Graduando em Direito pela Faculdade Dom Alberto. Integrante do Grupo de Pesquisas Avançadas em Direito Tributário (GTAX) da PUC-RS.

no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo inúmeras mudanças, sendo que ainda não está em vigor, o que indica a necessidade de compartilhamento de informações na academia e entre todos os demais profissionais, bem como com a população em geral, a qual será impactada por tal regramento.

Isso posto, o artigo tem o fito de investigar se a unificação de tributos sobre bens de consumo pela Reforma Tributária (des)estimula o consumismo no Brasil. Assim, serão desenvolvidas três seções, cada uma relativa a um objetivo específico, são eles: (1) apresentar brevemente a Reforma Tributária; (2) analisar a sociedade do consumo em massa no Brasil; e, ao final, (3) investigar se a implementação do IVA Dual (des) estimula o hiperconsumo.

Evidencia-se que, com a finalidade de responder ao problema de pesquisa, qual seja: a unificação de tributos sobre bens de consumo pela Reforma Tributária (des)estimula o consumismo no Brasil?, utilizar-de-á o método de abordagem dedutivo, uma vez que, de início, serão analisadas brevemente a Reforma Tributária e a sociedade do consumo para, ao final, concluir se a implementação do IVA Dual (des)estimula o hiperconsumo.

Outrossim, a técnica de pesquisa utilizada será a bibliográfica e a documental, posto que, para fundamentar o artigo científico, far-se-á uso de material teórico em todas as seções desenvolvidas. Por fim, destaca-se que o método de procedimento será o monográfico, haja vista que o tema escolhido será examinado em conjunto com inúmeras condições que exercem influência sobre ele, investigando-se todas as questões indicadas nos objetivos específicos e geral.

2 Apontamentos acerca da Reforma Tributária

De início, o sistema tributário nacional passou a ser reconhecido a partir da Emenda Constitucional (EC) 18/65 à Constituição Federal de 1946 e, na sequência, pelo Código Tributário Nacional (CTN), de modo que influenciou no federalismo do Estado (PAULSEN, 2024, p. 31).

A reforma tributária teve o seu começo, em realidade, a partir de uma norma técnica editada pelo Controle de Cidadania Fiscal, o qual originou a edição da PEC 45/2019 e da PEC 110/2019 (CCiF, 2018), sendo posteriormente editada a Emenda Constitucional 132/2023 (Reforma Tributária), com a qual surgiu um novo cenário à tributação do consumo brasileiro, com a implementação do IVA Dual, ou seja, um Imposto sobre Valor Agregado federal e um estadual e municipal, quais sejam: (i) Contribuição Sobre Bens e Serviços - CBS; e (ii) Imposto sobre Bens e

Serviços - IBS. Ressalta-se que no âmbito federal serão extintos o PIS e a Cofins, para a criação da CBS, enquanto no tocante aos entes subnacionais, o ICMS e o ISS serão extintos para a criação do IBS (ALEXANDRE; ARRUDA, 2024, p. 17).

Antes mesmo da publicação da Emenda Constitucional 132/2023, o IPEA (SILVA FILHO *et al*, 2023) já realizava estudos sobre produtividade e eficiência, sendo destacado que um ponto nevrálgico da Reforma Tributária seria minimizar os efeitos negativos das interações horizontais e verticais do federalismo fiscal, sem, contudo, comprometer a autonomia dos estados.

A inovação do sistema tributário, com o advento da Reforma, causa e causará inúmeras discussões pertinentes, na medida em que, segundo Marta Leão (2024, p. 391), há juristas que sugerem uma nova interpretação da Constituição Federal após a EC 132, sugerindo que valores como solidariedade e justiça seriam uma inovação resultante do novo sistema, que teria modificado as bases axiológicas do Sistema Tributário Nacional (LEÃO, 2024, p. 391).

Embora o sistema tributário nacional contenha institutos destinados a mitigar a regressividade, na prática, sua efetividade muitas vezes não se concretiza. E, nesse contexto, a seletividade é utilizada para ajustar a tributação, tornando-a mais leve ou pesada por meio da aplicação de alíquotas diferenciadas de acordo com a essencialidade do produto. Isso se apresenta como uma maneira de corrigir ou, pelo menos, amenizar o efeito regressivo da tributação sobre o consumo predominante no Brasil. (SHOUERI, 2022, p. 441; BUZATTO, 2024, p. 168).

Ante o exposto, cumpre analisar o contexto da sociedade brasileira do consumo em massa, para o fim de compreender a influência do hiperconsumo nas vidas dos indivíduos.

3 A sociedade brasileira do consumo em massa

Atualmente, a sociedade está inserida em uma realidade autoritária e influenciada pela indústria cultural, que, segundo Theodor W. Adorno (2023), é responsável pelo consumo em massa, através da velocidade e difusão ocasionadas pelo capitalismo, assim como por meio da dominação. E, nesse sentido, é possível afirmar que subsiste um período em que predomina o impulso por abundância, em que a qualidade de vida e as realizações pessoais são atreladas à aquisição de produtos supérfluos (LIPOVETSKY, 2007).

Destaca-se que, ainda nesse viés, os bens de consumo são apresentados à população como mecanismos de autorrealização, sendo que, por consequência, identidade e consumo de transformam na mesma coisa, uma vez que, inclusive, a identidade é uma mercadoria para o sistema capitalista (HAN, 2022, p. 19). Isso ocorre porque a singularidade, que apenas pode ser evidenciada através da diferença entre produtos novos e os ultrapassados, passou a representar o foco principal da produção e do consumismo, de modo que o indivíduo considerado singular e especial seria aquele capaz de adquirir todos os lançamentos do mercado, mesmo que sem necessidade, ocasionando um consumo excessivo e marcado pelo desperdício (BAUMAN, 2009, p. 36).

Trata-se, desse modo, da sociedade do hiperconsumo, caracterizada por Gilles Lipovetsky (2007) como o período atual, em que tudo deve ser desejável, consumível e descartável, na medida em que há um ciclo infindável de cada vez mais aquisição de bens, posto que a sociedade do consumo líquido-moderna despreza a durabilidade e busca substituí-la pela gratificação instantânea e a felicidade individual (BAUMAN, 2009, p. 64).

Nesse sentido, têm-se que os indivíduos do século XXI deixaram de integrar a sociedade disciplinar explicitada por Michel Foucault e passaram a constituir uma sociedade de desempenho, baseada na maximização da produção (HAN, 2019, p. 23-25) e no consequente hiperconsumo, porquanto os indivíduos estão imersos, de maneira inconsciente, em um contexto de compra compulsiva, superendividamento, vícios por aparelhos tecnológicos, ciberdependência e outros comportamentos prejudiciais para suas saúdes e meio ambiente (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 58-59).

Isso posto, evidencia-se que, de acordo com os indicadores do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no final de 2024, o consumo nas residências brasileiras teve um crescimento geral de 3,72%, sendo que, na comparação entre dezembro de 2024 e dezembro de 2023, o aumento foi de +7,23%, e, em relação a novembro, a alta foi de +12,81% (ABRAS, 2025), o que indica o avanço do consumismo na realidade atual, tendo em vista a volubilidade das relações hodiernas (BAUMAN, 2009), consoante já discorrido.

Supracitado aumento no consumo brasileiro ocorre, especialmente, em face da recuperação do mercado de trabalho, queda na taxa de desemprego, ampliação dos rendimentos reais dos consumidores, aumento do salário mínimo e em razão dos benefícios e programas socioeconômicos ofertados pelos Governos Federal e Estaduais (ABRAS, 2025).

Salienta-se, outrossim, que desde que o aumento do consumo ocorra de forma responsável e sustentável (o que não acontece efetivamente), representa um benéfico indicador para o país, na medida em que é o motor da economia, posto que ele representa 65% na composição do PIB (Produto Interno Bruto) de um Estado-Nação, sendo que, para tanto, o que ocorre na economia do Brasil está intrinsecamente relacionado ao desempenho das famílias com o consumo (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Dessa forma, considerando que o consumo está presente no cotidiano e na realidade de todos os indivíduos, tendo um papel extremamente impactante no contexto atual, já que, apesar de ligado ao PIB, também é direta e indiretamente responsável por diversas problemáticas socioeconômicas, como desafios ambientais e superendividamento, cumpre compreender se, com a Reforma Tributária, a implementação do IVA Dual será responsável por desestimular ou estimular ainda mais o hiperconsumo.

4 A implementação do IVA Dual e o hiperconsumo

De prelúdio, segundo pesquisas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a tributação sobre o consumo no Brasil representa, desde 2021, mais de 41% da receita tributária total do país, que chegou, em 2023, ao patamar de 45,1% da receita tributária total. Diferentemente do Brasil, a tributação sobre o consumo dos outros países da OCDE representa, em média, apenas 31,9% da receita tributária total (IFI, 2024), o que demonstra a elevada carga de tributos na sociedade brasileira.

Assim, a respeito da tributação sobre o consumo, é importante ressaltar que o imposto costuma ser menos progressivo do que os impostos sobre a renda, em razão da dificuldade de fiscalizar e monitorar compras de inúmeras pessoas de forma individualizada (MOOIJ *et al*, 2020).

Logo, quando falamos de tributação sobre o consumo, estamos abordando, hodiernamente, com a implementação da Reforma Tributária, dois impostos: o Imposto sobre Valor Agregado (IVA) e o Imposto Seletivo. Todavia, no presente artigo será abordado precipuamente o IVA Dual.

Frisa-se que o Imposto sobre Valor Agregado é adotado em mais de 160 países e, em média, corresponde a cerca de um terço do total da receita tributária, variando entre 4,2% nos países de baixa renda e 7,6% nos países de renda mais elevada (MOOIJ *et al* 2020), sendo que, na nova perspectiva brasileira, o IVA se subdividirá em CBS para a União e IBS para Estados e Municípios.

No caso da Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS), de âmbito federal, será não cumulativa, ao passo que será compensada a contribuição devida pelo contribuinte com o montante cobrado sobre todas as operações nas quais seja adquirente de bem material, imaterial, de serviço, ou de algum direito (GARCIA, 2024, p. 223-224), enquanto que, no caso do Imposto sobre Bens e Serviços (IBS), este terá uma alíquota uniforme, composta pela soma das alíquotas estabelecidas pela União, pelos Estados ou Distrito Federal e pelos Municípios. Essa alíquota incidirá sobre todos os bens, tangíveis e intangíveis, serviços e direitos, podendo variar entre Estados, Distrito Federal e Município (BUZATTO, 2022, p. 181).

Destaca-se, ainda, que a Lei Complementar nº 214 regulamenta e institui efetivamente a CBS e o IBS, estabelecendo em seu artigo 4º a regra geral da hipótese de incidência do IVA Dual. Assim, a tributação sobre o valor agregado deverá incidir sobre operações onerosas com bens ou com serviços, incluindo-se na hipótese de incidência qualquer operação com bem ou com serviço realizada pelo contribuinte, inclusive aquelas realizadas com ativo não circulante ou no exercício de atividade econômica não habitual, tributando, aliás, situações não onerosas (BRASIL, 2025).

De acordo com a nota técnica nº 52 do IPEA (CARVALHO JUNIOR, 2022), a OCDE sempre defendeu o sistema de IVA unificado, com alíquota única, sob a premissa de que aumentaria a base tributária e a arrecadação, o que, por conseguinte, fomentaria o consumo, que é o que se pretende no Brasil. Todavia, em recentes estudos da OCDE, verificou-se que o IVA tende a ser mais regressivo, isto é, mais oneroso, em relação à renda das famílias de menor poder aquisitivo, uma vez que o estudo também concluiu que os sistemas de IVA beneficiam levemente os mais pobres e enormemente os mais ricos, sendo uma política distributiva ineficiente.

Atualmente, no Brasil, foi considerada uma tributação sobre o consumo entre 8,7% e 22% de alíquota referencial para o IVA Dual, composta por uma alíquota do Programa de Integração Social/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (PIS/Cofins) de 3,65%, somada a uma alíquota média padrão do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), sem, contudo, incluir as contribuições na base de cálculo desse imposto (CARVALHO JUNIOR, 2022).

Evidencia-se que, embora o sistema tributário nacional contenha institutos destinados a mitigar a regressividade, na prática, sua efetividade muitas vezes não se concretiza. Nesse contexto, consoante já desenvolvido, a seletividade é utilizada para ajustar a tributação, tornando-a mais leve ou pesada por meio da aplicação de alíquotas diferenciadas de acordo com a

essencialidade do produto, de modo que isso se apresenta como uma maneira de corrigir ou, pelo menos, amenizar o efeito regressivo da tributação sobre o consumo predominante no Brasil (SHOUERI, 2022, p. 441; BUZATTO, 2024, p. 168), o que poderia estimular ainda mais o hiperconsumo.

Outrossim, para Ricardo Alexandre (2024, p. 33) o legislador ordinário, sempre que possível, ao instituir impostos, deverá atribuir-lhes caráter pessoal e mensurá-los conforme a capacidade econômica do contribuinte (capacidade contributiva), segundo exigência da Constituição Federal de 1988, sendo que o imposto será pessoal, desde a sua concepção, quando existir viabilidade para tanto. Entretanto, conforme já discorrido, é imprescindível frisar a dificuldade de análise da capacidade contributiva dos consumidores, adquirentes de inúmeros produtos cotidianamente, o que implica na impossibilidade de aplicação do previsto na Lei Fundamental (MOOIJ *et al*, 2020).

Ante o exposto, visando a aplicação da justiça social à tributação, sugere-se que os impostos reais possuam mecanismos como o *cashback*, à luz da capacidade contributiva de cada pagante em relação ao fato gerador praticado, aplicando-se medidas desiguais, nas proporções de suas desigualdades, à luz da teoria de Humberto Ávila (2009, p. 89), para, então, a tributação se afastar da regressividade e aumentar a arrecadação, tal como o objetivo da Reforma Tributária.

5 Considerações finais

O artigo teve o fito de investigar se a unificação de tributos sobre bens de consumo pela Reforma Tributária (des)estimula o consumismo no Brasil. Desse modo, foram desenvolvidas três seções, cada uma relativa a um objetivo específico, são eles: (1) apresentar brevemente a Reforma Tributária; (2) analisar a sociedade do consumo em massa no Brasil; e, ao final, (3) investigar se a implementação do IVA Dual (des)estimula o hiperconsumo, tudo para solucionar o problema de pesquisa que segue: a unificação de tributos sobre bens de consumo pela Reforma Tributária (des)estimula o consumismo no Brasil?

À vista disso, acredita-se que a unificação de impostos, com vistas a simplificar o completo sistema tributário nacional, a partir de uma alíquota única, a qual incidirá sobre o valor agregado da tributação sobre o consumo, poderia diminuir a regressividade drasticamente.

Como visto, grande parte da receita tributária é oriundo do consumo, amplamente estimulado no Brasil, ou seja, da tributação de bens e serviços,

o que onera o contribuinte final. Neste sentido, a aplicação da seletividade na tributação sobre o consumo ensejaria em uma redução sistemática na alíquota de tributos que incidem sobre consumo que, em contrapartida, fomentaria a arrecadação.

Assim, a Reforma Tributária, com a implementação do IVA Dual, partiu de uma premissa objetiva de simplificação da tributação sobre o consumo, com objetivo de aumentar a arrecadação, o que, por conseguinte, aumentaria ainda mais este consumo, em vista de que a tributação deste compõe quase 50% da receita tributária total do país.

Tais premissas, em virtude da dificuldade em mensurar, fiscalizar e aplicar a progressividade na tributação sobre o consumo, logicamente torna a arrecadação sobre este, de certa forma, mais regressiva.

Todavia, em virtude de estarmos diante do período de transição, contando apenas com uma alíquota referencial, já que a Reforma Tributária apenas será aplicada em definitivo no ano de 2033, qualquer conclusão assertiva hoje seria considerada prematura e possivelmente implicaria na perda do seu objeto durante o decorrer do referido período de transição.

Logo, embora seja nítida a discordância entre alguns juristas com os objetivos da Reforma, é necessário aguardar a transição completa, a fim de alcançar uma conclusão mais concreta acerca do estímulo ao hiperconsumo que pode ou não ser ampliado com o novo sistema.

Referências

ABRAS. **Consumo nos lares brasileiros cresce 3,72% em 2024, aponta ABRAS.** Disponível em: https://www.abras.com.br/clipping/noticias-abras/118223/consumo-nos-lares-brasileiros-cresce-372-em-2024-aponta-abras#:~:text=O%20consumo%20nos%20lares%20brasileiros,Brasileira%20de%20Supermercados%20(ABRAS). Acesso em 05 de maio de 2025.

ADORNO, Theodor W. **Indústria cultural e sociedade.** 16. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2023.

AGÊNCIA BRASIL. **Consumo das famílias é grande motor da economia, diz IBGE**. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/consumo-das-familias-e-grande-motor-da-economia-diz-ibge. Acesso em 10 de maio de 2025.

ALEXANDRE, Ricardo; Arruda, Tatiane Costa. **Reforma Tributária**: A Nova Tributação do Consumo no Brasil. São Paulo: Editora JusPodivm,

2024;

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BUZATTO, Gustavo; CAVALCANTE, Miquerlan Chaves. Reforma Tributária e Regressividade: a Tributação sobre o Consumo e a Busca por Justiça Fiscal. **Revista Direito Tributário Atual nº 52**. ano 40. p. 162-188. São Paulo: IBDT, 3º quadrimestre 2022.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Humberto Bruno de. **Nota Técnica n. 54 (Dinte) - O Sistema tributário dos países da OCDE e as principais recomendações da entidade:** fornecendo parâmetros para a reforma tributária no Brasil. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11231. Acesso em 11 de maio de 2025.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Reforma Tributária: Contribuição sobre Bens e Serviços, p. 222-232. **Revista de Estudos Tributários**. Porto Alegre: v. 27, n. 158, jul/ago. 2024.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia:** Digitalização e a crise da democracia. 5 ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2022.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**; Petrópolis, RJ: Vozes. 2015.

IFI. **Reforma Tributária:** contexto, mudanças e impactos. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/647648/EE19_2024.pdf. Acesso em 11 de maio de 2025.

LEÃO, Martha. A Reforma Tributária sobre o Consumo e a Inexistência de Ruptura Paradigmática. **Revista de Direito Tributário Atual** v. 58. ano 42. p. 389-409. São Paulo: IBDT, 3º quadrimestre 2024;

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal:** Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A Cultura-Mundo:** Resposta a uma sociedade desorientada. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

MARTINS, Fábio Andrade. O Imposto Sobre Bens e Serviços (IBS): Reflexos sobre os Seus Aspectos Constitucionais, p. 09-26. **Revista de Estudos Tributários**. Porto Alegre: v. 25, n. 156, mar/abril. 2024.

MOOIJ, Ruud de; *et al.* **Política tributária para o crescimento inclusivo**

após a pandemia. Fiscal Affairs, 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SILVA FILHO, Edison Benedito da; OLIVEIRA, João Maria de; ARAÚJO, Bruno Cesar Pino Oliveira de (org.). **Eficiência Produtiva:** análise e proposições para aumentar a produtividade no Brasil. Brasília: Ipea; Cepal, 2023.

Capítulo 13

QUANDO O JUDICIAL CONFRONTA O JURÍDICO: *LAWFARE* E POLITIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa[1]
Tiago Rege de Oliveira[2]

1 Introdução

Nos últimos anos, o Brasil vivenciou dois expressivos movimentos que friccionam a política e o sistema de justiça. O primeiro é a judicialização da política, que se refere ao fenômeno no qual questões tipicamente políticas, como políticas públicas, decisões administrativas, temas morais e questões socioeconômicas complexas, são decididas pelo Poder Judiciário, nas três esferas da federação, notadamente quando não são enfrentadas no âmbito do Legislativo ou do Executivo. A origem desse movimento remonta à ascensão do chamado neoconstitucionalismo, ao fortalecimento dos direitos fundamentais e ao controle de constitucionalidade, podendo ser citadas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva, interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, intervenção judicial em políticas de saúde pública, o financiamento de campanhas eleitorais, a questão das cotas e das ações afirmativas para reparo histórico de pessoas excluídas, entre outros temas. Podem ser citados autores como Luís Roberto Barroso, Conrado Hübner Mendes, Daniel Sarmento, Eduardo Cambi, Lênio Streck, Ada Pellegrini Grinover, entre outros.

---

1 Doutorado em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (2006); estágio de doutoramento em Direito na Universidade de Florença, Itália (2003); pós-doutorado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil (2011); docente titular aposentada da Universidade Federal da Paraíba, Brasil; docente permanente voluntária do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Cv lattes: http://lattes.cnpq.br/8339495793349934 E-mail: mluizalencar@gmail.com

2 Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba; Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (2020); Mestrado em História pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2012); Especialização em Docência no Ensino Superior pelo Centro Universitário do Vale do Araguaia (2016); Graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (2017); Graduação em História pelo Centro Universitário do Vale do Araguaia (2004). Cv lattes: http://lattes.cnpq.br/0321347603490143 E-mail: tiagorege@gmail.com

O segundo movimento é a politização do sistema de justiça, que se refere ao uso das estruturas judiciais, especialmente instituições como a Polícia Judiciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário, para atuarem movidas por motivações políticas ou ideológicas. Inspirado em autores como Pierre Bourdieu, Boaventura de Sousa Santos, Antoine Garapon, Luigi Ferrajoli e outros ligados ao chamado garantismo penal, o protagonismo político dado ao sistema de justiça tem levado agentes da justiça a atuarem no processo policial e judicial com parcialidade e/ou seletividade, baseados em alinhamento ideológico, para instrumentalizarem o ordenamento jurídico em função de interesses e contextos eleitorais. Essa ação coordenada viola os princípios de imparcialidade e da independência judicial, afetando a legitimidade do sistema de justiça e abrindo espaço para um fenômeno chamado "*lawfare*", que pode, de antemão, ser definido pelo "uso estratégico do Direito como arma de intervenção política" (definição dos subscritores deste texto).

Enquanto o primeiro movimento traduz, em essência, a ampliação do escopo da jurisdição constitucional com vistas à concretização dos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões — das liberdades civis e políticas aos direitos sociais, econômicos, em perspectiva individual, coletiva e/ou difusa, inclusive aqueles de natureza transindividual ou voltados à própria humanidade, como nas demandas ambientais e de sustentabilidade —, o segundo opera em sentido oposto. Representa a distorção da função jurisdicional por meio da instrumentalização política ou ideológica de suas instituições e agentes, que, movidos por interesses partidários e/ou puramente ideológicos, comprometem os princípios da imparcialidade e da independência judicial, subvertendo e apequenando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, contexto no qual a atuação política se dissimula sob a aparência de legalidade, promovendo, em última instância, a erosão da legitimidade do sistema de justiça como um todo.

No contexto brasileiro, a Operação Lava Jato[3] constitui o *leading case* – embora não o único – da politização do sistema de justiça. A partir dela,

3 A Operação Lava Jato foi uma investigação conduzida pela Polícia Federal entre março de 2014 e fevereiro de 2021, realizada ao longo de oitenta fases, no objetivo declarado de desarticular um esquema de lavagem de dinheiro e corrupção que envolvia a Petrobras, empresas privadas e agentes políticos. A operação teve origem na 13.ª Vara Criminal da Justiça Federal de Curitiba (PR), a partir da criação de uma força-tarefa conjunta entre o Ministério Público Federal e a Justiça Federal, sob a coordenação do procurador Deltan Dallagnol e do juiz Sergio Moro. Com o tempo, a operação foi perdendo credibilidade, ao revelar o propósito subliminar de práticas abusivas para alcançar resultados externos aos processos judiciais, até ser extinta pela Procuradoria Geral da República, depois que os dois principais agentes, acima mencionados, pediram exoneração de seus cargos para ingressarem na política partidária. O término da força-tarefa simbolizou não apenas o encerramento de uma das mais amplas investigações de corrupção no Brasil, mas

ganhou relevo o conceito de *lawfare*, compreendido como a estratégia de instrumentalização do Direito, especialmente dos ramos Penal e Processual Penal, para fins de perseguição a adversários políticos. O termo, formado pela justaposição das palavras *law* (direito) e *warfare* (guerra), expressa a ideia de uma 'guerra jurídica', na qual os instrumentos jurídicos são mobilizados por agentes do sistema de justiça como armas para deslegitimar, enfraquecer ou neutralizar antagonistas políticos. Trata-se do uso seletivo e orientado do aparato judicial, não mais como garantia de direitos e preservação da legalidade constitucional, mas como mecanismo de combate e destruição simbólica ou concreta de opositores, corroendo, consequentemente, os pilares do Estado de Direito, sob o disfarce da legalidade aparente. Vem daí a contraposição disposta no título deste texto, entre o jurídico e o judicial.

A instrumentalização do Direito como ferramenta de perseguição política ou de enfraquecimento deliberado de lideranças específicas revela séria afronta aos direitos e garantias fundamentais que sustentam o Estado Democrático de Direito. Esse panorama se agrava diante da estreita e muitas vezes conivente relação entre o sistema de justiça e os grandes meios de comunicação de massa, os quais, em atuação articulada, contribuem para a construção de narrativas escolhidas para moldar a opinião pública, que, por sua vez, exerce de volta pressão sobre as decisões judiciais, que acabam por apadrinhar os interesses de indivíduos ou de grupos políticos e econômicos envolvidos na prática do *lawfare*. No mínimo, esses interessados se beneficiam dos efeitos da condução distorcida. Emergem daí, como elementos centrais e reveladores do desvio funcional do sistema jurídico, a materialização de um processo penal de exceção, que atua em face de recorrente violação às garantias penais e processuais, comprometendo não apenas a imparcialidade judicial, mas a própria integridade do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, ganha centralidade não a regra, mas sua exceção, que se distancia do paradigma processual garantista ao admitir a flexibilização – ou até mesmo a supressão – de direitos fundamentais sob o argumento falacioso da proteção de interesses superiores do Estado ou da coletividade.

---

também expôs as contradições e os limites de um modelo de atuação judicial penal que, embora inovador em certos aspectos, revelou-se problemático em outros, adotando práticas que violaram garantias fundamentais do Estado de Direito, como a presunção de inocência, o devido processo legal e a imparcialidade judicial, entre outros. O desgaste da operação foi acentuado por revelações de comportamentos inadequados por parte de seus principais protagonistas, como a exposição de mensagens trocadas entre o então juiz Sergio Moro e procuradores da força-tarefa, no episódio conhecido como "Vaza Jato", evidenciando proximidade indevida entre magistrado e acusação, o que comprometeu a imparcialidade do processo judicial, além disso, a posterior entrada de Moro no governo de Jair Bolsonaro, assumindo o cargo de Ministro da Justiça, reforçou percepções de politização da operação. Detalhes sobre esse processo são apresentados neste estudo.

São práticas frequentemente legitimadas por pretextos como "emergência, segurança ou combate à corrupção" e refletem a lógica do chamado "direito penal do inimigo", em que o investigado deixa de ser tratado como sujeito de direitos para ser enquadrado como ameaça a ser neutralizada, em sentido oposto, pela mesma lógica, o agente de justiça deixa de ser imparcial, isento e mesmo anônimo para ser festejado como o herói justiceiro, combatente das nobres causas, ainda que, para tanto, necessite contrariar normas jurídicas consolidadas.

A consequência é a exceção e a inversão da finalidade do processo penal: de instrumento de tutela das liberdades, ele passa a funcionar como engrenagem de controle político e social. Nessa perspectiva, as garantias penais, concebidas como salvaguardas indispensáveis para a realização de um julgamento justo e conforme os princípios do Estado de Direito, tornam-se meras formalidades, vulneráveis à manipulação. A prática sistemática desse modelo excepcional, como se observam nos casos paradigmáticos de *lawfare*, representa mais do que o desvio de um caso concreto, mas o avanço de uma cultura autoritária que mina a credibilidade e a integridade do sistema de justiça, corroendo por dentro os pilares do constitucionalismo democrático.

Neste artigo, propõe-se uma análise crítica da prática do *lawfare*, com ênfase nas formas pelas quais o processo penal de exceção afronta diretamente as garantias fundamentais que estruturam o Estado Democrático de Direito. Para isso, adota-se abordagem qualitativa, de caráter teórico e orientada pelo método hipotético-dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica. A análise parte de referencial doutrinário consolidado sobre o tema, tendo como inspiração subliminar o caso paradigmático da Operação Lava Jato, cuja repercussão institucional permite identificar, de maneira modelar, os mecanismos de instrumentalização do sistema de justiça, pela prática do *lawfare*. O objetivo é compreender como tais práticas comprometem direitos fundamentais e contribuem para a corrosão progressiva dos fundamentos do constitucionalismo democrático.

2 *Lawfare*: a instrumentalização do Direito como arma

O conceito de *lawfare* não tem origem estritamente jurídica, embora sua aplicação ocorra de forma marcante no campo do Direito, sempre em articulação com a grande mídia. Ainda que o termo tenha sido mencionado anteriormente por autores como John Carlson e Neville Yeomans (1975), ao proporem uma abordagem alternativa de resolução de conflitos sociais, e, de forma indireta, por Liang e Xiangsui (1999), ao discutirem as novas

estratégias de guerra na era contemporânea, foi através das publicações do general norte-americano Charles J. Dunlap Jr. que o conceito ganhou maior visibilidade e definição sistemática. Em sua formulação original, Dunlap Jr. (2001) entende o *lawfare* como uso estratégico do Direito como arma de guerra, capaz de substituir ou complementar o uso da força militar para atingir objetivos políticos e geopolíticos. Atente-se para a instrumentalização deliberada das normas jurídicas para fins táticos, em contextos de disputa nos quais o confronto armado é substituído por ações jurídicas com alto potencial destrutivo – Direito como armamento sofisticado, cujos efeitos podem ser tão eficazes quanto os de um arsenal bélico – o que deu origem à concepção moderna de *lawfare* como forma de combate travado no terreno jurídico (2008).

Outras abordagens contribuíram para a ampliação do conceito de *lawfare*, extrapolando sua formulação original, de matriz militar e geopolítica. Em perspectiva antropológica, John Comaroff (2001) resgata o termo para descrever o uso do Direito como instrumento de dominação por parte dos Estados europeus durante os processos colonizatórios, entre os séculos XV e XVII nas Américas, e, posteriormente, no contexto do imperialismo moderno, em territórios africanos e asiáticos. Aqui, o Direito não apenas acompanhava o expansionismo colonial, mas operava como ferramenta de legitimação da subjugação, instituindo uma "legalidade" funcional à imposição de normas externas e à destruição de formas locais de organização social. Em trabalhos posteriores, desenvolvidos em coautoria com Jean Comaroff, a análise é expandida para o período pós-colonial, no qual o *lawfare* é compreendido como fenômeno que usa estrategicamente de mecanismos jurídicos e da "violência inerente à lei" para a prática de atos de coerção política, incluindo formas simbólicas e materiais de apagamento, sobretudo quando o Estado invoca a legalidade para agir seletivamente contra seus próprios cidadãos (Comaroff e Comaroff, 2006, p. 29-30).

Seguindo essa linha de pensamento, Susan Tiefenbrun concebe o *lawfare* como "arma destinada a destruir o inimigo por meio do uso, mau uso e abuso do sistema legal e dos meios de comunicação, a fim de levantar um clamor público contra esse inimigo" (Tiefenbrun, 2010, p. 31). Assim como Dunlap Jr., Tiefenbrun insere o conceito no campo militar, reconhecendo-o como arma estratégica da guerra moderna, e nesse sentido compreende o *lawfare* como a manipulação das normas jurídicas e no uso abusivo de tribunais, nacionais ou internacionais, para acusar adversários, utilizando as acusações como estratégia de intimidação e desgaste, comparável ao uso de armamentos bélicos (Tiefenbrun, 2010).

No mesmo sentido, Orde Félix Kittrie (2016), da Arizona State University, define o *lawfare* como o uso do Direito similar a uma ferramenta de guerra, destinada a influenciar o comportamento de Estados e organizações sem lançar mão da força militar, o que teria transformado o Direito em frente crucial de conflito internacional no século XXI, sobretudo no combate ao terrorismo e na regulação de sanções econômicas impostas notadamente pelos EUA contra outros países. Esse autor traz uma distinção complexa (e não pacificamente aceita) entre o *lawfare* ofensivo, utilizado para "constranger, deslegitimar e desarmar o inimigo", e o *lawfare* defensivo, empregado para "proteger a própria nação de acusações legais" (Kittrie, 2016).

Na América Latina, em geral, o conceito de *lawfare* foi progressivamente apropriado e ressignificado no contexto das democracias constitucionais em transição, especialmente diante do uso crescente do aparato jurídico para desestabilizar lideranças políticas, interferir em processos eleitorais e reconfigurar os espaços de poder institucional. Ao contrário da formulação original, de inspiração militar e geopolítica, o termo passou a designar práticas internas de manipulação judicial com finalidades políticas, em que o Direito, sobretudo o Penal e o Processual Penal, é mobilizado seletivamente contra determinados atores públicos, em especial aqueles situados à esquerda do espectro político. Há exemplos na Bolívia, Equador, Argentina e outros, conforme analisa Ramina (2022).

No Brasil, o caso paradigmático que definiu um padrão foi a Operação Lava Jato, em cujo contexto a atuação do sistema de justiça – em especial da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e do Poder Judiciário Federal – foram acompanhadas de intensa cobertura da grande imprensa. Essa ação midiática não apenas ecoa, mas antecipa e/ou direciona, os rumos processuais, contribuindo para a construção de narrativas condenatórias antes do julgamento formal, assim, a estreita simbiose entre prática judicial e espetáculo midiático se revela como elemento central da dinâmica do *lawfare*, no propósito de influenciar e "contaminar" a opinião pública para que garantias processuais possam ser relativizadas e a presunção de inocência ceda lugar à lógica da culpabilidade política *a priori*. Nesse cenário, o *lawfare* se consolida como forma sofisticada de intervenção política travestida de legalidade, cujo efeito prático é a corrosão do devido processo legal e o enfraquecimento dos fundamentos democráticos do Estado de Direito.

Essa aplicação conduzida e direcionada foi denunciada, do ponto de vista teórico e prático, por Cristiano Zanin Martins, Valeska Zanin Martins e Rafael Valim, os dois primeiros, à época, defensores do então ex-presidente

Lula, que se encontrava preso pela Operação Lava Jato. Esses coautores lançaram a obra *Lawfare, uma Introdução*, na qual recontextualizaram o conceito de *lawfare* a partir da realidade desse caso, afirmando que o uso do sistema jurídico brasileiro extrapolou a mera persecução penal, transformando-se em guerra jurídica articulada pelo Judiciário e pela Mídia no objetivo de deslegitimar e perseguir o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (Martins, *et al.*, 2019). Para eles, esse processo revelou nova dimensão do *lawfare,* percepção que os levou a definir *lawfare* como "o uso perverso das leis e dos procedimentos jurídicos para perseguir inimigos ou oponentes e obter resultados ilegítimos" (Martins, *et al*, cit., p. 13), assim como "o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo" (Martins *et al.*, cit., p. 27).

Desse modo, a partir da compressão dos diversos conceitos acima apresentados, pode-se afirmar que o *lawfare* se caracteriza pela utilização estratégica e instrumentalizada do sistema jurídico, tanto nacional quanto internacional, para alcançar objetivos militares, políticos, econômicos ou ideológicos, no contexto de um processo penal. Ao contrário do uso legítimo das leis para assegurar a justiça e a ordem democrática, o *lawfare* emerge quando atores, estatais ou não estatais, manipulam o aparato jurídico como arma para limitar adversários, influenciar a opinião pública, deslegitimar opositores ou obter vantagens políticas, sem recorrer à força militar. Abrange um poder de grave e duradouro potencial destrutivo, em face da credibilidade de quem o aciona (agentes do sistema de justiça e da grande mídia) e pela dificuldade de defesa que impõe contra os seus acusados.

3 Do garantismo ao excepcionalismo: *Lawfare* como ameaça às garantias processuais e instrumento de erosão do Estado Democrático

A teoria do garantismo jurídico penal foi desenvolvida por Luigi Ferrajoli, em sua obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, publicada em 1989, como fruto de amplos debates sobre a importância da proteção das garantias individuais, tendo o campo penal como exemplo da tensão existente entre liberdades individuais e poder estatal. Seu objetivo era construir um sistema de garantias contra o exercício arbitrário do poder punitivo do Estado, sendo assim, o termo "garantismo" é utilizado pelo autor para designar um modelo ideal de Estado de Direito, cuja finalidade é assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana. Importa salientar que o próprio Ferrajoli compreendia sua teoria como modelo ideal, desvinculado

de um ordenamento jurídico pré-existente e de difícil realização plena, mesmo assim, dedicou-se a formular um sistema garantista paradigmático que limitasse o poder jurisdicional por ventura abusivo do Estado em relação aos cidadãos.

Para Ferrajoli (2002), o garantismo jurídico penal se configura como instrumento de proteção dos direitos fundamentais e de prevenção contra penas arbitrárias, buscando, simultaneamente, minimizar a violência na sociedade. Essa violência, segundo o autor, manifesta-se de três formas principais: (i) *criminal*, derivada da prática de crimes; (ii) *institucional*, observada em instituições públicas como delegacias e tribunais; (iii) aquela exercida por *aparatos repressivos*, que utilizam instrumentos estatais para conter, deter e punir indivíduos. Diante desse cenário, a premissa teórica do garantismo penal fundamenta-se na secularização dos sistemas jurídicos e políticos, adotando a legalidade como paradigma. Para o autor, essa concepção se alicerça na "separação entre direito e moral, formulada pelo pensamento iluminista e posteriormente recepcionada pelo positivismo jurídico enquanto fundamento do princípio de legalidade no Estado de direito moderno" (Ferrajoli, 2002, p. 175), em suma, a teoria garantista reside na edificação de um modelo normativo e institucional capaz de promover racionalidade, previsibilidade e controle do sistema jurídico, com especial atenção ao direito penal, considerado o núcleo mais sensível da atuação estatal.

O garantismo penal está intimamente relacionado ao Estado Democrático de Direito. Segundo a teoria, as Constituições promulgadas nesse modelo garantem direitos fundamentais e criam mecanismos de contenção do poder punitivo estatal, coibindo arbitrariedades e resguardando a dignidade da pessoa humana. No contexto jurídico brasileiro, a teoria garantista foi acolhida pela Constituição de 1988, que, em seu artigo 5º, estabeleceu princípios e garantias processuais no âmbito dos direitos individuais, dispositivos que impactam diretamente a comprovação judicial do fato punível (crime), objetivando reduzir ao máximo o arbítrio daqueles que exercem a função punitiva.

Destes, os princípios mais comumente violados em contextos de *lawfare são*: (i) a *presunção de inocência*, que determina que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória; (ii) o *direito ao contraditório e à ampla defesa*, que garante ao acusado o direito de resposta à acusação e de utilizar todos os meios de defesa admitidos; (iii) a *paridade de armas*, que assegura igualdade de oportunidades processuais entre as partes; (iv) o julgamento *in dubio pro reo*, princípio que favorece

o réu em casos de dúvida sobre a materialidade ou a autoria do crime; (v) o *ônus da prova*, que atribui à acusação a responsabilidade de comprovar os fatos dos quais o réu está sendo acusado; (vi) o *princípio do juiz natural*, que garante julgamento por autoridade competente, conforme previsto na Constituição e nas leis processuais penais; e (vii) o *princípio do devido processo legal*, que assegura a observância legal dos atos processuais e das garantias constitucionais em qualquer processo penal.

Embora o garantismo jurídico penal represente um modelo normativo voltado à proteção de direitos fundamentais e a limitação do poder do Estado, observa-se que, em determinadas circunstâncias, esse arcabouço teórico é intencionalmente distorcido para atender a interesses políticos e repressivos. É nesse contexto que emerge o processo penal de exceção, modalidade processual que subverte os princípios garantistas em nome de uma lógica de perseguição, submissão e controle social, muitas vezes mascarada sob o manto da legalidade. A análise desse modelo de exceção revela os mecanismos pelos quais o Direito é instrumentalizado para fins políticos, rompendo com os pressupostos do devido processo legal e estabelecendo um modelo de persecução penal seletiva e direcionada.

O processo penal de exceção, também denominado processo penal do inimigo, representa a antítese do sistema penal garantista, vez que subverte deliberadamente tais garantias em prol de finalidades espúrias e ilegítimas. A compreensão desse fenômeno revela-se essencial para identificar os mecanismos do *lawfare*, sobretudo quando este se manifesta pela instrumentalização do sistema de justiça penal no propósito de perseguir e destruir adversários politicamente considerados "inimigos". Nesse contexto, o processo penal é manipulado de maneira a operar sob a lógica do Estado

de exceção[4] e do Direito Penal do Inimigo[5], transformando o direito em uma verdadeira arma de guerra no âmbito da política. Essa instrumentalização rompe com os fundamentos do devido processo legal, instaurando uma lógica punitiva que se caracteriza pela violação das garantias jurídicas penais, criando um ambiente de persecução penal que visa construir simbolicamente a figura do inimigo para legitimar sua destruição.

Diferentemente da teoria do garantismo jurídico penal, que possui formulação teórica consolidada em Luigi Ferrajoli, o processo penal de exceção não dispõe de construção teórica de matriz perfeitamente identificada, contudo possui seu alicerce na teoria do Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*). Essa teoria foi desenvolvida na Alemanha como proposta de construção de um sistema penal diferenciado para indivíduos considerados perigosos ou inimigos da ordem jurídica – como terroristas, traficantes, ou, em algumas interpretações políticas, os opositores do regime – e pode ser referenciada na obra de Günther Jakobs, como teórico central, notadamente nos artigos *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* (1999) e *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas* (2012), com textos de Jacobs e de Manoel Canció Meliá, há um contraponto aos argumentos de Zaffaroni, em ambos, Jakobs distingue entre *cidadão* (o que possui direitos) e *inimigo* (o que perde essas garantias ao romper com a ordem jurídica). Um grande crítico à teoria controversa do Direito Penal do Inimigo é Eugenio Raúl Zaffaroni, na obra *Em Busca das Penas Perdidas*, em que denuncia o autoritarismo e a inconstitucionalidade do modelo de Jakobs.

Na doutrina brasileira, é possível encontrar críticos incisivos à construção de Jakobs. Podem ser mencionados, apenas para exemplificar: (i) Aury Lopes Jr., que, além de garantista, relaciona o Direito Penal do

4 O conceito de Estado de exceção foi introduzido na Filosofia e no Direito pelo jurista e filósofo alemão Carl Schmitt em sua obra *Politische Theologie* (1922) na qual ele desenvolve a tese de que o soberano possui a prerrogativa de suspender a ordem jurídica em casos de crise extrema, definindo os limites da normalidade. Nesse sentido, a partir da máxima "Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção" Schmitt define o Estado de exceção como um momento de suspensão da lei para a preservação do Estado, onde as regras jurídicas são momentaneamente interrompidas para assegurar a sobrevivência do poder soberano. Também acerca desse tema, Giorgio Agamben, jurista e filósofo italiano, com sua obra *Stato di eccezione* (2003) revisita o conceito proposto por Carl Schmitt, aprofundando a análise sobre a suspensão dos direitos e a ampliação dos poderes estatais em situações de crise. Para Agamben, o Estado de exceção se torna técnica permanente de governo, deixando de ser um recurso temporário para emergências e passando a integrar a lógica de controle dos Estados modernos. O autor identifica a expansão da exceção para o campo jurídico e político, transformando-a em instrumento de gestão do poder que neutraliza direitos fundamentais sob o pretexto de segurança, o que se transforma em zona fronteiriça de indistinção entre a legalidade e ilegalidade, visto que, ao invés de suspender formalmente o Direito, os governos passam a operar dentro desse estado, mantendo, todavia, a aparência de legalidade.

5 Detalhado neste item, no corpo do texto.

Inimigo diretamente ao fenômeno do *lawfare*, na obra *Direito Processual Penal* (2016), especialmente nos capítulos sobre processo penal de exceção; (ii) Lênio Streck, em diversos artigos e colunas jurídicas, como, no qual denuncia o uso político do processo penal e a adoção de lógicas autoritárias sob o manto da legalidade, no livro *Lawfare: o Calvário da Democracia Brasileira* (2020); (iii) Juarez Tavares, na obra *Teoria do Injusto Penal* (2019), quando insere o conceito de responsabilidade penal dentro do Estado de Direito e critica as exceções que desfiguram o processo penal democrático; (iv) Pedro Serrano quando utiliza o conceito de autoritarismo líquido para analisar medidas de exceção permanentes e práticas autoritárias diluídas e adaptáveis ao ambiente democrático nos Estados de Direito contemporâneos, e (v) Eugênio Aragão ao tratar do ativismo moral e político do Ministério Público, denunciando a tática fascista de manipulação do processo penal com objetivos político-partidário, estes últimos na obra *Lawfare: o Calvário da Democracia Brasileira* (2020).

Merece destaque, no mesmo contexto, a compreensão de Antonella Galindo (2020) que identifica o processo penal de exceção como uma manifestação do chamado "populismo jurídico". A autora utiliza essa expressão para descrever a manipulação do sistema processual penal por agentes estatais – como juízes, promotores, policiais e outros operadores da justiça penal – que, vinculados à lógica de repressão, recorrem a práticas jurídicas estratégicas para legitimar medidas excepcionais sob o pretexto de combate ao crime, à corrupção ou à neutralização de figuras socialmente estigmatizadas. Esses estigmas podem estar atrelados a questões ideológicas, raciais, políticas, sociais ou econômicas, conforme os interesses do poder dominante. Galindo também destaca a estreita relação entre essas práticas de populismo jurídico e os meios de comunicação tradicionais, em face do ecossistema de desinformações, essencial para a consolidação das estratégias de manipulação processual, pela cobertura midiática manipuladora, que reforça narrativas previamente construídas com relação aos fatos, prejudicando a imparcialidade e comprometendo a busca pela verdade real no processo penal.

Outra designação importante para o processo penal de exceção vem de Barros (2020), que o caracteriza como expressão do que denomina de "neofascismo processual". Para ele, "o processo penal que antes servira à própria consolidação do estado democrático de direito, passa, então, a viabilizar a edificação de um fascismo processual" (Barros, 2020, p. 215). Nesse cenário, o modelo processual representa grave retrocesso aos avanços históricos e sociais que marcaram a consolidação dos direitos e garantias

fundamentais no constitucionalismo ocidental. Segundo o autor, o processo penal, ao ser instrumentalizado de forma abusiva, converte-se em mecanismo de repressão política, subvertendo a legalidade e abrindo espaço para práticas autoritárias que ameaçam a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Malan (2006) complementa essa análise ao evidenciar que uma das principais características do processo penal de exceção é a ausência de imparcialidade cognitiva por parte do julgador. Isso constrói um modelo no qual o método inquisitorial é substituído pela avaliação subjetiva da pessoa processada, baseada em sua categorização como "amiga" ou "inimiga", distinção que se manifesta não apenas nos atos praticados, mas também no comportamento do acusado durante o processo e repercute nos autos do processo, desdobrando-se e condicionando a decisão do magistrado. Para o autor, essas medidas são parte de uma política criminal populista e imediatista, cujo objetivo é a contenção de indivíduos considerados socialmente perigosos, no caso do *lawfare*, os "inimigos" são, em geral, políticos progressistas, cuja imagem passa a ser apagada ou enfraquecida pela mídia – no conjunto, notícias policiais, decisões judiciais e intensa divulgação midiática formam um combo coordenado de ações reais e simbólicas, em simbiose, que projeta uma imagem pública de eficiência estatal, de que "a lei é para todos", sem, todavia, produzir efeitos concretos na redução da criminalidade.

A relação entre o processo penal de exceção e o *lawfare* revela a confluência estratégica na qual o sistema de justiça é instrumentalizado para fins políticos, promovendo a perseguição e a deslegitimação dos opositores, tudo amplamente potencializado pela grande mídia. Nesse cenário, o processo penal de exceção se apresenta como elemento essencial para o exercício do *lawfare*, utilizando a suspensão de garantias jurídicas fundamentais e a flexibilização de normas processuais sob a justificativa de proteção da ordem pública. Essa manipulação consolida o uso do direito penal como ferramenta de controle e neutralização política, comprometendo pilares do Estado Democrático de Direito e evidenciando o caráter político de decisões judiciais que, sob a falsa aparência de legalidade, legitimam perseguições e injustiças – é, pois, o uso estratégico da jurisdição como arma de combate político.

4 O Caso Lula e a configuração do Lawfare no sistema jurídico brasileiro

Conforme dito anteriormente, no caso do então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no âmbito da Operação Lava Jato, em 2019, foi lançada a obra Lawfare: uma introdução, escrita e organizada por coautores e advogados, os mesmos que faziam a defesa judicial do réu nesse processo, como um grito de agonia. Em paralelo às dificuldades da defesa, visto que o juiz não acatava as provas da inocência tampouco os representantes da acusação conseguiam apresentar as provas da autoria, os defensores passaram a compreender que algo externo controlava esse processo e isso lhes era inédito. Resolveram abrir uma segunda linha de defesa, que foi investigar, nos EUA, o que significava esse termo *lawfare*, até compreenderem que não enfrentavam um processo judicial comum, mas um esquema de violações de garantias processuais e do uso do sistema de justiça para fins de perseguição política. A partir daí, no ano de 2019, as revelações da chamada Vaza Jato e o estudo profundo do *lawfare*, começaram a reverter as acusações e a desmascarar as intenções contidas naquele caso paradigmático e suas implicações nocivas sobre o Estado Democrático de Direito – como asseveraram Martins *et al* (2019, p. 124), "o cerco judicial imposto ao ex-presidente Lula no âmbito do que se chamou 'Operação Lava Jato' é um dos mais claros exemplos atuais da prática do *lawfare* para fins políticos, geopolíticos e comerciais. Diversos fatores nos levam a essa conclusão".

Incialmente, os autores apontam o fato de as ações contra Lula terem sido conduzidas pela 13ª. Vara Federal Criminal da Justiça Federal em Curitiba, sublinhando a incompetência do então juiz Sergio Moro para julgar os casos, pelo foro e em razão da matéria, posto não haver qualquer fato ocorrido em Curitiba nas acusações formuladas pela Lava Jato do Paraná contra Lula. Observa-se, de antemão, uma manipulação que desconsidera o princípio do juiz natural, afetando a garantia de julgamento justo e isento, por autoridade competente, conforme previsto na Constituição artigo 5º, inciso LIII, assim como o artigo 69, I, do Código de Processo Penal.

> A despeito de tudo, Moro aceitou ser escolhido para presidir as ações penais e para decidir medidas cautelares requeridas pela Lava Jato de Curitiba contra Lula. E foi além: atuou intensamente para preservar essa indevida competência por meio de defesas escritas, medidas manifestamente ilegais [...] (Martins *et al*, 2019, p. 127).

Outro fato destacado por Martins e coautores foi a condução coercitiva de Lula para prestar depoimento em 04 de marco de 2016,

episódio amplamente acompanhado e potencializado pela mídia, no claro objetivo de criar falsa narrativa de culpa. Observa-se que essa situação dialoga estreitamente como o conceito de "populismo jurídico" de Galindo (2020), quanto à atuação da mídia para a consolidação das estratégias de manipulação processual, o que reforçam as narrativas previamente construídas aos fatos, prejudicando o princípio da imparcialidade e comprometendo a busca pela verdade real no processo penal. No contexto de espetacularização midiática, destacam também a convocação e a realização de uma entrevista coletiva pelos Procuradores da República da Lava Jato, notadamente Deltan Dallagnol[6], com apresentação em *PowerPoint*, no jornal televisivo mais importante do Brasil, o Jornal Nacional[7], em 14 de setembro de 2016, data em que foi protocolizada a primeira denúncia contra o ex-presidente na Justiça Federal de Curitiba – o *slide* continha diversas setas unidirecionadas para o nome Lula, no centro, expressamente mencionado como o "comandante máximo" de uma organização criminosa, embora tenha dito o Procurador, nessa ocasião, que não ainda conseguira arregimentar provas, mas tinha absoluta "convicção".

Entende-se que, tanto a exposição midiática da condução coercitiva, quanto a forma de exibição pública das acusações na coletiva de imprensa, violaram o princípio da presunção de inocência. O direito trabalha com provas e não com convicções. Nesse sentido, afirmam os autores "tal exibição pública foi incompatível com a garantia constitucional da presunção de inocência, que somente pode ser afastada no Brasil se houver uma decisão condenatória contra a qual não caiba qualquer recurso" Continuaram os defensores de Lula "[...] aquele espetáculo midiático conduzido por Deltan Dallagnol e por outros procuradores da República com o auxílio de um

6 Deltan Dallagnol pediu exoneração do cargo de procurador da República para se candidatar a deputado federal pelo Paraná nas eleições de 2022. Foi eleito como o deputado mais votado do estado, contudo teve seu mandato cassado pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em maio de 2023, por fraude à Lei da Ficha Limpa. A decisão baseou-se na antecipação de sua exoneração do Ministério Público Federal enquanto respondia a 15 procedimentos administrativos no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), caracterizando tentativa de evitar possíveis sanções disciplinares e inelegibilidade.

7 A jornalista Eliara Santana, em sua obra *Jornal Nacional, um ator político em cena* (2022), tese de doutorado em Linguística, procedeu à análise crítica da atuação do Jornal Nacional, da Rede Globo, na construção de narrativas políticas no Brasil, no período que compreendeu do *impeachment* de Dilma Rousseff à eleição de Jair Bolsonaro. Santana argumenta que o Jornal Nacional atuou como agente político, influenciando a opinião pública por meio de escolhas editoriais que favoreceram determinadas agendas políticas e utilizando elementos visuais e simbólicos, associados à corrupção, para reforçar determinadas percepções na opinião pública. Essas estratégias, segundo Santana, contribuíram para a construção de uma narrativa que deslegitimou o PT e seus aliados, ao tempo em que legitimou a candidatura de Bolsonaro e sua eleição.

PowerPoint jamais poderia ter ocorrido. Mas ele era importante para o *lawfare* contra Lula". Nesses termos, o objetivo do espetáculo foi "aniquilar, à partida, a presunção de inocência assegurada pela Constituição Federal brasileira" (Martins et al, 2019, p. 128-129).

Outro grave argumento dos doutrinadores mencionados foi a não aceitação pelo juiz Sérgio Moro, ao longo dos processos, das contraprovas produzidas pela defesa e, em sentido inverso, a não apresentação, pela acusação, de qualquer prova de culpa contra Lula. Essa circunstância fere dois princípios de extrema relevância, quais sejam, no primeiro caso, o princípio do contraditório e da ampla defesa, e, no segundo, o princípio do ônus da prova que compete a quem alega o fato delituoso. De igual modo, os autores mencionam que o ex-juiz Sergio Moro, além de impedir o ingresso nos autos de qualquer prova que pudesse favorecer as teses defensivas de Lula, atalhou e evitou, nos autos, a realização de qualquer prova pericial (técnica) – registre-se que esse duplo movimento de obstaculização desrespeita flagrantemente o princípio da paridade das armas (Martins et al, 2019, p. 128-129).

O resultado concreto da persecução deixava clara a existência de uma decisão tomada *a priori* pelos agentes do sistema de justiça: conduzir o processo de modo a prender Lula e impedi-lo de concorrer nas eleições presidenciais de 2018. Nesse sentido, a condenação e a prisão de Lula estão ligadas, de um lado, a fatores políticos internos, visto terem viabilizado a ascensão e a eleição de um projeto político que poderia não conseguir se efetivar em cenário diverso. Nessa conjuntura, o principal responsável pela condenação e prisão de Lula, o ex-juiz Sérgio Moro, hoje Senador pelo Estado do Paraná[8], tornou-se relevante ator nesse extravagante cenário político, violando, portanto, o princípio da imparcialidade. Os autores ainda sublinham que "o uso perverso de tais processos e das leis contra Lula viabilizou resultados políticos e geopolíticos que não seriam alcançados pelas vias tradicionais", podendo ser este caso considerado "um dos maiores exemplos de *lawfare* na atualidade" (Martins *et al*, 2019, p. 130).

8 Após sair da Operação Lava Jato, Sergio Moro deixou a magistratura em 2019 para assumir o cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública no governo Bolsonaro. Sua nomeação gerou críticas, principalmente em razão de sua atuação na condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que, em decorrência da decisão judicial, ficou impedido de concorrer às eleições de 2018. Em 2020, Moro pediu exoneração do Ministério da Justiça, alegando interferências políticas, e passou a atuar na consultoria norte-americana Alvarez & Marsal, no setor de disputas e investigações. No ano seguinte, filiou-se ao partido Podemos e anunciou sua pré-candidatura à presidência da República, projeto que não prosperou. Posteriormente, migrou para o União Brasil, visando disputar uma vaga no Senado Federal. Nas eleições de 2022, Sergio Moro foi eleito senador pelo estado do Paraná, cargo que exerce atualmente.

Todas as situações que caracterizaram um processo penal de exceção, com flagrantes violações a princípios e garantias jurídicas processuais, foram apresentadas em "comunicado individual" ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), em julho de 2016, no que foi configurado como o primeiro comunicado individual realizado àquela Corte Internacional por um cidadão brasileiro. O iter processual aqui descrito pela visão da defesa do então ex-presidente Lula foi inteiramente corroborado pelo Supremo Tribunal Federal, ante a desmoralização da Operação Lava Jato, depois que um *hacker* entregou para parte da imprensa nacional e internacional áudios da rede social *Telegram* trocados entre os Procuradores da República e o ex-juiz Sérgio Moro e confirmados como verdadeiros pela Polícia Federal, revelando o conluio entre o magistrado e os membros do Ministério Público, a partir de uma colaboração indevida que agia no sentido de direcionar investigações, influenciar estratégias processuais e até mesmo interferir em decisões judiciais do próprio Supremo Tribunal. Isso decorreu de um procedimento apelidado pela mídia de Vaza Jato, alusão jocosa ao nome da operação, por meio de uma série de reportagens investigativas publicada a partir de 09 de junho de 2019 pelo portal *The Intercept Brasil*, em parceria com *Folha de S. Paulo, El País, Revista Veja e BandNews FM*.

Conforme analisam os autores, o processo de *lawfare* era evidente e tão determinado a aniquilar politicamente Lula que até mesmo uma medida liminar (*interim measure*) concedida pelo Comitê da ONU em 17 de agosto de 2018 para assegurar a participação de Lula nas eleições de 2018, até que houvesse um "processo justo", foi desprezada pelo Estado Brasileiro, desconsiderado por completo, pois, o princípio do devido processo legal. O Comitê da ONU, formado por especialistas independentes que fiscalizam o cumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e seus protocolos, tratado internacional assinado e ratificado pelo Brasil, concluiu que Lula da Silva sofreu violações em suas garantias processuais, além de outros direitos humanos no âmbito da Operação Lava Jato a partir de cinco os pontos avaliados pela comissão: (i) Artigo 9, direito à liberdade; (ii) Artigo 17, proteção da privacidade; (iii) Artigo 14, julgamento justo perante um tribunal imparcial e independente; (iv) Artigo 14, presunção de inocência; (v) Artigo 25, garante direitos políticos.

Nesses termos, o Comitê considerou que as "violações processuais" da Lava Jato tornaram "arbitrária a proibição a Lula de concorrer à Presidência" violando seus direitos políticos, incluindo o de se candidatar, visto estar impedido de participar das eleições presidenciáveis de 2018, sem sentença pertinente prolatada previamente. Sobre o mandado de condução coercitiva

contra Lula, emitido por Moro em 2016, na 24ª fase da Lava Jato, para que o ex-presidente fosse levado por policiais a depor na Polícia Federal, que acabaram levando-o a depor numa sala no aeroporto de Congonhas SP, sem que ninguém soubesse onde estava, o Comitê da ONU entendeu que a medida "violou o direito de Lula a sua liberdade pessoal". Com relação às gravações de conversas telefônicas do ex-presidente (a PF grampeou conversas telefônicas entre Lula e a então presidente do Brasil Dilma Rousseff) e sua posterior divulgação, autorizadas por Moro, "violaram o direito à privacidade" do indiciado. Ainda, para o Comitê, a conduta e outros atos públicos de Moro "violaram o direito de Lula a ser julgado por um tribunal imparcial; e que as ações e declarações públicas do ex-juiz Moro e dos procuradores violaram o direito de Lula à presunção de inocência."

Acima de tudo, o basilar princípio do devido processo legal – que assegura a observância legal de todos os atos processuais e das garantias constitucionais em qualquer processo penal – é a garantia jurídica penal máxima violada no processo penal de exceção gerido pelo *lawfare*, vez que corrompe os procedimentos fundamentais do processo jurídico justo no Estado Democrático de Direito. Como restou fartamente provado, primeiro por meio das matérias jornalísticas da agência de notícias *The Intercept Brasil*, depois pelas decisões do Supremo Tribunal Federal e, por último, pelo mencionado relatório independente do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), no Caso Lula, todo processo foi manipulado e maculado de intenções estranhas e externas ao direito e ao sistema de justiça brasileiro.

Cabe finalizar mencionando as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em 15 de abril de 2021, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba para julgar as ações penais da Operação Lava Jato contra Lula, afirmando que os casos não tinham conexão direta com os desvios da Petrobras, critério utilizado para justificar atrair para a jurisdição de Curitiba. Assim, o STF determinou a transferência dos processos para a Seção Judiciária do Distrito Federal, pertencente ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1). Em 23 de junho de 2021, avançando nas revisões dos processos da Lava Jato, o STF declarou a parcialidade do ex-juiz Sergio Moro no julgamento do caso do tríplex do Guarujá alegando que Moro agiu de maneira parcial, violando os princípios da imparcialidade exigidos a um magistrado. Essa decisão reforçou os questionamentos sobre a condução dos processos pela Lava Jato, com críticas sobre a legalidade de suas práticas, nesse sentido, ao

declarar a parcialidade do ex-juiz, o STF reconheceu a instrumentalização do sistema de justiça para fins políticos.

Observa-se, portanto, que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) demonstraram, de forma contundente e irreversível, a utilização estratégica do direito como arma para perseguição política. Essa prática consistiu na instrumentalização de processos penais de exceção para violar garantias jurídicas que deveriam limitar e balizar o poder punitivo do Estado. Tais decisões confirmam as alegações da defesa de Lula e as conclusões do relatório do Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), que apontaram a Operação Lava Jato como um esforço deliberado para aniquilar politicamente o ex-presidente Lula. Para isso, agentes estatais do Poder Judiciário, em conluio ilegal, implementaram um processo penal de exceção, ancorado no modelo do direito penal do inimigo, resultando em graves violações de princípios fundamentais, como o devido processo legal, o juiz natural, a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa, o ônus da prova e a paridade de armas. Além dessas garantias processuais, foram infringidos também direitos individuais como a liberdade, a privacidade e direitos políticos, evidenciando um desvio das funções do Judiciário para fins políticos, em nítido desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

5 Conclusão

O presente artigo examinou criticamente os fenômenos da judicialização da política e da politização do sistema de justiça no Brasil contemporâneo, destacando suas implicações para o Estado Democrático de Direito. A análise revelou que, enquanto a judicialização pode ser entendida como resposta institucional à omissão dos poderes Legislativo e Executivo na efetivação de direitos fundamentais, a politização do judiciário representa a distorção dessa função, caracterizando-se pelo uso estratégico do direito como instrumento de intervenção de agentes do Poder Judiciário na política.

O caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no contexto da Operação Lava Jato, exemplifica de forma paradigmática essa instrumentalização do sistema de justiça, em processo chamado *lawfare*. Esse *leading case* contém irregularidades processuais, como a condução coercitiva sem prévia intimação, a divulgação seletiva de interceptações telefônicas, a recusa em admitir provas favoráveis à defesa, a não-produção das provas da acusação entre outros desvios. Tais práticas violaram princípios

constitucionais fundamentais, como o devido processo legal, a presunção de inocência e a imparcialidade do julgador, entre outros.

Essas alegações foram posteriormente corroboradas por decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). Em março de 2021, a Segunda Turma do STF reconheceu a parcialidade do então juiz Sergio Moro na condução do processo do tríplex do Guarujá, anulando todas as decisões por ele proferidas nesse caso, e, posteriormente, em junho do mesmo ano, o plenário da Suprema Corte confirmou essa decisão, consolidando o entendimento de que houve motivação política na atuação do magistrado. Além disso, o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) concluiu que Lula teve seus direitos violados durante o processo, incluindo o direito à liberdade, à privacidade, a um julgamento justo e imparcial, à presunção de inocência e aos direitos políticos. O Comitê destacou que as violações processuais tornaram arbitrária a proibição de sua candidatura nas eleições de 2018, comprometendo a integridade do processo democrático.

Esses eventos evidenciam a gravidade do *lawfare* como ameaça ao Estado de Direito, ao mostrarem a manipulação do sistema judicial por agentes do sistema de justiça para fins políticos, corroendo a confiança nas instituições e comprometendo a legitimidade democrática. A atuação parcial de agentes do sistema de justiça, aliada à espetacularização midiática e à pressão da opinião pública, contribuiu para a construção de narrativas que deslegitimaram adversários políticos sob o manto da legalidade aparente. Há aí claro confronto entre normas principiológicas e legais ante a condução distorcida e interessado do processo judicial criminal. É o confronto exposto no título, do judicial contra o jurídico.

Diante desse cenário, é imperativo reafirmar o compromisso com os princípios constitucionais que garantem a imparcialidade, a independência e a legalidade no funcionamento do sistema de justiça. A defesa intransigente desses valores é essencial para prevenir a repetição de práticas que subvertem a ordem democrática e para assegurar que o direito não seja utilizado como arma de perseguição política, mas como instrumento de promoção da justiça e da cidadania. Em suma, a análise do caso aqui tratado revela a necessidade de vigilância constante sobre o funcionamento das instituições judiciais, a fim de preservar os fundamentos do Estado Democrático de Direito e evitar que o sistema de justiça seja cooptado por interesses políticos ou ideológicos.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAGÃO, Eugênio. Ministério Público no Lawfare: A arquitetura institucional em crise? *In*: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer, *et al* (org.). **Lawfare: o calvário da democracia brasileira**. Andradina: Meraki, 2020.

BARROS, CARLA MARIA FERNANDES BRITO. A Presunção de culpa como expressão do neofascismo processual brasileiro fundado no Lawfare. *In*: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer, *et al* (org.). **Lawfare: o calvário da democracia brasileira**. Andradina: Meraki, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **(SYN)THESIS**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/synthesis/article/view/7433. Acesso em: 19 maio 2025.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. *In:* BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

CARLSON, John; YEOMANS, Neville. Whither Goeth the Law: Humanity or Barbarity. *In:* SMITH, Margareth; CROSSLEY, David. **The way out: Radical alternatives in Australia**. Melbourne: Lansdowne Press, 1975. Disponível em: http://www.laceweb.org.au/whi.htm. Acesso em 04 de maio de 2025.

COMAROFF, Jean; COMAROFF, John. **Law and disorder in postcolony**. Social Anthropology/Anthropologie Sociale, v. 15, p. 133-152, jun. 2007. Disponível em: https://www.berghahnjournals.com/view/journals/saas/15/2/saas.15.issue-2.xml. Acesso em: 10 abr. 2025.

COMAROFF, John. Colonialism, Culture, and the Law: A Foreword. **Law & Social Inquiry**, vol. 26, p. 305-314, 2001. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/journals/law-and-social-inquiry/article/abs/

colonialism-culture-and-the-law-a-foreword/127843DF67C63ADF9098CD2AFC8F34B4. Acesso em: 10 maio 2025.

DUNLAP JR., Charles J. **Law and Military Interventions:** Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts. Working Paper, Cambridge (Mass.), Harvard University, John F. Kennedy School of Government, 2001.

FARIA JÚNIOR. César de. **O Processo Penal do Inimigo, os Direitos e Garantias Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/10711/1/Faria%20J%C3%BAnior.pdf. Acesso em: 18 mar. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GALINDO, B. Espetacularização do Processo Penal, Perversões da Justiça, Lawfare e Populismo Jurídico: "ainda somos os mesmos". *In*: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer, *et al* (org.). **Lawfare: o calvário da democracia brasileira**. Andradina: Meraki, 2020.

GLOPPEN, Siri. **Conceptualizing Lawfare:** A Typology & Theoretical Framwork**.** [*S.l.: s.n.*] Disponível em: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framwork. Acesso em: 06 abr. de 2025.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover, WATANABE, Kazuo, **O Controle Jurisdicional de Políticas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Organização e introdução de Luiz Moreira; Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

KITTRIE, Orde F. **Lawfare:** law as a weapon of war. New York: Oxford University Press, 2016 Disponível em: https://www.academia.edu/44225126/Lawfare_Law_as_a_Weapon_of_War_By_Orde_F_Kittrie_Oxford_University_Press_New_York_2016_xvii_481_pp_

HB_19_99. Acesso em: 03 mar. 2025.

LIANG, Qiao; XIANGSUI, Wang. **Unrestricted Warfare**. Beijing: PLA Literature and Arts Publishing House, 1999.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALAN, Diogo. Processo Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 59, p. 223-259, mar./abr. 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Diogo-Malan/publication/341000847_Processo_penal_do_inimigo/links/5ea94bfda6fdcc7050978fff/Processo-penal-do-inimigo.pdf. Acesso em: 10 abr. 2025.

MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MATOS, Erica do Amaral. Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 161, ano 27, p. 227-248. São Paulo: Ed. RT, novembro 2019. Disponível em: https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/53/472. Acesso em: 05 abr. 2025.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ONU. Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. **Human Rights Committee. Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2841/2016.** Disponível em: https://static.poder360.com.br/2022/04/ONU-Moro.pdf. Acesso em: 15 maio 2025.

RAMINA, Larissa. **Lawfare e América Latina**: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida. Curitiba: Íthala/GRD, 2022.

SANTANA, Eliara. **Jornal Nacional, um ator político em cena** - Do impeachment de Dilma Rousseff à eleição de Jair Bolsonaro: as bases da construção da narrativa jornalística que legitimou processos políticos na recente história brasileira. Andradina: Meraki, 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente.** 8. ed. Perdizes-SP: Cortez, 2017.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e

possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869. Acesso em: 19 maio 2013.

SCHMITT, Carl. **Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität**. 2. ed. München: Duncker & Humblot, 1922.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; BONFIM, Anderson Medeiros. Autoritarismo Líquido, Hipernomia e Exceção. *In*: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer, *et al* (org.). **Lawfare: o calvário da democracia brasileira**. Andradina: Meraki, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Apropriação moral e política do direito degrada o Estado de Direito. *In*: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer, *et al* (org.). **Lawfare: o calvário da democracia brasileira**. Andradina: Meraki, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 7. ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2023.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 4. ed. São Paulo: Tirant Brasil, 2019.

TIEFENBRUN, Susan W. Semiotic Definition of Lawfare. *In:* **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 43, issue 1, 2010. Disponível em: https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1142&context=jil. Acesso em: 22 abr. 2025.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

Capítulo 14

AS PLATAFORMAS DIGITAIS E O COLONIALISMO DE DADOS COMO INSTRUMENTOS DE FRAGILIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

Álvaro Luiz Poglia[1]

1 Introdução

O objeto do artigo pretende demonstrar o antagonismo da relação entre Democracia, proteção de dados, direito à privacidade e informação, e a atuação das plataformas digitais globais, as *Big Techs* que, com suas práticas extrativistas de dados, estabelecem uma nova configuração de exploração, denominada colonialismo de dados, concebido para fornecer matéria-prima para o combustível dos algoritmos que integram os sistemas de Inteligência Artificial.

São três os objetivos buscados: demonstrar que o modelo exercido pelas plataformas *Big Techs,* de exploração colonialista que monopoliza o fluxo, o armazenamento e o tratamento de dados para desenvolver sistemas algoritmos utilizados pela Inteligência Artificial, debilita a ordem democrática ao fragmentar o tecido social em bolhas de interesse e modular artificiosamente vontade e intenção no sufrágio universal; vulnerabiliza o direito de privacidade ao vigiar e rastrear de forma permanente os seus usuários; e contribui para propagar a desinformação ao priorizar o engajamento e a monetização das plataformas, nem que para isso tenha que impulsionar discursos de ódio, a polêmica racista ou de gênero.

Com a ampliação do uso dessas novas ferramentas que utilizam sistemas de Inteligência Artificial compostos por algoritmos, a necessidade de apropriação massiva de dados pessoais se aprofundou de tal maneira que, ao invés de colonialismo de dados, já se vislumbra um verdadeiro feudalismo tecnológico, onde os usuários das redes, além de serem permanentemente rastreados, são os novos suseranos que lavram a terra das plataformas e entregam seu suor e força de trabalho ou lazer em forma de dados,

1 Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor da Escola de Direito da ATITUS EDUCAÇÃO. E-mail: alvaropoglia@gmail.com

convertendo-se em engrenagem, como se fossem o novo *Carlitos,* de *Tempos Modernos* (1936), obra-prima de *Charles Chaplin.*

A metodologia empregada é a indutiva, que utiliza a pesquisa teórica dos institutos, através de doutrina pertinente ao assunto. O artigo em comento está divido quanto à estrutura em: Título; Introdução; Desenvolvimento do conteúdo; Considerações finais e Referências bibliográficas.

Como resultados esperados, estão a demonstração da fragilidade das normas de proteção de dados dos usuários e seu direito à privacidade. Evidenciar que, sob o manto da liberdade de expressão, as liberdades comunicativas são livremente adulteradas e impulsionadas para gerar engajamento e monetização das plataformas, mesmo que haja disseminação de discursos de ódio, *cyberbullying* e propagação de notícias falsas, desvirtuando o direito à informação do cidadão que se retroalimenta no fluxo de informações que recebe das bolhas de suas redes sociais, customizadas pela programação e condicionamento algorítmico, as quais confirmam suas posições e deterioram a capacidade de gerar debate e reflexão.

Nesse contexto, as plataformas *Big Techs* reconfiguram a democracia, através de uma mediação arbitrária e modulação de comportamentos, com uma programação algorítmica que desfavorece o consenso e privilegia a polarização, criando uma verdadeira instabilidade democrática. Por fim, o artigo pretende propor algumas veredas nesse grande sertão digital.

2 Desenvolvimento

As tecnologias de informação e comunicação possuem uma natureza ambivalente, pois, ao mesmo tempo em que parecem lúdicas, apresentando uma realidade virtual desopilante que integra o cotidiano e facilita a vida das pessoas, trazem consigo redes digitais, protocolos e dispositivos que não são neutros. Esses elementos são programados para cumprir determinações de natureza política, econômica ou geoestratégica.

Atualmente, as grandes plataformas digitais se constituem nos principais artífices da tecnologia da informação e comunicação, oferecendo seus serviços com a generosidade de um cavalo de Troia. A benevolência dessas plataformas carrega embutida em seus algoritmos a capacidade de captação de todos os dados produzidos pelos usuários, para modular e influenciar seus comportamentos presentes e futuros. Isso implica o agrupamento e o perfilamento dos diversos tipos de pessoas e suas preferências, sejam elas econômicas, culturais ou ideológicas.

Com o avanço das tecnologias digitais, a sociedade de controle passou rapidamente à hegemonia do capitalismo informacional (Castells, 1999, p. 40), e deste ao chamado capitalismo de vigilância (Zufoff, 2020, p. 385), onde prepondera a captação universal e avassaladora de dados para alimentar os algoritmos da inteligência artificial. Dessa forma, chega-se rapidamente ao regime da informação, que explora justamente a comunicação, ao ponto de as celas de isolamento de outrora serem substituídas por redes de comunicação, enquanto a técnica digital da informação e da captação de dados transforma a comunicação em vigilância. Ou seja, a dominação ocorre no momento em que liberdade e vigilância coincidem (Han, 2021, p. 13).

Diante do caos gerado pela falta de regulamentação global do ambiente das redes e das plataformas digitais, bem como pelas consequências decorrentes da forma como atuam, emergem argumentos relevantes para uma intervenção do sistema jurídico supraestatal nesse mundo digital, visando à estabilidade das relações sociais e à salvaguarda da própria democracia e dos direitos fundamentais.

> Hoje, a ordem terrena está sendo substituída pela ordem digital. A ordem digital descoisifica o mundo ao informatizá-lo. Décadas atrás, o teórico da mídia Vilém Flusser observou: "As não-coisas estão atualmente invadindo nosso ambiente de todos os lados, e estão suplantando as coisas. Essas não-coisas são chamadas de informação" (Han, 2022, p. 9).

Com o avanço da internet e a virtualização da vida, revelam-se novas relações sociais entre seus integrantes e entre estes e as plataformas digitais. Por consequência, novos fatos emergem no mundo digital, indicando a necessidade de uma nova valoração jurídica por meio de um novo modelo normativo que contemple as mutações nas relações sociais ocorridas no ciberespaço.

A digitalização e a transformação digital da sociedade podem ser consideradas a terceira grande inovação tecnológica disruptiva do último milênio, ao lado da impressão tipográfica e da industrialização (Hoffmann-Riem, 2022, 12). Os contornos do direito digital aplicados às plataformas *big techs*, observados nesta quadra do século XXI, além de não refletirem a valoração transcendente dos fatos, estabelecem normas fragmentadas e, por vezes, de cogência territorial limitada, comprimidas nas fronteiras das soberanias dos Estados nacionais.

> Um problema antigo, mas cada vez mais determinante, é a influência de empresas poderosas, globais e monopolistas, especialmente sob a forma de intermediários de TI. Elas ameaçam o funcionamento dos mercados, influenciam e, em parte, manipulam o nosso comportamento

> e determinam em grande medida as regras pelas quais a economia digital funciona. São legisladores privados que ao mesmo tempo tentam impedir, ou se esquivar, tanto quanto possível, da regulamentação estatal (Hoffmann-Riem, 2022, 09).

Nesse processo, as tecnologias cibernéticas trouxeram profundas mudanças para a comunicação, que passou a ser digital e distribuída, reduzindo as barreiras para qualquer pessoa se tornar um falante ou emissor. No entanto, não asseguraram que essas vozes fossem ouvidas; ou seja, essa comunicação em redes digitais inverteu a importância dos fluxos de informação, uma vez que o difícil não é falar, mas ser ouvido (Silveira, 2019, p. 35).

O modelo de negócio estabelecido pelas plataformas digitais, além de incorporar formas específicas de poder, exerce o controle permanente sobre seus usuários, capturando seus dados para armazená-los e processá-los com a finalidade de extrair padrões. Nesse contexto, o usuário se torna consumidor ao adentrar nas plataformas digitais; matéria-prima, ao fornecer os dados; e poderá ter seu padrão extraído e leiloado para empresas de marketing interessadas no respectivo perfil.

De um colonialismo extrativista ocorrido nos séculos XV a XIX, emergiu, hodiernamente, uma nova configuração de exploração, por meio das novas tecnologias de informação e do impacto das grandes plataformas digitais, que, com seus interesses mercantis e de poder, se configuram como um colonialismo digital (Kwet, 2018). Este conceito refere-se ao uso da tecnologia digital para a dominação política, econômica e social de outra nação ou território, sendo o colonialismo de dados uma de suas espécies (Cassino, 2021, p. 26). Este último combina as práticas predatórias históricas da pilhagem executada pelo imperialismo europeu (Losurdo, 2020, p. 43) com a captura em massa de dados através de conexões informacionais. Nesse contexto, as pessoas, mesmo sem perceber, tornam-se parte dessa infraestrutura, fornecendo a matéria-prima utilizada para abastecer os sistemas de inteligência artificial e seus algoritmos.

Com as descobertas marítimas, especialmente a partir do século XV, e a expansão do domínio europeu na África e na América Latina, observou-se uma exploração desmedida não apenas dos recursos naturais, mas, sobretudo, dos seres humanos que habitavam essas regiões. Estes foram subjugados por meio da violência e da escravidão.

> Cabe a um povo de proprietários expressar o capitalismo nascente e seus conceitos de trabalho, propriedade privada e moeda, dos quais carecem os colonizados, que vivem em um estado de natureza cujas leis serão transgredidas. Nessa condição, as terras são baldias e os espaços

> estão vagos (vacuis locis), pois o "índio selvagem, que não conhece o cercamento", não as submete ao "trabalho humano" e à valorização que supostamente está no fundamento natural da propriedade (Alliez; Lazaratto, 2021, p. 63).

Segundo Zaffaroni (2023, p. 31), o conceito de colonialismo evoca a figura do campesino cultivador e remete à colonização realizada pelos puritanos do Mayflower. Contudo, existem distinções conceituais mais precisas entre "colonialismo", "regime colonial" e "imperialismo", que, por vezes, apontam o primeiro como uma variante do segundo, uma vez que este último pode ser exercido por condicionamento, sem necessariamente submeter governos locais.

> Sem a menor intenção de ignorar precisões estabelecidas para outros fins - e menos ainda de tentar um conceito universalmente válido -, apenas para o nosso propósito atual preferimos adotar um sentido muito amplo do termo "colonialismo", entendendo-o como a exploração desumanizadora de uma população estrangeira através da substituição ou controle do seu aparato governamental [tradução livre] [2] (Zaffaroni, 2023, p. 33).

Se, anteriormente, o colonialismo imperialista trouxe tragédias marcadas por assassinatos e escravidão, atualmente, na repetição cíclica da história, vislumbra-se a farsa (Marx, 2011, p. 25), repaginada como colonialismo digital, que incorpora uma violência sutil e disfarçada, produzindo uma submissão social enredada e gamificada (Faustino, 2023, p. 15).

Esse método utilizado pelas plataformas digitais formata sujeitos submetidos à servidão maquínica e aos sistemas algorítmicos das grandes plataformas, que atuam como novos senhores de escravos digitais. Assim, é criado um pungente retrato gourmetizado e atualizado da exploração e apropriação de recursos, além da mão de obra escrava que perdurou por séculos nas novas colônias americanas e africanas.

> Com a conquista das sociedades e culturas que habitam o que hoje é visto como América Latina, iniciou-se a formação de uma ordem mundial que culmina, 500 anos depois, em um Poder global que articula todo o planeta. [...] Embora por vezes moderada diante das revoltas dos dominados, isso não cessou desde então. Mas agora, durante a crise em curso, essa concentração está a ocorrer com um novo ímpeto, de uma forma talvez ainda mais violenta e numa escala global muito maior. Por

2 "Sin la menor intención de ignorar precisiones establecidas para otros fines - y menos aún de ensayar un concepto universalmente válido -, solo para nuestro propósito actual preferimos adoptar un sentido muy amplio del término "colonialismo", entendiéndolo como la explotación subhumanizante de una población extranjera mediante la sustitución o el control de su aparato de gobierno."

> outro lado, estabeleceu-se uma relação de dominação política, social e cultural direta dos continentes. Essa dominação é conhecida como colonialismo [tradução livre][3] (Quijano, 2019, p. 103).

Segundo os autores Couldry e Mejias (2019, p. 52), ao menos quatro fatores aproximam o velho sistema de exploração das colônias à nova configuração do colonialismo de dados: a apropriação de recursos; a amplificação de relações econômicas e sociais assimétricas para assegurar essa apropriação; a distribuição desproporcional dos recursos amealhados e dos respectivos valores obtidos; e a divulgação de narrativas que normalizam a exploração.

Outra condição de suma importância para a consolidação do regime de exploração neocolonial baseado na coleta de dados diz respeito à crescente alienação técnica (Simondon, 2007, p. 106), ou seja, à ignorância ativa sobre como funcionam as redes de criação, desenvolvimento e uso das tecnologias. A ausência de transparência no *design* técnico dos *softwares* e algoritmos demonstra a opacidade das criações, especialmente quando utilizados nas ferramentas de inteligência artificial.

Jose Van Dijck afirma que a alienação tecnológica em uma sociedade dataficada é reforçada pelo dataísmo, que significa a crença na quantificação e no rastreamento de todos os tipos de comportamento humano e sociabilidade pelas tecnologias das mídias online, além da reverência ao mito da imparcialidade e neutralidade dos agentes que coletam, interpretam e compartilham os dados. Essa crença é sustentada pela ideia de que as plataformas existem para melhorar a experiência dos usuários (Cassino; Souza; Silveira, 2021, p. 44).

Um dos grandes interesses das plataformas *Big Techs* em relação aos dados e informações de seus clientes reside na possibilidade de modular seu comportamento futuro. Isso é feito mediante a redução do campo de visão desses indivíduos ou segmentos, seja encurtando a realidade e singularizando as narrativas, seja classificando a clientela em bolhas de interesses. Essas práticas visam a objetivos econômicos, sociais, políticos ou geoestratégicos, uma vez que o *marketing*, em seus diversos segmentos, se encarrega de sua utilização, conforme a necessidade do trabalho contratado.

---

3 "Com la conquista de las sociedades y las culturas que habitan ló que hoy ES visto como América Latina, comenzó la formación de um ordem mundial que culmina, 500 años después, em um Poder global que articula todo el planeta. [...] Aunque moderado por momentos frente a las revueltas de los dominados, eso na há cesado desde entonces. Pero ahora, durante la crisis em curso, tal concentración se realiza com novo ímpetu, de um modo quizás aún más violento y a escala largamente mayor, global. Por outra parte, fue establecidauna relación de domiación directa, política, social y cultural de los continentes. Esa dominación se conoce como colonialism."

Tal procedimento começa com os sistemas de algoritmos filtrando e classificando palavras-chave das mensagens para detectar sentimentos e, assim, perfilar o usuário nas bolhas de seus interesses, demonstrados por meio de sua atividade na plataforma. Em seguida, essas informações são vendidas a agências de publicidade e *marketing* digitais.

> Para que o processo de modulação seja eficiente e eficaz, as plataformas precisam conhecer bem cada um que interage em seus espaços ou dispositivos. Por isso, a modulação é um reurso-procedimento do mercado de dados pessoais e um estágio na cadeia da microeconomia da interceptação de dados pessoais. A captura ou a colheita de dados é o primeiro passo. O armazenamento e a classificação desses dados devem ser seguidos pela análise e formação de perfis. Diversos bancos de dados podem ser agregados a um perfil pelas possibilidades trazidas pelo *Big Data*. Os sistemas algoritmos modelados como aprendizado de máquina devem acompanhar os clientes das plataformas em cada passo, reunindo informações precisas sobre os cliques dados, os links acessados, o tempo gasto em cada página aberta, os comentários apagados, entre outros (Silveira; Souza, Avelino, 2018, p. 28-39).

Logo, o procedimento padrão das plataformas digitais, após oferecer gratuitamente o acesso aos seus serviços, é identificar o usuário e constituir seu perfil, para, em seguida, realizar o acompanhamento constante e pervasivo de seu cotidiano. Isso possibilita a condução e modulação de seu comportamento e até mesmo de sua opinião.

Dentre os exemplos de modulação da opinião estão os mecanismos de busca, onde os algoritmos operam tanto organizando os resultados de uma pesquisa de acordo com o perfil do usuário quanto definindo a ordem dos resultados com base no interesse de quem comprou os chamados *links* patrocinados (Silveira, 2019, p. 37).

Com a ampliação do uso das novas tecnologias que utilizam sistemas de inteligência artificial compostos por algoritmos, a necessidade de apropriação massiva de dados pessoais se aprofundou de tal maneira que, ao invés de se falar apenas em colonialismo de dados, já se vislumbra um verdadeiro feudalismo tecnológico. Nesse novo cenário, os usuários das redes tornam-se os novos suseranos que lavram a terra das plataformas, entregando seu suor e sua força de trabalho ou lazer em forma de dados, convertendo-se em engrenagens que, lembrando Carlitos, do filme *Tempos Modernos*, de Charles Chaplin (1936).

> Com três décadas de retrospectiva, alguma verdade permanece sobre as intuições iniciais do consenso do Vale do Silício: a mutação que acompanha a ascensão das tecnologias da informação toca o fundamentos do modo de produção, desestabiliza seus princípios elementares. Mas

> onde um otimismo tecnocapitalista prometia uma mudança de imagem, o curso das coisas revela uma degeneração. A ascensão do digital perturba as relações competitivas em benefício de relações de dependência, o que perturba a mecânica de conjunto e tende a fazer prevalecer com que a depredação prevaleça sobre a produção, engendrando o que chamei de tecnofeudalismo [tradução livre][4] (Durand, 2021, p. 191).

Na antiguidade, a fonte clássica de poder era a propriedade de terras férteis e irrigadas. Posteriormente, além dessas terras, se o proprietário possuísse armas, estava formada a combinação concreta: terras e armas. Quem as detinha decidia quem fazia o quê com quem; quem exerceria o poder e quem teria que obedecer. Esse era o contexto do feudalismo (Varoufakis, 2024, p. 49).

> A transição do feudalismo para o capitalismo foi, em essência, uma mudança no poder de comando dos proprietários de terras para os proprietários de bens de capital. Para que isso acontecesse, os camponeses tiveram primeiro de perder o acesso autônomo às terras comunais. É por isso que, no Reino Unido, os cercamentos foram essenciais para o nascimento do capitalismo: negaram aos trabalhadores britânicos as oportunidades que os trabalhadores de Peel descobriram na Austrália Ocidental (Varoufakis, 2024, p. 51).

Posteriormente, com o capitalismo desbancando o feudalismo, a terra foi substituída pelo capital como fator de produção dominante, assim como o tecnofeudalismo deslocou o capitalismo devido ao capital na nuvem, uma mutação do capital (Varoufakis, 2024, p. 49). O capital na nuvem é definido como a acumulação de maquinário conectado em rede, software, algoritmos baseados em inteligência artificial e hardware de comunicação que se interligam globalmente, realizando uma ampla variedade de tarefas, como incitar milhões de pessoas a trabalharem gratuitamente para repor o estoque de capital na nuvem, seja ao subir fotos e vídeos no Instagram ou TikTok, seja ao comentar críticas de filmes, restaurantes ou livros (Varoufakis, 2024, p. 162).

Enquanto Zuboff e Durand veem as plataformas digitais como capitalistas monopolistas, operando como serviços públicos básicos que utilizam a nuvem para coletar dados dos usuários a fim de aumentar seu poder monopolizado, Varoufakis (2024, p. 171) complementa que o que

4 "Con tres décadas de retrospectiva, algo de cierto subsiste de las intuiciones iniciales del consenso de Silicon Valley: la mutación que acompaña el auge de las tecnologías de la información toca los fundamentos del modo de producción, desestabiliza sus principios elementales. Pero allí donde un optimismo tecnocapitalista prometía un cambio de imagen, el curso de las cosas revela una degeneración. El auge de lo digital perturba las relaciones competitivas en beneficio de relaciones de dependencia, cosa que desarregla la mecánica de conjunto y tiende a hacer prevalecer la depredación sobre la producción, engendrando lo que llamé el tecnofeudalismo."

está ocorrendo vai além da captação de dados para ampliar o poder de mercado. Com a vigilância baseada em nuvem, as dinâmicas tradicionais do capitalismo, que podem estar engasgando com a imensidão de dados, já não governam a economia, e as mudanças aceleradas da tecnologia acabam agindo como um vírus que ameaça matar seu hospedeiro.

O assenhoramento de dados pelas plataformas constitui uma nova espécie de apropriação, na qual as pessoas são coisificadas e passam a integrar as infraestruturas informacionais. A captura em massa de dados de quase todos os momentos, atos comissivos e omissivos dos usuários equipara-se à apropriação da vida, configurando um novo tipo de relação humana baseada em dados, além de ser o método central do negócio executado pelo oligopólio tecnológico do Vale do Silício (Cassino; Souza; Silveira, 2021, p. 27).

Esse modelo de negócio das plataformas digitais demanda uma extração colonialista de dados, opera com algoritmos inescrutáveis e monopoliza o fluxo da informação e a geração do conhecimento, além de decidir sobre a disponibilização de ambos. Isso vulnerabiliza o sistema dos direitos fundamentais e profana a ordem democrática ao fragmentar o tecido social em bolhas de interesse, modulando artificialmente a vontade e a intenção no sufrágio universal do cidadão.

A formatação dos processos que envolvem as tecnologias de comunicação e informação pelas *Big Bechs* é uma das principais responsáveis pela fragmentação do tecido social, por meio da coleta e mineração de dados através de sistemas algoritmos, que podem ser determinísticos, probabilísticos ou prescritivos, e funcionam como filtros informacionais, organizando e hierarquizando o que será visto e por quem o conteúdo publicado será visualizado.

O resultado desses filtros são bolhas que reúnem e interligam aqueles com o mesmo padrão e características, resultando no apagamento da existência do outro (Silveira, 2019, p. 20).

> A conexão digital total e a comunicação total não facilitam o encontro com o outro. Elas servem, antes, para passar direto pelo estranho e pelo outro e encontrar o igual e o de igual inclinação, e cuidam para que o nosso horizonte de experiência se torne cada vez mais estreito (Han, 2021, p. 10-11).

É inegável que a configuração da democracia foi profundamente alterada com o surgimento dessa nova mediação arbitrária introduzida na esfera pública pelas grandes plataformas. Desde a programação algorítmica, que desfavorece o consenso e privilegia a polarização, criando uma

verdadeira instabilidade democrática, até o condicionamento dos processos comunicativos, que são amplamente controlados pelas grandes companhias tecnológicas, com seus aplicativos, condicionando e controlando os processos democráticos e o impacto que estes podem ter sobre o estado de direito (Callejón, 2023, p. 43).

Nesse sentido, Ferrajoli estipula uma democracia constitucional consistente na garantia dos direitos fundamentais em um modelo quadridimensional de democracia, que contemple os direitos políticos e de mercado, como direitos-poderes, e os direitos de liberdade e direitos sociais, pertencentes à esfera do indecidível.

> [...] Com os princípios e direitos fundamentais estabelecidos, estipula-se também, como um solene "nunca mais" aos horrores do totalitarismo, o que chamei de esfera do indecidível: o que nenhuma maioria pode decidir, violando os direitos de liberdade, e o que nenhuma maioria não pode decidir, violando direitos sociais, tanto consagrados constitucionalmente [tradução livre][5] (Ferrajoli, 2014, p. 20).

São inúmeros os exemplos de direcionamento da opinião pública para alterar o poder político de países, especialmente os periféricos, por meio das plataformas das *Big Techs*. Entre os casos mais notórios, destaca-se o escândalo Facebook-Cambridge Analytica, relacionado à modulação da eleição americana de 2016 e ao Brexit (Véliz, 2024, p. 101); o auxílio do Twitter na onda de protestos no Irã em 2009, conforme *e-mail* interceptado de Jared Cohen, diretor do Google Ideas e ex-consultor de política internacional de Condoleezza Rice e Hillary Clinton, endereçado a Jack Dorsey, CEO do Twitter (Assange, 2015, p. 37); além da atuação do Facebook e Google durante a Primavera Árabe, com protestos e reuniões posteriores no Departamento de Estado Americano para escolha de sucessores (Assange, 2015, p. 38).

Outro exemplo fundamental para compreender o papel das plataformas nas campanhas políticas é a pesquisa intitulada *Examining Algorithmic Amplification of Political Content on Twitter*, coordenada por Rumman Chowdhury e Luca Belli e elaborada com base nas postagens do Twitter, atual X, em sete países. A conclusão foi que os algoritmos da plataforma distribuíam e impulsionavam mais conteúdos vinculados a bandeiras ideológicas de direita conservadora. Solicitado a se manifestar,

5 "Con los principios y derechos fundamentales establecidos por esta se estipula también, como solemne «nunca más» a los horrores de los totalitarismos, la que he llamado la esfera de lo no decidible: lo que ninguna mayoría puede decidir, violando los derechos de libertad, y lo queninguna mayoría puede no decidir, violando los derechos sociales, unos y otros constitucionalmente consagrados."

o Twitter respondeu que não possuía elementos para responder à consulta (Huszár; Ktena, O'brien; Belli; Schlaikjer; Hardt, 2021).

Da mesma forma, o escândalo conhecido como *The Facebook Files* – uma investigação do Wall Street Journal baseada em documentos internos do Facebook, vazados pela ex-colaboradora Frances Haugen e publicada pela primeira vez em meados de setembro de 2021 – trouxe à tona informações críticas sobre a atuação da empresa (Clayton, 2021).

> A tentação da política baseada na IA é evidente: é barata, limpa e supostamente pós-ideológica. O custo, no entanto, pode ser a própria democracia e, a menos que Siri ou Alexa passem a refletir sobre a política da memória e as formas de lidar com a injustiça histórica, não parece que vale a pena pagar esse preço para ter menos buracos nas ruas (Morozov, 2018, p. 143).

Ou seja, observa-se que essa estrutura de dados e seu tratamento algorítmico estão à disposição de quem possui recursos financeiros para pagar às plataformas, possibilitando o impulsionamento de postagens e sua inserção em um maior volume de *timelines*, ao mesmo tempo em que reduzem a chamada "distribuição orgânica" ou mesmo bloqueiam visualizações de mensagens, restringindo sua distribuição para os usuários da rede. Tudo isso ocorre em detrimento de outros competidores, desequilibrando, assim, as forças participantes de um processo democrático (Silveira; Souza; Avelino, 2018, p. 56).

Nesse aspecto, beneficiam-se logicamente aqueles que estão alinhados ao poder econômico das plataformas, defendendo seus interesses e contando com recursos financeiros e financiadores – em especial, grupos de extrema-direita que proliferam tanto nas praças digitais quanto em ambientes digitais privados, com narrativas histriônicas, recheadas de negacionismo, discursos de ódio e propostas neofascistas, seduzindo especialmente os cidadãos mais incautos.

> Sérgio Arce Garcia (2023, p. 91-97) aponta o estudo da Universidade de Oxford que detectou, em 2020, atividades de cyber-tropas em mais de 81 países, para apontar a utilização de "estudos algorítmicos de emoções associados a comunicação", visto que, a indústria de desinformação busca "principalmente provocar emoções nos usuários", em especial o ódio. Como destaca o autor, "as campanhas que se realizam, conhecendo a personalidade das pessoas através de seus perfis nas redes sociais, permitem elaborar campanhas individualizadas. Produzem mensagens que provoquem as principais emoções em função do que se queira provocar na pessoa, principalmente, confiança e ódio, determinando sua intensidade mediante algoritmo" (Moraes, 2024, p. 88).

Naturalmente, o avanço da digitalização desperta a necessidade de proteger os direitos fundamentais e o próprio constitucionalismo. É visível a destruição da percepção social compartilhada da realidade, provocada pelas plataformas digitais, que se tornam os novos mediadores da esfera pública (Callejón, 2023, p. 3).

Nesse prisma, nota-se que a propagação de desinformação obedece a uma lógica industrial, espalhando-se por pontos globais interligados a uma cadeia de comandos e remunerados para prestação de serviços. Embora seja verdade que as plataformas digitais não produzem conteúdo, também é correto afirmar que elas fornecem toda a infraestrutura para as milícias digitais, impulsionando os conteúdos mediante monetização, a qual é alcançada principalmente pelo engajamento – obtido por meio de técnicas obscuras de perfilização e da criação ou intensificação da previsibilidade de seus usuários.

> A Democracia está esvaziada de sentido em todos os níveis. As agendas políticas são restringidas em todo o lado, tanto por decretos externos (as exigências dos "mercados", o "novo constitucionalismo") como pela cooptação interna (o domínio dos lobbies empresariais, a externalização, a difusão da racionalidade neoliberal). Assuntos que antes eram considerados totalmente dependentes da acção política democrática, agora correspondem aos mercados [tradução livre][6] (Fraser, 2015, p. 180).

Visivelmente, a proteção eficiente dos direitos fundamentais depende de uma progressiva expansão supranacional do paradigma constitucional, de modo a contemplar também o ciberespaço e as relações sociais digitais, que devem ser incluídas na tutela constitucional. Isso requer um sistema normativo que estabeleça cogência uniforme, sem distinção das fronteiras dos Estados-Nações, limitando os poderes das plataformas digitais.

Por essa razão, o resgate da esfera pública, atualmente controlada pelas plataformas digitais, deve ser encarado como uma emergência global para a proteção da democracia e dos direitos fundamentais em tempos de digitalização da vida.

---

6 "Democracy is empty of meaning at all levels. Political agendas are restricted everywhere, both by external decrees (the demands of "markets", the "new constitutionalism") and by internal co-optation (the dominance of business lobbies, externalization, the spread of neoliberal rationality). Issues that were previously considered totally dependent on democratic political action now correspond to markets."

3 Considerações finais

Com o avanço das tecnologias digitais, a sociedade de vigilância evoluiu para uma sociedade de controle, onde, em vez de celas isoladas e vigilância constante, há comunicação instantânea e controle contínuo, numa espécie de Panóptico digital.

As plataformas digitais incorporam formas específicas de poder e podem conter certas propriedades políticas, uma vez que os algoritmos, além de performativos, estão programados para colher os frutos desejados não só por seus programadores, mas, em última análise, por aqueles que remuneram os donos dessas plataformas.

Nesse sentido, essas plataformas exercem controle permanente sobre seus usuários, capturando seus dados para armazená-los e processá-los com a finalidade de extrair padrões. O usuário atua como consumidor, ao adentrar nas plataformas digitais; como matéria-prima, ao fornecer dados; e pode ter seu perfil leiloado para empresas de marketing interessadas em seu respectivo perfil.

O processo de massificação na coleta de dados é denominado datificação, e qualquer atividade humana pode ser transformada em matéria-prima gratuita para as plataformas digitais, numa espécie de "mais-valia comportamental".

Essa captação massiva de dados possibilita às plataformas digitais modular os comportamentos futuros de seus usuários, seja pela redução do campo de escolhas individuais, seja pela singularização das narrativas e criação de bolhas de interesse, cujos perfis são leiloados para empresas com interesses econômicos, sociais, políticos ou geoestratégicos.

A sociedade informacional tornou-se refém de uma esfera pública controlada pelas plataformas digitais e operada por algoritmos que distribuem conteúdos e definem quais tipos de usuários os visualizarão, o que será visto e quando. Essa lógica pode inclusive alterar as condições de um debate público sobre política, hierarquizando, por exemplo, os resultados de busca.

Os aportes teóricos comprovam que o impulsionamento de notícias falsas, posições extremistas e teorias da conspiração faz parte do modelo de negócio gerado pelas plataformas digitais, uma vez que tais características geram engajamento, e o engajamento gera monetização, pois são mais compartilhados e os usuários da rede ligados a esses perfis permanecem mais tempo logados nos sistemas computacionais.

Verifica-se também que, normalmente, o ecossistema de produção e distribuição de desinformação atua nos processos eleitorais, tanto na extração de dados e perfilização, inclusive psicológica, para o envio de propaganda customizada, direta ou subliminar, a perfis previamente minerados, com o propósito de aumentar o engajamento e, consequentemente, a monetização. Além disso, ocorre a difusão de teorias da conspiração que questionam a verdade e os fatos notórios.

Essa dualidade de funções da desinformação compõe dois lados de uma mesma moeda e tem a mesma finalidade: questionar a higidez dos processos eleitorais e deslegitimar a própria democracia, o que aumenta o engajamento de posições antissistema e, consequentemente, a monetização. É a roda do moinho em funcionamento para mover toda a estrutura, arrecadar dados, lucros e poder.

A radicalização política, especialmente de grupos de extrema direita, anda de mãos dadas com o discurso de ódio, retroalimentando-se, uma vez que este é o combustível para o engajamento e o crescimento exponencial desses grupos.

Isso foi demonstrado por Zuboff, ao pesquisar o Facebook e constatar que cerca de 64% das associações a grupos extremistas nos últimos anos resultaram diretamente da utilização das ferramentas de recomendação dessa rede social. Como afirmou o escritor italiano Giuliano Da Empoli, que pela primeira vez a vulgaridade e os insultos não são tabus, enquanto os preconceitos e o racismo emergem e as mentiras e o conspiracionismo se tornam chaves para se interpretar a realidade.

Referências

ALLIEZ, Eric; LAZARATTO, Maurizio. **Guerras e Capital: a luta por um futuro humano na nova fronteira do Poder**. São Paulo: Ubu Editora, 2021.

ASSANGE, Julian. **Quando o Google encontrou o Wikileaks.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2015.

ASSANGE, Julian. Quando o Google encontrou o Wikileaks. São Paulo: Boitempo editorial, 2015. p. 37.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A constituição do algoritmo. Tradução Diego Fernandes Guimarães. Prefácio Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CASSINO, João Francisco; SOUZA, Joyce; SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Colonialismo de dados: como opera a trincheira algorítmica na guerra neoliberal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2021.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. 6ª Ed. V.1. Trad. Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHAPLIN, Charles. **Tempos Modernos**. Direção: Charles Chaplin, Produção: United Artists, 1936. Disponível em: https://www.charliechaplin.com/en/films/6-modern-times. Acesso em: 15 de janeiro de 2024.

CLAYTON, James. **Frances Haugen: a ex-funcionária que denunciou Facebook ao Senado dos EUA**. BBC News Brasil, 2021. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-58801259. Acesso em: 30 de novembro de 2022.

COULDRY, Nick; MEJIAS, Ulises A. **The Costs os Connection: How Data is Colonizing Human Life and Appropriating It for Capitalism**. Stanford: Stanford University Press, 2019.

DURAND, Cedric. **Tecnofeudalismo: Crítica de La economia digital**. 1ª edição.Tradução Victor Goldstein. Gipuzkoa: Kaxilda; Adrogué: La Cebra, 2021.

FAUSTINO, Deivison; LIPPOLD, Walter. **Colonialismo digital: por uma crítica hacker-fanoniana**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2023.

FERRAJOLI, Luigi. La democracia através de los derechos – El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

FRASER, Nancy. **Legitimation Crisis? On the Political Contradictions of Financialized Capitalism**. Critical Historical Studies, v. 2, p. 157-189, 2015. p. 180. Disponível em: https://api.semanticscholar.org/CorpusID:147222144. Acesso em: 03 de junho de 2024.

GARCIA, Sergio Arce. **Discursos y campanas de ódio em La era digital: su construcción e impacto social**. In: JIMÉNEZ, Virginia Martín (coord.). **El discurso de ódio como arma política – Del passado al presente**. Granada: Comares comunicación, 2023.

HAN, Byung-Chul. **A expulsão do outro – Sociedade, percepção e comunicação hoje**. Petrópolis: Editora Vozes, 2021.

HAN, Byung-chul. **Infocracia – Digitalização e a crise da democracia**. Tradução Gabriel S. Philipson. Petrópolis: Editora Vozes, 2021.

HAN, Byung-Chul. **Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida**. Tradução de Rafael Rodrigues Garcia. Petrópolis/RJ: Vozes, 2022.

HOFFMANN-RIEM, Wofgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o direito**. 2ª ed. Tradução Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

HUSZÁR, Ferenc; KTENA, Sofia Ira; O'BRIEN, Conor; BELLI, Luca; SCHLAIKJER, Andrew; HARDT, Moritz. Algorithmic amplification of politics on Twitter. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 119, n. 1, 21 dez. 2021. Disponível em: https://www.pnas.org/doi/full/10.1073/pnas.2025334119. Acesso em: 12 de dezembro de 2022.

KWET, Michael. **Digital Colonialism: US empire and the new imperialism in the Global South**. Kwet, Michael, Digital Colonialism: US Empire and the New Imperialism in the Global South (August 15, 2018). For final version, see: Race & Class Volume 60, No. 4 (April 2019); Disponível em: DOI: 10.1177/0306396818823172, Available at. SSRN: https://ssrn.com/abstract=3232297 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3232297. Acesso em: 13 de maio de 2023.

LOSURDO, Domenico. Colonialismo e luta anticolonial: desafios da revolução do século XXI. São Paulo: Boitempo Editorial, 2020.

MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. Boitempo Editorial: São Paulo, 2011.

MORAES, Alexandre de. **O Direito Eleitoral e o novo populismo digital extremista - Liberdade de escolha do eleitor e a promoção da Democracia**. Tese apresentada como requisito parcial para participação no concurso público de títulos e provas visando ao provimento de cargo de Professor Titular no Departamento de Direito de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2024.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política**. Traduzido por Claudia Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

QUIJANO, Aníbal. **Ensayos em torno a la colonialidad del Poder**. Buenos Aires: Editora Ediciones del Signo, 2019.

SILVEIRA, Sergio Amadeu. **Democracia e os códigos invisíveis: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas**.

2ª ed. São Paulo: Edições Sesc, 2019.

SILVEIRA, Sergio Amadeu da; SOUZA, Joyce; AVELINO, Rodolfo. **A Sociedade de Controle – Manipulação e modulação nas redes digitais**. São Paulo: Editora Hedra, 2018.

SIMONDON, Gilbert. **El modo de existência de lós objetos técnicos**. Buenos Aires: Prometeo, 2007.

VAROUFAKIS, Yanis. **Tecnofeudalismo – El sigiloso sucesor del capitalismo**. Tradutora Marta Valdivieso. Barcelona: Editorial Planeta, 2024.

VÉLIZ, Clarissa. **Privacidade é Poder: por que você deveria retomar o controle de seus dados.** 1ª edição. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Colonialismo y Derechos Humanos. 2ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Taurus, 2023.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Capítulo 15

DESAFIOS E AVANÇOS DO DIREITO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO: CAMINHOS PARA A JUSTIÇA E INCLUSÃO SOCIAL

Henrique Avelino Lana[1]

1 Introdução

O direito, enquanto sistema de normas e princípios que regulam as relações sociais, é um dos pilares fundamentais para o funcionamento de qualquer sociedade moderna. Sua importância vai além da mera regulação das interações humanas, uma vez que está intimamente ligado à construção de um Estado democrático de direito, no qual a justiça, a liberdade e a igualdade são valores inalienáveis. No contexto contemporâneo, o direito desempenha um papel essencial na promoção da cidadania, no fortalecimento das instituições democráticas e no desenvolvimento social e econômico. No Brasil, em particular, a Constituição Federal de 1988 consolidou uma série de direitos fundamentais que visam garantir a dignidade humana e a proteção do cidadão contra abusos do poder estatal, promovendo uma convivência harmônica e justa entre os indivíduos e entre estes e o Estado.

No entanto, à medida que a sociedade evolui, surgem novos desafios que exigem uma constante adaptação e expansão do direito. A era digital, por exemplo, trouxe consigo questões emergentes relacionadas à proteção de dados pessoais e à privacidade, com o desenvolvimento de tecnologias cada vez mais complexas. Além disso, a crescente conscientização sobre as desigualdades sociais, raciais e econômicas exige que o direito seja uma ferramenta dinâmica para a promoção da justiça social e da equidade. No Brasil, temas como a luta por igualdade de gênero, o enfrentamento da violência doméstica, a proteção ao meio ambiente e a garantia de direitos

1 Advogado, sócio do escritório MP&AL - Moreira do Patrocínio & Avelino Lana Advogados. Especialista, Mestre e Doutor em Direito. Pós-Doutorado em Direito Empresarial. Professor na PUC/MG e Centro Universitário FAMINAS / BH.

trabalhistas têm ganhado crescente relevância na agenda jurídica, refletindo as necessidades de uma sociedade em constante transformação.

Em um cenário de globalização e de intensas mudanças sociais, políticas e econômicas, o direito se torna ainda mais imprescindível para garantir a ordem social e o desenvolvimento sustentável. A Constituição de 1988, ao instituir um Estado democrático de direito, previu a integração de princípios que não apenas asseguram a liberdade individual, mas também promovem a justiça social, o pluralismo político e a proteção ambiental. Assim, a aplicação do direito no Brasil não se limita à resolução de disputas entre partes, mas deve ser entendida como um processo contínuo de adaptação às necessidades de uma sociedade que busca superar suas desigualdades e promover o bem-estar de todos os seus cidadãos.

Este artigo tem como objetivo refletir sobre a importância do direito para a sociedade moderna, destacando os desafios e as perspectivas que surgem no contexto do Brasil contemporâneo. Serão abordados temas atuais, como os direitos fundamentais, a proteção de dados pessoais, a justiça social e a sustentabilidade, que têm se mostrado essenciais para o fortalecimento do Estado democrático de direito e para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa, equilibrada e próspera. A análise proposta busca demonstrar como o direito, ao ser constantemente adaptado e atualizado, pode promover o progresso do Brasil e garantir que seus cidadãos vivam em um ambiente onde a justiça e a dignidade sejam plenamente respeitadas.

2 O Direito e o Estado Democrático de Direito: desafios e avanços no Brasil

O Estado democrático de direito é um princípio fundamental que configura a organização política e social do Brasil. Este modelo assegura que a legislação e as decisões jurídicas estejam subordinadas aos princípios constitucionais que garantem os direitos humanos, a liberdade, a igualdade, a justiça social e o bem-estar coletivo. A Constituição Federal de 1988 é a pedra angular que fundamenta o Estado democrático de direito no país, consolidando os direitos fundamentais como a garantia de uma sociedade livre e justa. No entanto, mesmo com um marco constitucional robusto, o Brasil enfrenta desafios significativos para assegurar que os direitos consagrados sejam plenamente respeitados e aplicados na prática.

A Constituição de 1988, ao incorporar os direitos individuais, sociais e coletivos, além de garantir os direitos ambientais e a participação popular, tornou-se um marco de esperança para a construção de um país mais justo e

igualitário. No entanto, os avanços jurídicos e institucionais do país não são suficientes para superar as dificuldades que a sociedade brasileira enfrenta, principalmente diante das desigualdades estruturais e das mudanças sociais, econômicas e tecnológicas constantes. A função do direito, portanto, não se limita a regulamentar e fiscalizar a sociedade, mas também se apresenta como um instrumento de transformação, capaz de promover a inclusão social, a justiça ambiental e a equidade.

O direito não deve ser visto apenas como um conjunto de normas que regem a convivência, mas como uma ferramenta essencial para a superação dos desafios contemporâneos, buscando soluções inovadoras para os novos problemas que surgem com a globalização, o avanço tecnológico e a constante reconfiguração dos processos econômicos e sociais. A luta pela efetividade dos direitos fundamentais é um processo contínuo, marcado por desafios antigos e novos, que exigem uma adaptação constante das instituições jurídicas, políticas públicas e da própria compreensão da justiça.

A efetivação dos direitos fundamentais é uma tarefa constante e desafiadora no Brasil. A Constituição de 1988 assegura uma série de direitos que visam promover a dignidade humana, como o direito à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho e à segurança. No entanto, a realidade brasileira é marcada por grandes desigualdades regionais e sociais que dificultam o pleno acesso da população a esses direitos. Por exemplo, a educação, embora seja um direito fundamental garantido pela Constituição, enfrenta uma série de problemas estruturais, como a falta de infraestrutura, a baixa qualidade do ensino e a escassez de professores qualificados em muitas regiões, principalmente no norte e nordeste do país. Isso compromete o direito à educação e limita as oportunidades de desenvolvimento para milhões de brasileiros, especialmente para as populações mais vulneráveis.

No campo da saúde, o Sistema Único de Saúde (SUS) é uma das maiores conquistas do país, permitindo acesso universal à saúde. No entanto, o SUS enfrenta sérios desafios relacionados à falta de recursos, à sobrecarga dos serviços públicos e à desigualdade no acesso aos serviços de saúde entre as regiões e classes sociais. A disparidade na qualidade do atendimento é particularmente evidente nas áreas mais remotas e nas comunidades mais pobres, onde o acesso a médicos, medicamentos e tratamentos especializados é limitado. Esses desafios expõem a fragilidade da efetivação do direito à saúde, um direito essencial para a dignidade humana, que, por sua vez, exige mais investimentos, gestão eficiente e políticas públicas adequadas.

Os direitos sociais e coletivos são outro aspecto crucial para o desenvolvimento do Estado democrático de direito no Brasil, pois buscam

garantir a justiça social e a inclusão de todos os cidadãos na vida política, econômica e cultural. Direitos como o direito ao trabalho, à moradia, à alimentação e à proteção social estão expressamente previstos na Constituição, mas sua efetiva implementação continua a ser um grande desafio.

Um dos maiores desafios no Brasil é a enorme desigualdade de renda, que resulta em um alto índice de pobreza e uma concentração de riqueza nas mãos de uma pequena parcela da população. Embora programas de transferência de renda, como o Bolsa Família, tenham desempenhado um papel crucial na redução da pobreza extrema, o país ainda enfrenta um abismo entre as classes sociais, com uma grande parte da população marginalizada e sem acesso a condições mínimas de bem-estar. A reforma agrária e o acesso à terra continuam sendo questões sensíveis, especialmente para comunidades indígenas, quilombolas e outros grupos em situação de vulnerabilidade. Apesar das garantias constitucionais, o conflito por terras e a falta de uma reforma agrária efetiva limitam o direito dessas comunidades à moradia e à subsistência digna.

A justiça trabalhista também enfrenta novos desafios, especialmente diante das transformações do mercado de trabalho. O crescimento da economia informal e das novas formas de trabalho, como o trabalho remoto e os contratos precários, desafia o modelo tradicional de proteção dos direitos dos trabalhadores. Embora o Brasil tenha um sistema trabalhista bastante avançado, com normas que garantem direitos como a jornada de trabalho limitada, o salário mínimo e as férias, o aumento do trabalho informal e a precarização das condições laborais tornam esses direitos menos acessíveis. Além disso, as mudanças nas relações de trabalho exigem uma revisão das leis trabalhistas para adaptar o sistema às novas realidades do mercado de trabalho moderno, como os desafios trazidos pela automação, pela inteligência artificial e pelo crescimento das plataformas digitais de trabalho.

Um dos maiores desafios contemporâneos para o direito é o impacto das novas tecnologias sobre a privacidade, a segurança e os direitos individuais. Com o crescimento das tecnologias digitais, o uso massivo de dados pessoais e a proliferação de plataformas digitais, surgem questões relacionadas à proteção da privacidade e à segurança dos dados. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), sancionada em 2018, representa um avanço importante na regulamentação da coleta, armazenamento e compartilhamento de dados pessoais no Brasil. No entanto, a implementação dessa lei ainda enfrenta desafios, especialmente no que diz respeito à conscientização da população e à capacidade de fiscalização dos órgãos competentes. A era digital impõe

novas questões jurídicas relacionadas à responsabilidade das plataformas digitais, aos direitos dos consumidores na internet e à proteção contra crimes virtuais, como o cibercrime e a manipulação de dados.

Outro desafio significativo é o direito ambiental, que ganhou uma relevância ainda maior diante das mudanças climáticas e da degradação ambiental global. O Brasil, sendo um dos países mais biodiversos do mundo e detentor da maior parte da Amazônia, enfrenta um dilema constante entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico. O direito ambiental no Brasil, com seu foco na proteção dos ecossistemas e na sustentabilidade, é essencial para o equilíbrio entre crescimento e preservação, mas ainda há muitos desafios na implementação dessas políticas. O desmatamento ilegal, a mineração em terras indígenas e o avanço da fronteira agrícola têm gerado conflitos entre os interesses econômicos e a preservação do meio ambiente. A aplicação efetiva da legislação ambiental exige não apenas a criação de normas, mas também a implementação de mecanismos eficazes de fiscalização, educação ambiental e engajamento das comunidades locais.

A justiça ambiental também envolve a questão da justiça intergeracional, que busca garantir que as gerações futuras possam usufruir de um ambiente equilibrado e saudável. O direito de todos os cidadãos ao acesso a um ambiente saudável e ao desenvolvimento sustentável é um direito constitucional que precisa ser reforçado e protegido.

Outro grande desafio do direito no Brasil é o acesso à justiça. Embora o direito ao acesso à justiça seja um direito fundamental garantido pela Constituição, a realidade é que muitos cidadãos ainda enfrentam barreiras para exercer esse direito, principalmente nas áreas mais afastadas e em comunidades de baixa renda. O sistema judiciário brasileiro, embora progressivamente mais acessível e abrangente, ainda enfrenta uma grande sobrecarga de processos, lentidão no julgamento de casos e uma estrutura desigual no atendimento das demandas judiciais. A Justiça gratuita, oferecida aos cidadãos que não podem arcar com os custos de um processo, é uma medida importante, mas ainda insuficiente diante da complexidade e da morosidade do sistema.

Além disso, a segurança jurídica, que garante estabilidade nas relações sociais e econômicas, também é um desafio importante. A insegurança jurídica gerada por decisões judiciais contraditórias e pela incerteza em relação às reformas legislativas pode prejudicar o desenvolvimento econômico e a confiança da população nas instituições jurídicas.

O direito no Brasil, dentro do Estado democrático de direito, desempenha um papel crucial na busca pela justiça social, igualdade e

dignidade para todos os cidadãos. No entanto, os desafios enfrentados pelo país exigem que o direito evolua e se adapte às novas demandas da sociedade contemporânea. O enfrentamento da desigualdade social, as questões tecnológicas, a sustentabilidade ambiental e a modernização das relações de trabalho são apenas alguns dos aspectos que exigem um sistema jurídico dinâmico e eficiente. O direito, para ser efetivo, deve ser não apenas normativo, mas também transformador, atuando como um mecanismo que viabiliza a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e próspera para as futuras gerações.

3 Conclusão

O direito, enquanto pilar essencial para a organização social, desempenha um papel central e determinante no fortalecimento do Estado democrático de direito, com a missão de garantir justiça, liberdade, igualdade e a dignidade humana para todos os cidadãos. No Brasil, a Constituição de 1988 se destaca como um marco histórico, estabelecendo um conjunto robusto e abrangente de direitos fundamentais, que englobam direitos individuais, sociais, coletivos e ambientais. No entanto, mesmo com o avanço legislativo significativo, a efetivação desses direitos ainda enfrenta uma série de desafios estruturais e novos obstáculos, exigindo constante adaptação, evolução e reavaliação do sistema jurídico para responder às necessidades da sociedade.

A luta pela plena concretização dos direitos fundamentais no Brasil continua a ser um dos maiores e mais complexos desafios enfrentados pelo sistema jurídico brasileiro. A persistente desigualdade social, o acesso desigual à educação de qualidade, as condições precárias nos serviços de saúde e os baixos níveis de moradia digna para amplas parcelas da população são questões persistentes que necessitam de uma abordagem constante e eficaz. A implementação de políticas públicas que busquem ampliar o acesso à educação e à saúde esbarra em limitações estruturais, desafios orçamentários e desigualdades regionais, criando obstáculos para alcançar os objetivos de justiça social e equidade propostos pela Constituição.

No campo dos direitos coletivos e sociais, o Brasil ainda enfrenta obstáculos significativos. A proteção dos direitos dos trabalhadores, a garantia de moradia digna, o direito à alimentação e a inclusão de comunidades historicamente marginalizadas, como povos indígenas, quilombolas e a população negra, exigem uma resposta jurídica mais robusta e mais integrada com as políticas públicas. A evolução das relações de trabalho, especialmente

diante do crescimento da informalidade e da precarização do mercado de trabalho, coloca novos desafios, como o redesenho do sistema jurídico para adequá-lo às novas formas de emprego, como o trabalho remoto, as plataformas digitais e a economia compartilhada. É preciso uma revisão da legislação trabalhista para garantir que os direitos dos trabalhadores sejam mantidos, mesmo frente às transformações do mercado.

Além disso, a revolução tecnológica e a digitalização da sociedade trouxeram à tona novas questões jurídicas relacionadas à proteção de dados pessoais, à privacidade e à segurança digital. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), embora seja um avanço relevante, ainda enfrenta desafios significativos para sua plena implementação. A crescente coleta e utilização de dados em grande escala, associadas à manipulação de informações e à vulnerabilidade dos sistemas digitais, exigem que o direito acompanhe o ritmo acelerado da inovação tecnológica, garantindo a proteção dos cidadãos contra abusos. A regulação das plataformas digitais e a responsabilidade das empresas que coletam dados pessoais são áreas que precisam de atenção urgente do sistema jurídico, pois a transformação digital continua a redefinir as relações sociais, comerciais e de consumo, colocando em risco a privacidade e a segurança das informações dos indivíduos.

O direito ambiental no Brasil, por sua vez, tornou-se ainda mais relevante nas últimas décadas, especialmente diante da crescente crise climática e dos impactos ambientais globais. O Brasil, por sua riqueza em biodiversidade e recursos naturais, ocupa uma posição estratégica na preservação do meio ambiente, com a responsabilidade de liderar a proteção de ecossistemas vitais, como a Amazônia. A Constituição de 1988 reconheceu a importância da preservação ambiental, mas a implementação efetiva das normas ambientais e o cumprimento das leis continuam a ser um grande desafio. A exploração desenfreada da natureza, o desmatamento ilegal, a poluição dos rios e a escassez de recursos exigem uma ação jurídica mais integrada e rigorosa. O direito ambiental precisa ser fortalecido por meio de uma fiscalização mais eficaz, políticas públicas eficazes e uma cultura de respeito ao meio ambiente que envolva todos os setores da sociedade.

No que diz respeito ao acesso à justiça, este permanece sendo um dos maiores desafios do sistema jurídico brasileiro. Embora a Constituição garanta o direito ao acesso à justiça para todos os cidadãos, as barreiras institucionais, a complexidade do sistema judiciário e a morosidade dos processos judiciais ainda dificultam a efetivação plena desse direito. A sobrecarga dos tribunais, a falta de recursos adequados e a escassez de advogados especializados nas áreas mais sensíveis, como a assistência jurídica

para as populações vulneráveis, agravam a situação. A justiça gratuita, embora represente um avanço, ainda é insuficiente para garantir um acesso amplo e equitativo a todos. A reforma do sistema judiciário, a desburocratização do processo judicial e a criação de mecanismos mais eficientes para atender às demandas de uma sociedade cada vez mais complexa são essenciais para garantir que o acesso à justiça seja verdadeiramente universal e efetivo.

Além disso, a insegurança jurídica no Brasil, gerada por decisões judiciais contraditórias, pela falta de previsibilidade nas normas e pela instabilidade nas reformas legislativas, prejudica o ambiente de negócios e afeta a confiança dos cidadãos nas instituições jurídicas. A segurança jurídica é um dos pilares fundamentais para o desenvolvimento econômico, a atração de investimentos e a estabilidade social, sendo um dos principais aspectos que devem ser fortalecidos no Brasil.

Em resumo, o direito no Brasil exerce um papel decisivo para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e próspera, mas sua efetividade depende de uma abordagem dinâmica e adaptável que seja capaz de responder aos desafios que surgem com as mudanças sociais, tecnológicas e econômicas. O fortalecimento do Estado democrático de direito passa pela concretização dos direitos fundamentais para todos, pela revisão de normas que atendam às novas necessidades da sociedade e pela criação de políticas públicas mais eficazes, que garantam a dignidade humana e a justiça para todas as camadas da população. O direito, para ser plenamente eficaz, precisa ser mais do que um conjunto de normas impessoais: deve ser um instrumento de transformação social, capaz de promover a equidade, a inclusão e o bem-estar para todos os cidadãos, promovendo um país mais justo, sustentável e preparado para enfrentar os desafios do futuro.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de direito administrativo*, vol. 217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul./set.1999.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Franciso J. Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodrígues; Miguel Ángel Presno

Linera; Benito Alaéz Corral; Ignacio Fernández Sarasola. Madrid: Tecnos, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en Mexico*. 2. ed. México DF: Editorial Porruá, 2006.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1968.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. Caderno de comunicações. *Revista do curso de mestrado em direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, n° 2, ano 5, jan. 2001.

DIEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FUSTER, Blanca Martínez de Vallejo. Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. J. Ballesteros (org.). Madrid: Tecnos, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Sampaio (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Trad. por Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias:* la ley del más débil. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibánez e Andrea Greppi. Madri: Editorial

Trotta, 2004. p.37.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini. Teoria processual da Constituição. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/35/edicao-1/teoria-processual-da- constituição

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* Editora Saraiva, 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais. Conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. Volume IV.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões.* Editora Campus Concursos, 2013, pgs. 189, 192, 193, 198,199, 201.

NEUMANN, Gerald L. Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance. *Stanford law review*, v. 55., mai./2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. 20. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 1988. Volume III/1.

STERN, Klaus. *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. J. Isensee-P. Kirchhof (org.), Heidelberg: C. F. Müller, 1992. Volume V.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista jurídica, Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. Volume I.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4247, 16 fev. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/31948. Acesso em: 24 out. 2020.

VILLAR, Gregorio Cámara. El sistema de los derechos y las libertades fundamentales. *Manual de derecho constitucional*. Francisco Balaguer Callejón (coord.). Madrid: Tecnos, 2005. Volume II.

Capítulo 16

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: INSTRUMENTOS JURÍDICOS E ESTRATÉGIAS MULTIDISCIPLINARES - UMA INTERSEÇÃO COM DIREITO DE FAMÍLIA, TRIBUTÁRIO E EMPRESARIAL

Cristiane Chaves de Miranda[1]
Dandara Oliveira Garcia[2]

1 Introdução

Cientes de nossa finitude e do impacto que isso pode representar juridicamente à nossas relações sobreviventes, é preciso (ou pelo menos recomendável) se planejar não só no sentido espiritual, mas também na matéria, pois, como bem diz a máxima, "daqui nada se leva", e o que fica deve ser devidamente destinado.

Por conseguinte, o planejamento sucessório pode até parecer um palavrão, no sentido de xingamento, mas não passa de palavras grandes, e em certos casos remeter a questões unicamente sobre como ficarão um conjunto de bens muito específicos, lotes, casas, propriedades rurais, etc., mas é imprescindível pensar nele e se utilizar dele à pessoa comum e também na vida empresarial.

Seja na escolha de um regime de bens, através de um testamento ou doação, além de organizar a questão sucessória, um planejamento bem estruturado pode significar proteção patrimonial e economia tributária, lícitas e seguras, mas não se engane, não existe blindagem patrimonial.

1 Graduada em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Arcos/MG. Presidente da Comissão de Ética e Disciplina da 105ª Subseção da OAB Minas Gerais. Técnica em Contabilidade – Cruzada Paroquial de Educação (Colégio Dom Belchior). Pós-graduanda (latu sensu) em Direito Público com Ênfase em Contratos e Licitações pela Universidade Faveni. Advogada OAB/MG 173.720. E-mail: crischavesadv@gmail.com

1 Pós-Graduada (lato sensu) em Direito Civil e Direito Notarial e Registral pela LFG (parceria com a Universidade de Anhanguera-Uniderp). Graduada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Arcos/MG. Técnico em Administração - Área de Gestão pela Escola Técnica de Formação Gerencial/SEBRAE. Advogada OAB/MG 142.319. E-mail: dandara_og@hotmail.com.

A tão propagada blindagem não passa de mito, toda ação gera um fato jurídico que por consequência gera um impacto no seu patrimônio. A legislação pátria tem inúmeros dispositivos que protegem a dignidade humana, por fundamentos da própria Constituição Federativa do Brasil, a constituição cidadã, que em essência busca a proteção do ser humano, seu sustento, segurança, etc. e isso se reflete também no seu patrimônio, sendo previstos institutos como o do bem de família ou do direito real de habitação, mas não o isenta de fraudes e ilegalidades.

O planejamento também pode se dar para aqueles que não possuem patrimônio, com ferramentas como o seguro de vida e a previdência privada, institutos que permitem maior flexibilidade e acesso, não deixando de ser estratégicos e eficientes.

Para cada patrimônio há uma medida ou medidas adequadas, não existe nenhum intocável, mas todo tipo ou tamanho está suscetível ao planejamento sucessório e não há aquele que não se beneficie dele.

2 A finitude humana

A morte está inserida dentro do ciclo natural das coisas, não se trata de um "se eu morrer", mas "quando eu morrer", e ainda assim é tratada como um assunto cercado de restrições, o que em muito dificulta o diálogo quanto a preparação para os reflexos jurídicos que permeiam a mesma.

Aqui entra quase que uma função social do advogado que em toda causa que enfrenta, deve ter uma visão ampla e produtiva, ciente de qual é o resultado que se busca com a demanda, seja ela judicial ou extrajudicial, ele deve estar preparado para orientar seu cliente quanto aos reflexos de sua ausência por morte ou até mesmo pela incapacidade de tomada de decisões.

Um cliente em uma ação de cobrança quer ao final basicamente receber, mas em seu falecimento, tal crédito iria para seus sucessores, até esse ponto, tudo bem, mas e numa situação em que o mesmo não aprove o relacionamento de um dos filhos? Ou caso o devedor seja até propriamente alguém que possa ser beneficiário de futura herança desse credor? Será que nesses contextos os interesses desse credor ainda serão minimamente preservados caso este venha a falecer?

Indo ainda além, tais reflexões também são válidas num contexto de incapacidade de tomada de decisões, nosso Código Civil prevê uma ordem preferencial para nomeação de curador, mas será que, podendo escolher, essa seria a escolha do atingido pela incapacidade?

Um planejamento sucessório conscientemente construído pode vir a servir de certa forma de proteção ao patrimônio contra terceiros (credores, ex-cônjuges ou companheiros), não obstante, tendo em vista que esses anteriores tratam-se de riscos meramente potenciais, sua utilidade principal se dará entre os membros da família.

É certo que a litigiosidade nas demandas sucessórias muita das vezes não pode ser evitada, contudo, como em qualquer situação de acordo, as partes têm mais tendência ao cumprimento de determinada resolução, quando, ainda que não concordem com a mesma, tiveram certo grau de participação em atingi-la.

Não se diz aqui na retirada do papel de protagonista do titular do patrimônio ou que o mesmo tenha que embasar suas decisões na anuência ou não de eventuais sucessores, mas, até mesmo o Código Civil em seu artigo 496 prevê que é anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido, tal previsão visa evitar doações camufladas de venda beneficiando-se determinado futuro herdeiro, ou seja, da análise de nosso próprio diploma legal já se extrai que culturalmente é criada certa expectativa quanto a direitos sucessórios, então porque não ter um diálogo aberto quanto a isso dentro das famílias? (BRASIL, 2002)

Não é determinante o perfil de idade, classe social, formatação familiar, orientação sexual e nem gênero para se programar, é para aqueles que optem por não deixar a escolha do que ocorrerá em sua ausência a cargo puramente de previsões legais, e hoje nos socorrem vários instrumentos de planejamento sucessório, dos quais passamos a tratar dos principais.

3 DAV (Diretivas Antecipadas de Vontade)

Segundo a Resolução CFM nº 1.995/2012, as DAVs são o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

Apesar de não ser exclusivamente destinada ao planejamento sucessório e ainda que não trate diretamente de patrimônio, como no caso dos testamentos ou doações, a DAV complementa o planejamento sucessório, pois expressa a autonomia da vontade do indivíduo sobre possíveis questões a serem enfrentadas em eventual incapacidade ou morte.

Com a confecção de uma DAV pode-se evitar conflitos familiares e decisões médicas invasivas que contrariem o interesse do paciente, pode-se influenciar decisões patrimoniais indiretas (como a manutenção ou não de tratamentos onerosos, prolongamento artificial da vida etc.), tem-se ainda a possibilidade de indicação de eventual curador. (26º TABELIONATO DE NOTAS DE SÃO PAULO, 2022)

Logo, ainda que indiretamente, a DAV pode abarcar questões que refletirão no patrimônio, sendo uma ótima oportunidade para o exercício da autonomia da vontade e um instrumento que representa a porta de entrada para a discussão de um planejamento sucessório bem construído e alinhado entre todos os agentes.

4 Testamento

Seja na forma pública ou particular, como instrumento único ou em conjunto com outros, o testamento é uma solução ainda pouco valorizada em contraponto a sua versatilidade e valor no campo do planejamento sucessório.

É uma solução relativamente pouco onerosa, sem reflexos tributários imediatos e possível de garantir grande segurança jurídica se adotadas suas formalidades, sendo ainda passível de revogação pelo testador, o que dá mais dinamicidade ao mesmo, podendo ser trabalhado ainda com um "plano B" para resguardar que as determinações do falecido sejam respeitadas ainda que eventual ato já concretizado seja anulado.

Como no caso da doação, permite a imposição de cláusulas restritivas dispostas de forma isolada ou cumulativa, sobre todo ou parte do patrimônio, sendo, contudo, que para a clausulação da legítima a lei exige a demonstração de real e fundado motivo (CC, art.1.848), sob pena de invalidade do gravame. (MADALENO, 2013)

Cabe pontuar que está em discussão o anteprojeto do Código Civil, que, dentre outros assuntos, propõe a exclusão do cônjuge do rol de herdeiros necessários, assim, caso referida proposta seja aprovada, tanto o testamento quanto o pacto antenupcial podem passar a receber uma atenção especial no planejamento sucessório.

5 Doação

No planejamento sucessório é possível implementar soluções com baixo ou alto grau de sofisticação e custo, contudo, o bom profissional deve sempre se atentar para a eficiência tributária e a segurança jurídica do caminho escolhido. E embora o patrimônio existente possa influenciar na definição dos instrumentos escolhidos, ele não serve como critério determinante, pois cada plano deve observar as necessidades e características da família. (LONGO, 2017)

No que tange as doações, seja em adiantamento de legítima ou nas doações plenas, deve-se ter sempre em mente o respeito a legítima e os possíveis desdobramentos da transferência de patrimônio, o que, visando certo controle nesse último ponto, tem-se as cláusulas restritivas.

Inicialmente, tem-se a cláusula de reversão onde caso o donatário venha a falecer antes do doador (CC, art. 547) os bens doados voltam ao patrimônio do doador. (MADALENO, 2013)

Em seguida, tem-se a cláusula de incomunicabilidade, onde, independentemente do regime adotado pelo donatário, o bem não se comunicará com seu cônjuge ou companheiro, o que, contudo, não interfere em eventual sucessão.

Já as cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade, evitam que o bem doado seja penhorado ou alienado, impedindo dilapidações e garantindo segurança jurídica familiar a longo prazo.

Pode ainda haver doação com reserva de usufruto, que confere certo controle sob o bem ao usufrutuário já permitindo que esse realize a transferência do patrimônio.

Assim, a doação clausulada ou não, é uma forma com efeitos imediatos para o planejamento sucessório, podendo ser feita com grande segurança jurídica, sendo, contudo, indispensável a análise dos reflexos tributários para adequação da proposta ao interesse das partes.

6 Bem de família convencional

Independentemente das previsões legais com relação a impenhorabilidade, o Código Civil em seu artigo 1.711 dispõe sobre o bem de família convencional, que pode ser estabelecido mediante escritura pública ou testamento, desde que resguardado até 1/3 (um terço) do

patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. (CC, art.1.712). (MADALENO, 2013)

Embora o foco seja a proteção patrimonial, a medida é voltada a se preservar o mínimo para a segurança da família, qual seja, o lar, e pode ser combinada com outras alternativas de forma a alcançar maior eficiência como planejamento sucessório, sendo ainda complementação ao direito real de habitação.

7 Direito real de habitação

Previsto no artigo 1831 do Código Civil é um instituto que garante ao cônjuge ou companheiro(a) o direito vitalício de uso do imóvel onde residia o casal exclusivamente para sua habitação, legando a este o dever de manutenção, conservação e obrigações tributárias em relação ao imóvel.

Para Rolf Madaleno, é um instrumento útil para o testador conciliar a partição de seus bens, sem o receio de que seu companheiro(a) perca a sua moradia. (MADALENO, 2013)

8 Pacto Antenupcial e Contrato de Convivência

Apesar das diferenças inerentes entre o casamento e a união estável, para fins de regimes de bens, o que se aplica para um também vale para o outro, portanto, serão considerados em conjunto, já que para planejamento sucessório será o aspecto observado.

É cediço que as relações familiares caminham em um passo que o Direito por muita das vezes nem ousa alcançar, portanto, em muitos pontos ainda não se sabe qual será o impacto das novas configurações familiares ao planejamento sucessório e ao Direito como um todo.

Não obstante, no cenário atual, a resposta quanto a qual o regime de bens adotado ainda é fundamental para a implementação de planejamentos patrimoniais e sucessórios, pois influencia as operações a serem implementadas, os quais, pela codificação atual, com exceção dos regimes híbridos, se resumem a cinco: 1) comunhão parcial; 2) comunhão universal; 3) separação total convencional; 4) separação total obrigatória; e 5) participação final nos aquestos. (BICALHO, 2024), sendo tanto para a união estável quanto para o casamento, o regime legal o da comunhão parcial.

Merece destaque que o regime de bens poderá ser alterado, caso haja interesse das partes, resguardando-se os direitos de eventuais credores, sendo possível o pedido fundamentado em juízo, o que reforça mais ainda a sua ideia de planejamento sucessório vez que acompanha a lógica de ser um instrumento preparatório para uma condição futura, apesar de ter eficácia ainda em vida do titular.

9 Seguro de vida

Outro instrumento pouco lembrado, mas muito eficiente em termos de planejamento sucessório é o seguro de vida, ferramenta altamente eficaz para a transferência de recursos aos beneficiários e que possibilita redução de carga tributária, uma vez que não é atingido pela tributação do ITCMD, nos termos do artigo 794 do Código Civil e nem é considerado como renda para tributação do Imposto de Renda da Pessoa Física, mas cuidado, o valor resgatado em vida está sujeito à tributação que de acordo com a quantia terá uma alíquota com variação entre 15 e 27,5%.

Uma sociedade empresária também pode se beneficiar de um seguro de vida, no eventual falecimento do sócio o valor recebido garantiria a continuidade da empresa e poderia cobrir eventuais dívida e preservar o fluxo de caixa. O valor pago mensalmente pode refletir em economia fiscal, sendo despesa dedutível, dependendo regime tributário

No contexto familiar, pode-se estruturar a apólice para garantir educação e sustento de beneficiários menores de idade, por exemplo, oferecendo-lhes proteção financeira sem entraves legais e de forma segura, desde que a escolha respeite a legítima dos herdeiros necessários.

Assim, o seguro de vida configura-se como uma ferramenta estratégica no planejamento sucessório, alinhando proteção patrimonial, agilidade na transferência de recursos e eficiência tributária.

10 Previdência privada

A previdência privada, também denominada previdência complementar, configura um importante instrumento dentro do planejamento sucessório, independentemente da existência de patrimônio tradicional. Regida pela Lei complementar 109/2001, trata-se de um mecanismo que permite ao titular acumular recursos financeiros ao longo do tempo, os quais são destinados aos beneficiários designados em caso de seu falecimento.

Nesse contexto, a previdência privada se caracteriza como um patrimônio autônomo, que não se comunica com o inventário, sendo transferido de forma direta aos beneficiários, sem incidência de ITCMD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação), devido ao seu caráter securitário.

Além disso, o titular possui ampla liberdade para escolher e alterar os beneficiários a qualquer momento, bem como definir a proporção destinada a cada um deles, mesmo que não sejam herdeiros necessários. No entanto, é relevante destacar que essa liberalidade encontra limitações em casos de fraude contra credores ou prejuízo à legítima dos herdeiros necessários, conforme previsto no artigo 1.846 do Código Civil.

Dessa forma, a previdência privada representa um meio eficaz de proteção patrimonial e planejamento sucessório, garantindo agilidade na transferência de recursos e evitando a burocracia do inventário, além de proporcionar segurança financeira aos beneficiários designados.

11 Planejamento Sucessório na Pessoa Jurídica

Uma pessoa jurídica também pode se beneficiar e muito de um planejamento sucessório aplicado desde a sua constituição.

Na maioria dos casos o empreendedor/empresário no afã de iniciar um negócio, muitas vezes ainda jovem, iniciando uma carreira profissional, se esquece da perenidade da vida e em quantas situações estamos sujeitos mesmo sendo muito jovens. No caso das pessoas jurídicas independentemente de haver sociedade com vários empresários ou não, isso se torna ainda mais delicado e crucial.

A substituição de sócios e/ou administradores em uma empresa, pode ser fatal para sua saúde financeira, administrativa e judiciária. Um processo de inventário com discussões passionais, por exemplo, pode levar a falência um negócio promissor ou uma empresa consolidada no mercado.

Constantemente temos notícias de grandes grupos, líderes de mercado, submergirem em disputas familiares por inúmeras questões, mas principalmente por falta de direcionamento nas mudanças impostas por situações inerentes a vida humana, um ato constitutivo feito com um bom planejamento sucessório pode evitar essas situações ou no mínimo diminuir seus impactos na empresa.

Você deve estar pensando, mas eu tenho uma pequena empresa com dois amigos e ou uma sociedade individual, não tenho um grande

patrimônio para que haja problemas quanto a sucessão. Sinto te dizer que está equivocado.

Há inúmeras maneiras em que o planejamento feito por um profissional especializado pode atuar, desde a criação de uma holding, muito em voga no momento, aplicável a grandes e variados patrimônios e até mesmo uma cláusula sucessória desenhada dentro do seu contrato de constituição societária, sendo ela com múltiplos sócios ou sociedade individual.

Dito isso, passamos a seguir as possibilidades da utilização do planejamento sucessório no âmbito da pessoa jurídica, suas vantagens, desvantagens e aplicações.

11.1 Holding

A holding é atualmente uma das formas mais utilizadas no planejamento patrimonial e sucessório, embora não se aplique a qualquer tipo de patrimônio. Trata-se de uma pessoa jurídica constituída com o objetivo de administrar bens e ativos, podendo controlar participações em outras empresas, imóveis e outros tipos de patrimônio. Sua principal função no planejamento sucessório é permitir a transferência ordenada e eficiente do patrimônio familiar, evitando conflitos entre herdeiros e otimizando a gestão dos bens.

Além de organizar a sucessão, a holding também possibilita vantagens fiscais, como a redução de tributos incidentes sobre a transmissão de bens — entre eles, o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD). Contudo, a constituição de uma holding exige atenção a diversos aspectos jurídicos e tributários, que envolvem diferentes legislações do Direito Empresarial e do Direito Tributário.

Apesar da ausência de uma legislação específica sobre holdings no ordenamento jurídico brasileiro, a matéria é tratada de forma indireta por normas como o Código Civil (arts. 966 a 1.184), a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/1976), o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966), além de regulamentos estaduais e instruções normativas da Receita Federal.

A holding pode ser constituída sob diferentes formatos jurídicos — como Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), Sociedade Limitada ou Sociedade Anônima — e estará sujeita ao regime tributário adequado ao porte e à atividade da empresa (lucro real, presumido,

etc.). Assim como qualquer empresa, ela deverá manter obrigações contábeis e fiscais regulares, o que demanda acompanhamento especializado para evitar sanções e garantir os resultados pretendidos com o planejamento fiscal.

Portanto, a holding se apresenta como um instrumento legítimo e eficaz para a organização patrimonial, sucessória e tributária, desde que bem estruturada e em conformidade com as normas vigentes.

11.2 Cláusula sucessória no Contrato Social

A sucessão empresarial em caso de falecimento de um dos sócios é fundamental para garantir a continuidade e estabilidade dos negócios. O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.028, prevê que, salvo cláusula contratual em contrário, o falecimento de um sócio implica a liquidação de sua participação pelos sócios remanescentes. No entanto, a legislação permite que o contrato social estabeleça regras específicas para essa sucessão, como o direito de preferência dos sócios para adquirir as cotas do falecido ou a admissão dos herdeiros na sociedade.

Tais cláusulas evitam conflitos, impedem a entrada de terceiros estranhos à atividade empresarial e asseguram a continuidade da gestão. Outra medida preventiva é a contratação de seguro de vida empresarial, cujo valor pode ser usado para indenizar os herdeiros, facilitando a aquisição das cotas pelos sócios sobreviventes sem afetar o caixa da empresa.

Essas estratégias fazem parte do planejamento sucessório e proporcionam segurança jurídica e proteção patrimonial, evitando longos processos de inventário ou paralisações administrativas. Para serem eficazes, as cláusulas devem ser bem elaboradas e contar com assessoria jurídica especializada, promovendo um alinhamento entre o Direito Empresarial e o Direito Sucessório.

12 Considerações finais

Longe de esgotarmos o assunto, o intuito desse artigo se dá no esclarecimento e apresentação de como o planejamento sucessório pode auxiliar uma melhor administração de seu patrimônio.

O planejamento sucessório é uma oportunidade de alcançar uma abordagem preventiva e estratégica da sucessão, enfrentando-se vários desafios contemporâneos como a tributação, reforma tributária, controle

judicial das estruturas sucessórias e a grande litigiosidade existente nas demandas sucessórias.

Nesse sentido, o papel do advogado como planejador patrimonial é de grande relevância e reforça a importância da assessoria multidisciplinar, bem como dos limites éticos e legais do planejamento sucessório.

No entanto, conforme ideia trabalhada por José Henrique Longo, é fundamental entender que o planejamento não resolve todos os problemas familiares e precisa ser trabalhando considerando-se a particularidade de cada caso, ou mais, "o planejamento começa dentro de casa", ou seja, os agentes devem compreender claramente seus objetivos, pois somente assim será possível traçar as estratégias que um bom planejamento patrimonial e sucessório pode oferecer. (LONGO, 2017)

Por fim, trata-se de um tema em constante evolução, até mesmo pela dinamicidade das formações familiares, o que reforça a importância de soluções personalizadas, da assessoria jurídica especializada e do diálogo familiar como elementos-chave para um planejamento sucessório eficaz, ético e seguro.

Referências

26º TABELIONATO DE NOTAS DE SÃO PAULO. **Saiba tudo sobre a DAV (Testamento Vital ou Diretivas Antecipadas de Vontade)**. 3 nov. 2022. Disponível em: https://www.26notas.com.br/novidades/saiba-tudo-sobre-a-dav. Acesso em: 18 maio 2025.

BICALHO, Rafael Cury; PICCINI, Ana Carolina**. Mitos do planejamento patrimonial e sucessório.** Consultor Jurídico, São Paulo, 29 jul. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-jul-29/mitos-do-planejamento-patrimonial-e-sucessorio/. Acesso em: 18 maio 2025.

BRASIL. Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018. **Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9580.htm. Acesso em: 17 abr. 2025 – 15 maio 2025.

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: 17 abr. 2025 – 15 maio 2025.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 17 abr. 2025 – 15 maio 2025.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 17 abr. 2025 – 15 maio 2025.

BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001**. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 maio 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm. Acesso em: 18 maio 2025.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.995, de 9 de agosto de 2012. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.** Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 269, 31 ago. 2012. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995. Acesso em: 18 maio 2025.

LONGO, José Henrique. **Criação de Holding e Proteção Patrimonial**. São Paulo: Associação Paulista de Estudos Tributários, 2020. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/12/Jos%C3%A9-Henrique-Longo.pdf. Acesso em: 17 abr. 2025 – 15 maio 2025.

MADALENO, Rolf. ***Direito de família***. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf. **Planejamento Sucessório**. In: IX Congresso Brasileiro de Direito de Família – Famílias: Pluralidade e Felicidade. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: IBDFAM, 2013. Disponível em: http://www.rolfmadaleno.com.br. Acesso em: 17 abr. 2025 – 15 maio 2025.

MAMEDE, Gladston. **Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PITUCO, Alice Pagnoncelli**. Planejamento Sucessório na Empresa: O Contrato Social da Sociedade Limitada como Instrumento de Planejamento Sucessório**. Londrina: Thoth, 2024.

ROSA, Janaina Maciel da; SANTOS, Rodrigo Correia dos; FLOURENÇO, Tayná de Souza; LIMA, Leonardo Henrique Barbosa. **Planejamento Sucessório Patrimonial: Uma Análise sobre a**

Sucessão Realizada através de uma Holding Patrimonial Familiar. Ciências Jurídicas, Direito, v. 27, n. 128, nov. 2023. DOI: 10.5281/zenodo.10150713. Disponível em: https://revistaft.com.br/planejamento-sucessorio-patrimonial-uma-analise-sobre-a-sucessao-realizada-atraves-de-uma-holding-patrimonial-familiar/. Acesso em: 17 abr. 2025 – 15 maio 2025.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FLESCHMANN, Simone Tassinari. **Futuros Possíveis para o Planejamento Sucessório**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 29, p. 101-120, jul./set. 2021. Disponível em: https://orcid.org/0000-0002-3684-8439. Acesso em: 17 abr. 2025 – 15 maio 2025.

Capítulo 17

DA (IM)POSSIBILIDADE DE USUCAPIR IMÓVEL PERTENCENTE AO ENTE PÚBLICO À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Bruno Grellmann Negrello[1]
Cláudia Taís Siqueira Cagliari[2]

1 Introdução

O Código Civil, Lei n°10.406 de 2022, é uma legislação federal que reúne e organiza as normas que regulamentam as relações privadas de pessoas físicas e jurídicas que ocorrem na práxis brasileira. Sendo dividido em duas partes, a primeira denominada de "Geral", e ali é encontrado o Livro I – Das Pessoas, Livro II – Dos Bens e Livro III – Dos Fatos Jurídicos. Já a segunda parte é denominada de "Especial", ostentando os seguintes títulos, Livro I – Do Direito das Obrigações, Livro II – Do Direito da Empresa, Livro III – Do Direito das Coisas, Livro IV – Do Direito de Família, Livro V – Do Direito das Sucessões e Livro Complementar: Disposições Finais e Transitórias (Brasil, 2002).

Nesta senda, surge uma das formas originárias de aquisição de propriedade, a usucapião, o termo surge do latim *usucapio*, significando tomar pelo uso ou adquirir pelo uso, a qual surtirá efeitos quando o legítimo possuidor, aquele que está na posse do imóvel por determinado período de tempo, comprova os requisitos elencados na legislação (Pereira, 2022). Critérios os quais, variam consoante a modalidade almejada pelo usucapiendo, como por exemplo: ordinária (tempo mínimo na posse de dez anos), extraordinária (tempo mínimo na posse de quinze anos), especial urbana (impossibilidade de possuir outros imóveis em nome do adquirente), especial rural (limitação territorial de cinquenta hectares),

1 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Univel. Estagiário de Graduação no Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: grellmannbrunon@gmail.com

2 Doutora e Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul – RS, UNISC. Coordenadora de Curso e Docente do Curso de Direito da Atitus Educação. E-mail: claudiatcagliari@gmail.com

familiar (abandono de lar), coletiva (tempo mínimo na posse de cinco anos), indígena (não integrado à sociedade) ou extrajudicial (Tartuce, 2025).

O presente instituto é regido por um dos princípios nortenhos do Código Civil e Constituição Federal de 1988, qual seja, da função social da propriedade, representando, verdadeiramente, a materialização deste mandamento. Previsto expressamente nos dispositivos: art. 5°, inciso XXIII, art. 170, inciso III, art. 182, §2°, art. 184, art. 186, incisos I ao IV, todos da Constituição Federal (Brasil, 1988). Este princípio, impõe ao proprietário o dever de utilizar seu domínio de maneira a convergir com os anseios da coletividade, transcendendo seus interesses particulares, vez que a propriedade não configura direito absoluto. Nesse sentido, o titular do bem deve empregá-lo de forma a promover o bem comum, fomentando o desenvolvimento social e econômico da comunidade em que se insere (Tartuce, 2025).

Ocorre que, atualmente tal princípio é relativizado frente as propriedades pertencentes ao ente público, tudo por conta da impossibilidade de usucapir àqueles imóveis que estão sob a guarda do Estado, mesmo quando estes não cumprem com a sua função social. A presente afirmação encontra respaldo em dispositivos constitucionais, legislações federais e no enunciado da Súmula n°340 do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 1963). E diante do exposto, surge o objeto principal do presente artigo, que levanta dúvidas à respeito da constitucionalidade de tal entendimento, visto que é anterior a própria Constituição Federal de 1988, pois, não seria possível a relativização de tal jurisprudência para aplicação do instituto da usucapião nos casos em que, evidentemente, a propriedade pública não estiver satisfazendo o interesse coletivo e portanto, afrontando o princípio da função social da propriedade?

2 Do instituto da usucapião

A usucapião[3], pode operar sobre bens móveis e imóveis, é essencialmente, uma forma originária de aquisição de propriedade e ocorre mediante prescrição aquisitiva em favor do possuidor que, durante um lapso temporal legalmente previsto cumprir com os requisitos estabelecidos,exercer posse mansa, pacífica, contínua e com *animus domini* sobre o bem. Ou

3 Tal instituto encontra seu entendimento na etimologia da palavra, conceito clássico de Modestino: "*usucapio est adjectio dominii per temporis continuation em possessionis lege definit*", que significa: "usucapião é o modo de adquirir a propriedade pela posse continuada durante certo lapso de tempo, com os requisitos estabelecidos na lei (Giacomelli, 2021).

seja, detém a finalidade de proteger a posse do adquirente imperfeito, que recebera, por muitas vezes, a propriedade sem as devidas solenidades.

No tocante a perspectiva da prescrição extintiva, este instituto trabalha extinguindo os direitos de propriedade do titular anterior em decorrência de sua inércia. E desta forma, a justificativa subjacente à atribuição do direito de propriedade pela posse continuada reside, primordialmente, em um princípio de ordem moral, o denominado, princípio da função social da propriedade, tudo pois, o ordenamento jurídico brasileiro prestigia aquele que confere utilidade econômica e social àquele que detém o bem (Giacomelli, 2021).

2.1 Dos requisitos, modalidades e características

Como é sabido, o Direito Brasileiro fora grandemente influenciado pelo Direito Romano[4], e no ordenamento jurídico pátrio, a usucapião encontra-se regulamentada no Código Civil de 2002, nos artigos 1.238 a 1.244, concernente aos bens imóveis, e nos artigos 1.260 a 1.262, relativamente aos bens móveis, delineando diversas modalidades do instituto (Brasil, 2002). Dentre as mais diversas modalidades, alguns requisitos são tido como comuns, pois estão presentes em todas elas, como a posse justa (aquela tida como não violenta), mansa, pacífica e contínua, além da necessidade do adquirente ostentar o *animus* de dono sobre a coisa. Já outros critérios são especificos, variando de caso a caso (Sarmento, 2011).

De mais a mais, as características específicas são tratadas dentro de cada espécie, como se exemplifica no rol abaixo: extraordinária, lapso temporal de pelo menos 15 (quinze) anos; extraordinária reduzida ou habitacional/*pro labore*, posse por 10 (dez anos) o imóvel deve ser a moradia habitual ou local de serviços e obras de caráter produtivo; especial rural/constitucional, não pode ultrapassar de 50 (cinquenta hectares) e não pode possuir outro imóvel no nome; usucapião especial urbana; usucapião familiar, ocorre na hipótese do cônjuge abandona o lar (exige separação de fato)[5], lapso temporal de dois anos; usucapião ordinária, imóvel havido com justo título e boa-fé; usucapião ordinária reduzida, necessário justo título,

4 O Império Romano foi fundamental na formação do mundo ocidental, especialmente nas sociedades latinas. O Direito Romano influenciou profundamente o pensamento econômico, jurídico, social e político ao longo da história (Sales, 2021).

5 Modalidade especial de aquisição de propriedade, introduzida pela força do art. 1.240-A, do Código Civil, através da Lei nº12.424/2011. Trata-se de caso em que um dos cônjuges ou companheiro abandona o lar conjugal, sem renunciar ou partilhar o bem comum (Tartuce, 2025).

boa-fé e finalidade habitacional ou de exploração econômica; coletiva[6]; indígena e extrajudicial (Tartuce, 2025).

No tópico supra elencado, é possível observar as inúmeras modalidades, características e formas da usucapião, porém, a doutrina, jurisprudência e dispositivos legais são uníssonos em dizer que, é fundamental, em todos os casos, a presença do princípio da função social da propriedade (Paraná, 2025).

3 Da função social da propriedade

Com o advento da Constituição de 1988 e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os quais são funcionalizados ante à realização da dignidade da pessoa humana[7], o atual contexto de transformações e modernização que permeiam todas as esferas da sociedade, exigem que todos os bens, sejam eles móveis ou imóveis, cumpram com sua função social. Este ordenamento, manifesta-se na capacidade do bem de gerar utilidades, de ser produtivo e de atender as necessidades individuais ou coletivas da práxis (Rio de Janeiro, 2014). Nesta mesma senda, sintetiza sobre o tema o jurista José Carlos de Moraes Salles, salientando a imperiosidade da aplicação de tal princípio nas relações envolvendo propriedade:

> Todo bem, móvel ou imóvel, deve ter uma função social. Vale dizer, deve ser usado pelo proprietário, direta ou indiretamente, de modo a gerar utilidades. Se o dono abandona esse bem; se descuida no tocante à sua utilização, deixando-o sem uma destinação e se comportando desinteressadamente como se não fosse o proprietário, pode, com tal procedimento, proporcionar a outrem a oportunidade de se apossar da aludida coisa. Essa posse, mansa e pacifica, por determinado tempo previsto em lei, será hábil a gerar a aquisição da propriedade por quem seja seu exercitador, porque interessa à coletividade a transformação e a sedimentação de tal situação de fato em situação de direito. À paz social interessa a solidificação daquela situação de fato na pessoa do possuidor, convertendo-a em situação de direito, evitando-se, assim, que a instabilidade do possuidor possa eternizar-se, gerando discórdias e conflitos que afetem perigosamente a harmonia da coletividade (2005, p. 48/49).

---

6 Instituída pelo artigo 10 da Lei Federal 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, a usucapião especial urbana coletiva tem como principal propósito atender à exigência constitucional de políticas de regularização urbana nos municípios. Adicionalmente, busca concretizar o direito fundamental à moradia e a função social da propriedade.

7 A dignidade é um valor universal inerente a todos os seres humanos, independentemente de suas diferenças individuais ou culturais. E se manifesta, através de um conjunto de direitos existenciais compartilhados igualmente por todos, decorrentes apenas da condição humana (Andrade, 2009).

Assim, essa diretriz se destaca como o ponto crucial de convergência entre as perspectivas liberal e social, incorporando aspectos da segunda na primeira. Estabelecido como base da estrutura econômica do país, esse princípio afeta todas as modalidades de propriedade existentes: estatal, particular, de bens de uso, de produção, rural, fabril, urbana, do campo, de patentes, autoral, das artes e do saber. Todavia, é evidente que essa repercussão ocorrerá de modos distintos em cada uma delas, em função de sua essência inerentemente variada. Em suma, não há uma forma única de propriedade, mas sim diversas, profundamente distintas, tanto por sua normatização quanto pela importância dos bens a que se referem – fatores estes relacionados. Além disso, a dimensão do efeito desse princípio, mormente no campo legal, será definida pelo grau de demanda da própria sociedade, que é mutável e se altera de acordo com tempo, local, costumes, tradições, cultura e outros aspectos (Sundfeld, 2019)[8].

Desta forma, toda e qualquer propriedade deve cumprir com a sua função social, à sua maneira e exigência coletiva, inclusive, àquelas pertencentes ao ente público.

3.1 Conceito e classificação de bem público

Logo, deve-se conceituar o que pode ser considerado bem público, e para tanto, o Código Civil, em seu artigo 98, define que bens públicos são os de domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, sendo todos os outros particulares. Portanto, apenas os bens da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações de direito público são considerados públicos pela lei (Koszura,2012). Já nesta mesma seara, a legislação civil, em seu dispositivo 99, classificou os bens públicos quanto à sua destinação, sendo estes: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais[9], que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de

8 Enquanto o monismo jurídico restringe ao Estado o poder de criar normas, o pluralismo jurídico amplia essa visão. Ele parte do princípio de que a legalidade para enquadrar as relações sociais não provém exclusivamente do Estado Moderno, mas também de outras fontes, como: tradições, ritos religiosos, costumes, culturas e organizações sociais, reconhecendo a multiplicidade de relações e fontes de direito no sistema jurídico (Moraes, 2020).

9 Como por exemplo: Terrenos devolutos (utilizados por ninguém), Terrenos de marinha, Imóveis públicos desativados ou com finalidade não especificada, Títulos da dívida pública, Dinheiro dos cofres públicos que não está destinado a um serviço específico (Almeida, 2003).

cada uma dessas entidades, inclusive aquelas que se tenha dado estrutura de direito privado, caso a lei não dispor em contrário (Brasil, 2002).

Várias linhas de pensamento tentam dar sentido ao que são bens públicos, visando compreender sua natureza e regime jurídico. Uma perspectiva propõe que eles são do povo, não de quem está no governo, outra visão sugere que o governo pode usar e cuidar desses bens, mas não é o dono deles, uma terceira ideia é que o governo tem um tipo especial de direito de propriedade, administrativo, sobre os bens públicos, pensando no bem de todos. As leis que regem os bens públicos formam um sistema próprio, diferente do direito privado, dando independência à propriedade pública. Quando trata-se de bens que fazem parte da propriedade pública, as regras específicas para eles são mais importantes que as regras normais de propriedade, do direito civil (particulares). Isso acontece porque princípios como inalienabilidade, imprescritibilidade[10], impenhorabilidade, que distinguem os bens públicos, alterando profundamente a sistemática conhecida no campo do direito privado (Mukai, 2020).

Diante do exposto, é inerente a intrínseca necessidade dos bens públicos em atenderem ao princípio da função social da propriedade, principalmente os denominados dominicais (terras devolutas). Posição a qual é defendida por juristas e doutrinadores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que discorrem sobre o estabelecimento de critérios diferenciadores entre os bens materialmente e formalmente públicos, os primeiros seriam aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, com base no cumprimento da função social (representando verdadeiro óbice à usucapião), enquantos os formalmente seriam registrados em nome das pessoas jurídicas de direito público, mas por restarem excluídos de finalidade de moradia ou atividade produtiva, seria possível a incidência, em alguns casos, da usucapião (Tartuce, 2025).

3.2 Dos posicionamentos jurisprudenciais e Súmula nº 340 do STF

Em contrapartida ao exposto, e ponto defendido pelos doutrinadores citados no tópico acima, surgem os entendimentos jurisprudenciais a respeito do tema: possibilidade de usucapião de bens dominicais em face do princípio da função social da propriedade. Preliminarmente, cita-se a

10 É por exatamente tal característica que os Bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião, independentemente do tempo de posse por particulares. Essa característica resguarda a propriedade pública de ser adquirida por terceiros, garantindo sua manutenção sob a administração pública (Mukai, 2020).

Súmula n°340 do Supremo Tribunal Federal: "*Desde a vigência do código civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião*" (Brasil, 1963). Desta forma, em face de tal enunciado, percebe-se que inequivocamente que o *animus* do magistrado no momento em que consolidou tal entendimento.

Também, recentemente decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, mais especificamente a 3ª turma, por unanimidade, que não é possível a usucapião de imóveis pertencentes a sociedades de economia mista que tenham destinação pública. Os ministros, ainda relataram que, a ocupação de imóvel público, mesmo que pacífica e contínua por grande lapso temporal, não gera em nenhuma hipótese direitos possessórios, somente mera detenção[11] (Paraná, 2024). Ressaltando esse posicionamento, esse mesmo Tribunal discorreu na Súmula n°619 o seguinte: "*A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias*", deixando expresso para toda a comunidade civil e jurídica, qual o posicionamento da Corte (Brasil, 2018).

Contudo, em contrapartida ao todo levantado, a jurisprudenciais de alguns dos Tribunais Estaduais, começaram a idealizar formas de relativização do exposto ante a necessidade do ente público demonstrar o domínio da área que se pretende usucapir, ou seja, efetivando as premissas constitucionais e o príncipio da função social da propriedade (Tocantins, 2022).

4 Conclusão

iante do estudo realizado, percebe-se que o instituto da usucapião, tradicionalmente concebido como uma forma originária de aquisição da propriedade privada, possui fundamentos nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade e da efetivação do bem comum. O Código Civil de 2002, lei federal vigente até os dias atuais, ao regulamentar suas diversas modalidades, estabelece critérios diversos para cada uma das finalidades do instituto, embasando-se principalmente na utilidade social e econômica da propriedade, se esse é ou

11 Sobre o tema, explica o professor e jurista Flávio Tartuce, discorrendo sobre como a função social da posse é intrinsicamente ligada a função social da propriedade, no passo em que, ambos devem ser aplicados em conjunto ao princípio constitucional da isonomia substancial, para assim, os seus efeitos possuírem plena eficácia (Tartuce, 2025).

não utilizada como moradia, se o legítimo possuidor detém outros imóveis sob seu domínio, entre outros.

Contudo, ao se tratar da aplicabilidade da usucapião sobre bens públicos, definidos e previstos no artigo 99 da Lei n°10.406/2002 — especialmente os dominicais —, encontra-se um ponto de tensão entre a proteção absoluta do patrimônio estatal, conforme consagrado pela Súmula 340 do Supremo Tribunal Federal (datada de 1963), e a realidade concreta de imóveis públicos que permanecem desocupados, subutilizados ou mesmo abandonados, contrariando sua destinação e, portanto, a própria função social da propriedade, princípio consagrado na Constituição Federal em diversos dispositivos. Tal impasse revela a necessidade de revisão crítica do atual entendimento jurisprudencial, principalmente quando este se ancora em uma interpretação rígida, anterior à Carta Magna de 1988, e descolada do atual paradigma constitucional, que privilegia a função social, o interesse coletivo e a efetividade dos direitos fundamentais. A jurisprudência, doutrina e legislação, precisa atender as necessidades da sociedade, e a presente vinculação, se exemplifica inclusive, através da usucapião coletiva, modalidade criada para atender àquelas comunidades e famílias que vivem em elevado número de indivíduos em pequeno espaço territorial.

Consoante ao exposto, defende-se a possibilidade de relativização da imprescritibilidade dos bens públicos formalmente registrados, com a necessidade de elaboração de critérios a serem atendidos para tal efeito incidir sob estes imóveis que ostentam regime jurídico diferenciado, principalmente nos casos em que reste comprovado o descumprimento de sua função social e o exercício contínuo, pacífico e duradouro da posse por parte de particulares, atendidos todos os demais requisitos legais da usucapião. Tal perspectiva, já ensaiada em decisões isoladas de Tribunais Estaduais e defendida por respeitados doutrinadores, mostra-se como um caminho promissor para a harmonização entre o princípio da supremacia do interesse público e a concretização da justiça social, tudo através da função social da propriedade.

Portanto, a superação da rigidez da Súmula 340 do STF e a possibilidade de aplicação da usucapião em situações excepcionais não significam uma afronta ao patrimônio público, mas sim uma reinterpretação constitucionalmente orientada que visa dar efetividade ao princípio da função social da propriedade, o qual deve reger todas as relações que discutam a propriedade.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Senado Federal: Sesmarias e terras devolutas.** Brasília, DF, jun. 2003. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/865/RIL158_2_20.pdf?sequence=4. Acesso em: 15 de mai. 2025.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **O Princípio Fundamental da Dignidade Humana e sua Concretização Judicial**. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, 07 de março de 2009. Disponível em: file:///C:/Users/bruno/Downloads/o_principio_fundamental_da_dignidade_humana_e_sua_concretizacao_judicial.pdf. Acesso em: 15 de mai. 2025.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de mai. 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 de mai. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n°619. Ramo do direito: Civil. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Diário Oficial de Justiça: Brasília, DF, 30 out. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/download/5048/5175. Acesso em: 15 de mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n°340. Ramo do direito: Civil. Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963. Diário Oficial de Justiça, Brasília, DF, 28 nov. 1963. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula340/false. Acesso em: 15 de mai. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n°340. Ramo do direito: Civil. Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963. Diário Oficial de Justiça, Brasília, DF, 28 nov. 1963. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula340/false. Acesso em: 15 de mai. 2025.

GIACOMELLI, Cinthia Louzada Ferreira. **Direito civil VI: direitos reais**. 1. ed. Porto Alegre: Sagah, 2021. E-book.

KOSZURA, Alessandra. **Faixa de Domínio Rodoviária**. Conceito, natureza jurídica, uso compartilhado. Repositório

PUCCP: São Paulo, 2012. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://ariel.pucsp.br/bitstream/handle/33626/1/ALESSANDRA%20KOSZURA.pdf. Acesso em: 15 de mai. 2025.

MORAES, Julia Thais de Assis; RIGOLDI, Vivianne. **O pluralismo jurídico e o direito consuetudinário das comunidades indígenas face ao ordenamento jurídico brasileiro.** Revista Meritum, Belo Horizonte, v. 15, n. 3, p. 289-302, set./dez. 2020. DOI: https://doi.org/10.46560/meritum.v15i3.7881. Disponível em: https://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/7881. Acesso em: 15 de mai. 2025.

MUKAI, Toshio. Impossibilidade jurídica da desafetação legal de bens de uso comum do povo, na ausência de desafetação de fato: Legal impossibility of legal disablement of goods for common use of the people, in the absence of fact disablement. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 4, n. 15, p. 359–365, 2020. DOI: 10.48143/RDAI.15.toshiomukai.2. Disponível em: https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/224. Acesso em: 15 maio. 2025.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível – 0001527-52.2022.8.16.0112 da Comarca de Marechal Cândido Rondon. Relatora: Des. Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa. 26 de março 2025. Curitiba, PR: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, [2023]. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000031431841/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001527-52.2022.8.16.0112#integra_4100000031431841. Acesso em: 15 de mai. 2025.

PARANÁ (Estado). Ministério Público do Estado do Paraná. **STJ decide que usucapião não se aplica a imóveis de sociedades de economia mista com destinação pública**. Paraná: Curitiba. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/civel/Noticia/STJ-decide-que-usucapiao-nao-se-aplica-imoveis-de-sociedades-de-economia-mista-com#:~:text=CAOP%20Informa-,STJ%20decide%20que%20usucapi%C3%A3o%20n%C3%A3o%20se%20aplica%20a%20im%C3%B3veis%20de,mista%20que%20tenham%20destina%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica. Acesso em: 15 de mai. 2025.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. **O Princípio da Função Social no Direito Civil Contemporâneo**. Rio de

Janeiro, RJ: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2014. Professor Gustavo Tepedino. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2727414/Maria_Helena_Ramos_de_Freitas.pdf. Acesso em: 15 de mai. 2025.

SALES, Janaina Paiva. **Investigações sobre o direito de propriedade no império romano. Os aspectos jurídicos, econômicos e sociológicos da propriedade em roma**. 15. ed. São Paulo: Revista Pensamento Jurídico, 2021. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/RPensam-Jur_v.15_n.1.02.pdf. Acesso em: 15 de mai. 2025.

SALLES, José Carlos de Moraes. **Usucapião de Bens Imóveis e Móveis.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 48/49.

SARMENTO, Débora Maria Barbosa. **Usucapião e suas modalidades**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Série Aperfeiçoamento de Magistrados: direitos reais, 2011. 16. Ed. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/publicacoes/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/16/direitosreais_51.pdf. Acesso em: 15 de mai. 2025.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **Usucapião coletiva**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/357/edicao-1/usucapiao-coletiva. Acesso em: 15 de mai. 2025.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função Social da Propriedade: The Social Role of Property. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI**, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 3, n. 10, p. 403–423, 2019. Disponível em: https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/249. Acesso em: 15 maio. 2025.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das coisas**, vol. 4. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Apelação Cível. Relatora: Desembargadora Maysa Vendramini Rosal, 3ª Turma da 1ª Câmara Cível. Julgado em: 31 ago. 2022, Diário Oficial de Justiça: Brasília, DF, 01 set. 2022. Acesso em: 15 de mai. 2025.

Capítulo 18

MUDANÇA NA SIGNIFICAÇÃO DO TRABALHO POR PARTE DO EMPREGADO

Ana Carolina da Silva Laurindo Barboza[1]
Raiane Saara Aparecida Silva[2]
Fernanda Resende Severino[3]

1 Introdução

Com o passar dos anos, o conceito de trabalho alterou-se significativamente, devido ao advento da tecnologia, trazendo novas formas de trabalho, bem como a influência da flexibilização das normas trabalhistas. Ocasionou, assim, precarização das condições de trabalho, bem como afetou negativamente o empregado que em tese deveria ser protegido pela legislação.

O trabalho formal que antes era considerado, pela geração de nossos pais, como uma fonte de segurança, prestígio e garantia de uma vida digna, agora é encarado pelos jovens como uma forma de prisão, insegurança, desvalorização e redução de direitos. O assunto não aborda apenas uma questão econômica, mas também sociocultural, pois essa modificação afeta diretamente as futuras relações de trabalho e como a próxima geração lidará com elas.

A presente pesquisa tem por objetivo compreender como os obreiros, em seu dia a dia, percebem a mudança no significado do trabalho, bem como seus sentimentos em relação a isso, contextualizando com os desafios que surgiram com a mudança, devido à mentalidade da geração atual.

A metodologia adotada na estruturação do presente resumo expandido será o método pesquisa de campo, no qual foram feitas entrevistas

1 Graduanda de Direito na Universidade Una–Lafaiete. Servidora Federal. Técnica Judiciária no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG).

2 Graduanda de Direito na Universidade Una–Lafaiete. Técnica de Enfermagem no Hospital Fundação Ouro Branco.

3 Doutoranda em Proteção aos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Mestre em Proteção aos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em Docência. Especialista em Formação Superior de Professores. Especialista em Direito Público. Professora nos Curso de Direito e Gestão e Negócios na UNA-LAFAIETE. Autora de Livro e de artigos jurídicos. Advogada.

com trabalhadores de idades e profissões diversificas, objetivando-se a coleta de dados empíricos sobre suas percepções e experiências acerca do tema, focando em entender como as alterações no conceito de trabalho impactaram na vida profissional da classe trabalhadora.

2 Mudança de significado

Antigamente, o trabalho era visto apenas como uma fonte de renda, portanto ele era trocado por uma compensação pecuniária e esperava-se que os operários se sentissem gratos por isso e, de fato, sentiam-se. Por muito tempo a ideologia de que o trabalho dignifica o homem foi aceita e esteve muito presente na vida das pessoas. Porém, fatores econômicos, sociais e tecnológicos passaram a alterar essa ideologia inserida e o trabalho que antes era visto como uma forma de liberdade e realização, transformou-se em obrigação, frustração e sofrimento.

Essa mudança de percepção é uma resposta à evolução da sociedade, na qual as prioridades e valores dos trabalhadores significam uma ressignificação subjetiva do trabalho na vida do indivíduo. Para a estruturação da pesquisa de campo, com objetivo de coletar dados empíricos, foram elaboradas nove perguntas questionando como o trabalho era visto e tratado pelos pais dos entrevistados, como os próprios enxergavam nos dias atuais e qual sentimento tinham em relação a isso. As entrevistas foram realizadas de forma presencial e via mensagens.

Ao serem questionadas sobre essa ressignificação, Beatriz e Ana Luísa responderam:

> "Meus pais sempre viram o emprego registrado como algo bom. Justamente devido a ter uma garantia por ser registrado e em casos de doenças ou acidentes, você ter uma certa segurança. Hoje em dia os jovens não toleram mais certos tipos de tratamentos que os mais antigos toleravam para se manter num emprego. Hoje temos uma flexibilidade que eu acredito que nos tempos passados não havia. [...] Antigamente as pessoas focavam apenas no salário, independente se o trabalho era de domingo a domingo, sem um descanso." (Beatriz Barbosa Laurindo, administradora)

> "Meus pais diziam que antigamente, ter um emprego registrado era importante para constar seus anos de contribuição e para ter o direito da aposentadoria. A geração atual tem buscado outras opções além da carteira assinada, acredito que não seja questão de não se orgulhar; porque todo trabalhado é digno, mas sim de buscar melhores condições de trabalho [...] hoje em dia, os jovens têm mais conhecimento por conta do avanço tecnológico, tem mais liberdade em se expressar e tem

> priorizado bastante em cuidar de sua saúde, se colocando acima do emprego, coisa que muitas pessoas antigamente não faziam. Antigamente, o mais importante era ter um emprego em si, eles não faziam nenhum tipo de exigências." (Ana Luísa da Silva Laurindo Barboza, graduanda de Análises e Desenvolvimento de Sistemas - Unicesumar)

O trabalho de nossos pais era visto por eles como um fator de valorização e socialização, mesmo que fosse algo extremamente pesado e braçal, eles não questionavam, na verdade, sentiam-se honrados e orgulhosos por fazê-lo, desde que recebessem para isso. Para eles, o trabalho vinha em primeiro lugar, já para a geração atual, o trabalho está em segundo plano em suas vidas. O salário não é mais o fator primordial, agora as pessoas querem ser ouvidas, querem ter suas demandas atendidas e se sentirem valorizadas no ambiente de labor. As pessoas não querem ser apenas mais um número dentro de uma empresa.

Em complementação ao exposto acima, Gabriel e Rejane salientam:

> "Muitas vezes o trabalhador só é tratado como um número, não sendo pensado em suas condições de trabalho, bem-estar e segurança." (Rejane Pereira Moreira, técnica de enfermagem)

> "A mentalidade das pessoas mudou. Há 30 anos atrás, o trabalho era encarado como uma instituição sagrada, em que era comum ficar mais de 30 anos em um emprego apenas. Hoje, as pessoas mudam de emprego com mais facilidade, já que surgiram mais postos de trabalho. E as pessoas ficam menos tempo nas empresas." (Gabriel Bandeira Jacó, funcionário público)

A partir dos depoimentos prestados, pode-se perceber que outro fator que influenciou diretamente o conceito de trabalho foi a capacitação profissional. Antes, devido ao trabalho das massas está mais voltado para a repetição de determinada tarefa e o esforço físico, as pessoas não buscavam o aperfeiçoamento intelectual, pois como já explicitado anteriormente, apenas o salário importava. Essa concepção foi mitigada e, logo depois, a formação universitária começou a ser vista como um "passaporte" para um emprego bem-sucedido. Então, a partir desse ponto, nasce uma geração mais focada no conhecimento e no desenvolvimento intelectual.

Esse novo cenário contribuiu para uma maior busca por autonomia e satisfação social, já que as novas profissões que foram surgindo, devido às mudanças tecnológicas e à automação, não estão mais pautadas apenas no serviço braçal, mas sim no conhecimento.

O estudo proporcionou aos trabalhadores maior liberdade, podendo escolher o tipo de serviço que quer realizar. Para os jovens, diferentemente

de seus pais, apenas serem registrados não bastam, eles buscam também uma flexibilidade de horário que os possibilitem ter uma vida além do trabalho.

> "Com o passar do tempo, as pessoas estudaram e se capacitaram, o trabalho de carteira assinada deixou de ser prioridade. Muitos hoje preferem eles mesmos fazerem o seu horário. [...] No momento eu trabalho como CLT, vejo pouca vantagem. Eu mesma não posso ter flexibilidade de horário." (Edneia Rosa Bandeira, empregada doméstica)

> "O jovem muitas vezes quer se qualificar na universidade ou optar por um ganho via internet. O trabalho virou meramente uma convenção social para o jovem." (Gabriel Bandeira Jacó, funcionário público)

> "Os jovens de hoje querem sua liberdade, então faz com que eles corram mais atrás e lutem por seus objetivos. Creio que antigamente as pessoas trabalhavam para se manter e cumprir suas obrigações." (Lorena Santos, técnica de enfermagem)

Com a capacitação, o trabalhador passou a se enxergar como dono de si mesmo, uma vez que é o responsável por sua própria carreira, pois o seu conhecimento se tornou seu meio de produção, onde está o seu valor. Em razão disso, a geração contemporânea prioriza a autonomia, preferindo ter o controle de seu modo de trabalho, podendo escolher com o que trabalhar e não aceitando mais trabalhos que considerem inferiores as suas habilidades intelectuais.

Portanto, a medida em que a sociedade foi evoluindo, as prioridades foram mudando. Os novos operários começaram a questionar as formas de trabalho existentes, buscando mais flexibilidade, valorização da qualidade de vida, equilíbrio entre a vida pessoal e profissional e, acima de tudo, não apenas a execução repetida de tarefas, mas um propósito naquilo em que está fazendo, desejando contribuir e fazer parte, quem sabe, de algo maior.

3 Por que a flexibilização e a precarização das leis trabalhistas contribuíram para essa mudança?

O trabalho com a Carteira de Trabalho e Previdência Social, conhecido como trabalho formal, há muito tempo era símbolo de segurança, já que garantiu direitos e benefícios para os trabalhadores. No entanto, após a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), que flexibilizou as condições de trabalho, esse modelo vem sendo questionado pelos trabalhadores atuais, uma vez que o trabalho tem se tornado cada vez mais intermitente, ou seja, menos estável e imprevisível.

Na obra "Reforma Trabalhista, Flexibilização e Crise no Direito do Trabalho", a professora Rita de Cássia pontua que "[...] Consolida-se, portanto, o julgamento de que a flexibilização tem como objetivo precípuo reduzir direitos trabalhistas em prol de interesses que permeiam o capital." (, p.83)

E, fundamenta no seguinte sentido:

> A precarização é um processo de afastamento e de redução dos Direitos Humanos e Fundamentais trabalhistas impulsionado pelas alterações no mercado de trabalho e na forma de prestação do serviço que se estrutura mais flexível e efêmera. Essa demanda, traçada pelo mercado, fomenta o aumento dos trabalhos mais flexíveis e passageiros como, por exemplo, os trabalhos temporários, informais e terceirizados. (SCARPA, p. 87)

No atual cenário, as novas formas de contrato de trabalho, como por exemplo, contrato temporário e intermitente, geram instabilidade e insegurança no trabalhador e isso está ligado diretamente com a percepção que eles têm do seu próprio valor no mercado de trabalho.

Com a flexibilização e, consequentemente, a precarização de direitos, as condições desfavoráveis para o trabalhador acarretam uma sensação de extrema falta de proteção e desvalorização dele como pessoa, pois há uma inversão e as empresas que são as beneficiadas nessa relação, então quem realmente necessita do emprego acaba tendo que aceitar de tudo, tornando o emprego formal cada vez menos atraente.

Ao ser questionado sobre as mudanças na legislação e qual a percepção teve em relação a isso, um dos entrevistados respondeu:

> "Vejo que algumas mudanças foram boas, porém outras foram um passo para trás, tais como férias serem divididas em 3 partes, atualização da contribuição sindical, retirada do direito ao pagamento de horas extras, em detrimento do banco de horas, mudança na base de cálculo para adicional de periculosidade, dentre outras... Na minha visão o Brasil ainda tem muito a evoluir para ser um país desenvolvido." (Brendo Vitorino, personal trainer)

Esse sentimento de retrocesso nos direitos impacta no significado de trabalho, porque a carteira assinada deixar de ser vista como representação de prestígio e benefícios.

Devido à redução de direitos, o emprego registrado, muita das vezes, principalmente para a atual geração, não atende mais as suas expectativas. No contrato as funções são claras, apontando suas responsabilidades e tarefas, mas na realidade há uma sobrecarga de trabalho, sem a devida compensação. Isso cria nas pessoas um desejo maior por sua própria autonomia e então há um aumento no trabalho informal.

Sobre esse ponto, quando perguntados se era vantajoso ter um trabalho registrado atualmente, alguns dos entrevistados disseram:

> "Não é vantagem. Para mim hoje, prefiro trabalhar como PJ porque mesmo com a instabilidade econômica, eu tenho mais possibilidades de ganhos financeiros e flexibilidade de horário de quando era CLT." (Brendo Vitorino, personal trainer)

> "Não. Ser CLT não está sendo vantajoso em muitos locais, porque tem escalas desumanas e exaustivas, salário que muito mal dá para sobreviver, além do desgaste exorbitante da saúde mental dos colaboradores, o empregador não tem reconhecimento e respeito por seus funcionários, alguns locais não têm nenhum benefício, não se paga mais hora extra, muitas exigências para pouco salário. Uma boa opção está sendo, ou ser autônomo ou fazer concurso público e muitos estão procurando emprego em outros países." (Ana Luísa da Silva Laurindo Barboza, graduanda de Análises e Desenvolvimento de Sistemas - Unicesumar)

Em complementação, Rita de Cássia aduz:

> Diante dessas novas formas de labor que emergem, a reforma trabalhista, sob o discurso de modernização da legislação trabalhista, também, busca inserir os trabalhadores informais e precarizados na legislação, tratando-os, ora como autônomo, ora como intermitentes. Todavia, ao legalizar o trabalho informal como intermitente produz paralelamente uma gradativa diminuição do rol de trabalhadores protegidos. (SCARPA, p. 273)

O trabalho, da maneira que está hoje, não atrai a geração atual, pois não oferece mais os benefícios e proteção que deveria, fazendo com que as pessoas se sintam presas e limitadas. Então, já que não se tem mais as mesmas seguranças, os trabalhadores estão vivendo na informalidade, fazendo seus próprios horários, à margem da legislação trabalhista.

A falta de equilíbrio entre a vida pessoal e a vida profissional, visto que esta consome todo o tempo não deixando energias para àquela, de fato, contribuiu para a diminuição do orgulho que antes era tão presente na classe operária. Esses fatores fizeram que o sentimento de gratidão por ter um trabalho desse lugar a uma procura por maior liberdade, satisfação pessoal e flexibilidade para viver e aproveitar momentos de lazer.

A busca por autonomia da própria força de trabalho pode até ter pontos positivos, porém geram insegurança financeira, sobrecarga de trabalho, riscos da atividade, bem como a falta de benefícios e proteção. Apesar de poderem decidir e escolher, terem mais controle de suas vidas, o trabalho informal, comparado ao formal, acarreta maiores prejuízos para o trabalhador, já que a renda não é fixa, portanto, ao contrário do que pensam, acabam tendo que trabalhar mais.

Todos esses aspectos refletem e mostram uma transformação social e cultural, pois a geração e mentalidade agora são outras. Portanto, a preservação dos direitos dos trabalhadores é primordial para que o trabalho informal não venha ser a regra. Garantir e assegurar direitos que preservem a dignidade das pessoas são as formas de trazerem de volta o sentimento de dignidade e valorização.

4 Conclusão

om a presente pesquisa, em síntese, possível concluir que o trabalho já não apresenta mais o mesmo significado. A segurança e a proteção não estão mais tão presentes no contrato de trabalho, impactando em como o labor é visto pela sociedade contemporânea e como isso altera as suas expectativas de trabalhos futuros, buscando outras formas de subsistência alheia ao contrato formal.

O estudo revela que a flexibilização das normas trabalhistas gerou precarização, deixando os trabalhadores ainda mais vulneráveis no sistema capitalista. Aqueles que precisam se manter em seus empregos formais, muitas vezes, precisam se submeter às condições exaustivas e isso gera um sentimento de frustração e desvalorização. Os que estão na informalidade, não se sentem atraídos pelo trabalho formal, pois tomando como exemplo aqueles, preferem se colocar acima do trabalho, dado que muitos deles não necessitam tanto assim de uma renda fixa.

Portanto, a mudança no significado do trabalho apresenta profundas transformações ao longo da história e mostram que este fenômeno se deu devido ao desgaste e a desvalorização do obreiro, alterando seus sentimentos em relação ao trabalho. A mudança na legislação também teve uma forte contribuição para essa alteração. Logo, é preciso que as reformas, que visem adaptar o trabalho as novas demandas do mercado, tenham por objetivo assegurar e proteger a parte hipossuficiente da relação, resgatando neles a sensação de um trabalho valorizado e digno.

Referências

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 20 mai. 2025.

SCARPA, Rita de Cássia Nogueira de M. **Reforma Trabalhista, Flexibilização e Crise no Direito do Trabalho.** São Paulo: Almedina, 2023. E-book. p.1. ISBN 9786556278308. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556278308/. Acesso em: 06 abr. 2025.

Capítulo 19

A CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍCIA MUNICIPAL DE CHAPECÓ

Robson Fernando Santos[1]
Eduardo Destri Schwengber[2]
Vinicios Antonio Ranzan[3]

1 Introdução

Esta pesquisa se propõe a analisar a criação da Polícia Municipal de Chapecó pela Lei Complementar 866/2025 do Município de Chapecó/SC, sob a luz do Direito Constitucional e da jurisprudência em vigor. A existência de corporações municipais voltadas à segurança pública está amparada na Constituição Federal de 1988, que permite a criação de guardas municipais. Em Chapecó, este órgão foi criado formalmente em 1992 com pouca relevância, reformulado em 2009, com uma reforma substancial em 2021 e agora em 2025, com a novel interpretação do STF ao julgar o RE 608.588, cuja Lei é objeto de estudo deste trabalho.

As novas mudanças e a competência de atuação, assim como a substituição do nome "Guarda Municipal" por "Polícia Municipal", deram gênese ao problema de pesquisa que discorreu se a LC 866/2025, está em conformidade com o ordenamento jurídico, especialmente no Direito Constitucional?

O objetivo deste trabalho é avaliar a constitucionalidade da criação do Departamento de Polícia Municipal de Chapecó e sua respectiva Polícia Municipal. Para isso, analisará a competência originária da Guarda Municipal e a decisão do STF que estendeu a competência dessas corporações, avaliar

1 Pós Doutor pela Flacso/UnB, Doutor pela PUC/PR, Mestre pela UFSC, Especialista em Direito Processual Civil pela Unochapecó, pós graduado pela FEMPAR. Docente da Uceff - Chapecó/SC. E-mail: santosrobsonfernando@gmail.com.

2 Especialista em Direito Civil pela FIE, Especialista em Direito Processual Civil pela UFPR. Docente da Uceff – Chapecó/SC. E-mail: direito.chapecó@uceff.edu.br.

3 Bacharel em Jornalismo, pós-graduado em Comunicação Política. Acadêmico do Curso de Direito da Uceff Chapecó/SC, membro do Grupo de Pesquisa Escolas de Altos Estudos do Curso de Direito da Uceff Chapecó/SC – EAE do Curso de Direito da Uceff Chapecó/SC.E-mail: viniranzan@hotmail.com.

as mudanças e constitucionalidade da Polícia Municipal de Chapecó em suas atribuições e modelo organizacional.

Outros pontos de atenção quanto ao tema é a adoção do nome "Polícia Municipal", em substituição ao termo "Guarda Municipal" e a limitação territorial ao perímetro urbano, que será detalhada no decorrer deste trabalho.

O tema é relevante e atual, pois as guardas municipais têm ganhado cada vez mais protagonismo como parte do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) e esse tipo de reforma, como em Chapecó, é um reflexo disso. No entanto, ainda não estão muito bem definidos alguns limites. Quando a guarda chapecoense foi criada, por exemplo, havia atribuições restritas à segurança do patrimônio e espaços públicos, e os guardas não tinham porte de arma, o que dificultava a ocorrência de choque de competência com as outras forças de segurança. Esse cenário mudou, a Guarda, hoje Polícia Municipal, tem mais atribuições, mais estrutura, uma complexidade organizacional maior e, como consequência, uma maior necessidade de análise constitucional sobre sua natureza.

2 A nova reformulação da Guarda Municipal pelo STF

Em julgamento recente do RE 608.588, a Suprema Corte, regulamentou a atribuição das Guardas Municipais, que vão além da proteção patrimonial e incluem policiamento ostensivo e comunitário, atendendo demandas de municípios com interesse na intensificação dos trabalhos de sua guarda.

Em 20 de fevereiro do ano vigente, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu, por maioria, o Tema 656 da repercussão geral, deu provimento ao Recurso Extraordinário da Câmara Municipal da Cidade de São Paulo, declarando a constitucionalidade do art. 1º, inciso I, da Lei 13.866/2004 do Município de São Paulo.

Exceto pelos votos dos Ministros Cristiano Zanin e Edson Fachin, que julgavam prejudicado o recurso extraordinário e da Ministra Cármen Lúcia, que justificou sua ausência, os demais Ministros atenderam o voto do Relator Min. Luiz Lux, foi decidido que é "constitucional, no âmbito dos municípios, o exercício de ações de segurança urbana pelas Guardas Municipais, inclusive policiamento ostensivo e comunitário, respeitadas as atribuições dos demais órgãos de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição Federal e excluída qualquer atividade de polícia judiciária, sendo submetidas ao controle externo da atividade policial pelo Ministério

Público, nos termos do art. 129, inciso VII, da CF. Conforme o art. 144, § 8º, da Constituição Federal, as leis municipais devem observar as normas gerais fixadas pelo Congresso Nacional".

Diante disso, todos os Municípios reformularam suas Guardas Municipais, haja vista que na mesma decisão, o STF reconheceu que essas forças de segurança, integram o Sistema de Segurança Pública, com a competência de coibir ações criminosas, contudo, também definiu que as respectivas Leis Municipais devem atender as normas gerais fixadas pela Lei nº 13.022 de 08 de agosto de 2014.

2.1 A criação da Polícia Municipal de Chapecó/SC

Em Chapecó, a Lei Complementar 866/2025 revogou totalmente as leis complementares anteriores que dispunham sobre a criação e organização da Guarda Municipal, parte dos textos revogados foram mantidos, mas há grandes acréscimos relacionados à estrutura organizacional, nomenclatura do órgão, departamentos e cargos, e algumas adições que ampliam a atuação do órgão.

Por exemplo, foi acrescentado no art. 5º, que trata dos princípios mínimos de atuação, o seguinte texto no inciso IV: "o exercício de ações de segurança urbana, inclusive o policiamento ostensivo comunitário, respeitadas as atribuições dos demais órgãos de segurança pública previstas no art. 144 da Constituição Federal e excluída qualquer atividade de polícia judiciária".

No art. 6º, que trata das competências do órgão, foram acrescentadas duas novas competências: "XXI - realizar ações de segurança urbana, inclusive o policiamento ostensivo comunitário, respeitadas as atribuições dos demais órgãos de segurança pública previstas no art. 144 da Constituição Federal" e "XXII - outras atribuições fixadas em lei".

O policiamento ostensivo é um dos pontos chaves do que se pretende com a nova lei e a nova nomenclatura do órgão. A até então chamada Guarda Municipal já tinha atuação clara na fiscalização de posturas, de bens públicos e do trânsito, entre outras obrigações. Com a nova reforma, as atribuições estão mais condizentes com o nome Polícia Municipal e do cargo de policial municipal.

De outro norte, em questões já consolidadas no ordenamento jurídico, não resta dúvida sobre a permissão do porte de arma de fogo para agentes das guardas municipais, pois o STF garantiu o porte à todas as

guardas municipais do país, mas é importante salientar que essa permissão, que consta no artigo 16º do Estatuto Geral das Guardas, está presente no art. 13º da lei municipal em análise.

Reconhecer as guardas como parte do SUSP conferiu o entendimento de que suas atribuições vão além da vigilância de espaços e estruturas públicas e das funções de trânsito. Daí vem a necessidade do porte para a própria segurança dos agentes e da população, e também a compreensão de que a atuação das guardas podem compreender também o policiamento ostensivo.

Também não restam dúvidas sobre a permissão aos guardas municipais efetuarem prisões em flagrante e encaminharem ocorrências à autoridade policial, em atuação que integre a guarda com os demais órgãos, visando a união de esforços para o combate à criminalidade. O decreto que regulamenta a cooperação com os demais órgãos do SUSP (Decreto nº 11.841/2023) prevê que:

> Art. 5º Na hipótese de ocorrências que configurem ilícito penal, as guardas municipais poderão:
>
> I - realizar a prisão em flagrante dos envolvidos, na forma prevista nos art. 301 e art. 302 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal;
>
> II - apresentar o preso e a correspondente notificação circunstanciada da ocorrência à polícia judiciária competente para a apuração do delito; e
>
> III - contribuir para a preservação do local do crime, quando possível e sempre que necessário.
>
> II - apresentar o preso e a correspondente notificação circunstanciada da ocorrência à polícia judiciária competente para a apuração do delito;

A parte relacionada ao controle da Polícia Municipal está de acordo com o que exige o Estatuto Geral das Guardas (Lei 13.022/2014) e a Constituição Federal, criando a Ouvidoria e Corregedoria como órgãos de controle interno autônomos e independentes, conforme prevê o estatuto, e atribuindo ao Ministério Público o controle externo, de acordo com a Constituição Federal.

2.2 Da constitucionalidade da nova nomenclatura

Apesar do avanço legal e jurisprudencial no sentido de ampliar as atribuições das guardas, a mudança no nome do órgão, por outro lado, não encontra respaldo no atual ordenamento jurídico. Com a alteração da

nomenclatura pela Lei Complementar 866, também os atuais cargos de "Guarda Municipal" passam a denominar-se "Policial Municipal".

Embora admita o policiamento, o Estatuto não equipara as guardas à condição de polícia e, por tratar-se de corporação civil, veda o uso de denominações militares em seu art. 19: "A estrutura hierárquica da guarda municipal não pode utilizar denominação idêntica à das forças militares (postos, graduações, títulos, uniformes, distintivos e condecorações)", mas permite que a corporação utilize outros nomes já consagrados, conforme diz o parágrafo único, do art. 22: "Assegura a utilização de denominações consagradas pelo uso, como guarda civil, guarda civil municipal, guarda metropolitana e guarda civil metropolitana".

É cediço que a nomenclatura utilizada não é rígida, mas é limitada às opções dadas pelo próprio texto do Estatuto e também da Constituição Federal, que em seu art. 144, dispõe o rol dos órgãos responsáveis pela segurança pública e ali consta, no § 8º, que os municípios poderão constituir "guardas municipais", sem qualquer previsão de para o termo "polícias" municipais.

Neste azo, a interpretação do art. 144 se dá como taxativo, ou seja, expressa-se em sua magnitude o princípio da legalidade, permitindo apenas o que está expressamente escrito, porém, isso não desqualifica a Guarda como integrante do rol de órgãos da segurança pública. Nesse prado, o assunto foi tratado na ADPF 995, que resultou na inconstitucionalidade de todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública e que o deslocamento topográfico da disciplina no texto constitucional não os desconfigura como agentes de segurança pública.

A Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul é uma exceção, mas ela está formalmente constituída e com as devidas atribuições de Polícia Militar, não são casos de natureza similar.

O STF já analisa caso parecido em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) questionando decisão liminar do Tribunal de Justiça de São Paulo que suspendeu a alteração do nome da Guarda Civil Metropolitana para "Polícia Municipal de São Paulo" em lei municipal. O TJSP impediu a mudança, alegando a presença de "*fumus boni iuris*" (indícios de bom direito) e "*periculum in mora*" (risco de dano irreparável ou de difícil reparação), pois a alteração do nome implicaria em diversas providências administrativas, com prejuízo ao erário municipal e aos munícipes, caso a alteração fosse revertida posteriormente.

A Fenaguardas (Federação Nacional de Sindicatos de Guardas Municipais) arguiu que a alteração da nomenclatura não exclui a Guarda Municipal nem desnatura a instituição, apenas agrega outra nomenclatura permitida pela Lei Federal nº 13.022/2014, sem se desvincular da Constituição Federal.

Em decisão monocrática de medida liminar, o ministro Flávio Dino argumenta que a Constituição Federal, em seu art. 144, § 8º, utiliza a nomenclatura "guardas municipais" de forma categórica e sistemática, reservando a terminologia "polícia" a órgãos específicos (Polícias Federal, Rodoviária Federal, Civis, Militares e Penais). De acordo com Min. Dino, a escolha da nomenclatura pelo constituinte reflete uma distinção jurídica e política entre os diferentes órgãos de segurança pública. A legislação infraconstitucional federal, como a Lei nº 13.675/2018 (SUSP) e o Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei nº 13.022/2014), reforça essa distinção ao listar as guardas municipais como integrantes operacionais da segurança pública, sem atribuir-lhes a denominação de "polícia". Em sua decisão, o Ministro declarou que "em nenhum momento o texto constitucional confere às guardas municipais a designação de 'polícia', reservando essa terminologia a órgãos específicos, como as Polícias Federal, Rodoviária Federal, Civis, Militares e Penais", portanto, a decisão do Tribunal de Justiça que proibiu a mudança administrativa (placas, uniformes, viaturas, propagandas, etc.) foi acertada, segundo Dino, considerando a intensidade dos efeitos e o risco de dano irreparável. A ADPF ainda precisa ser votada pelo Plenário do Supremo.

O Decreto nº 11.841/2023 segue o mesmo sentido, mas usa em seu art. 2º o termo patrulhamento "preventivo" em vez de "ostensivo", o que limitaria mais a sua atuação. Porém, o STF já reconheceu a validade do policiamento ostensivo no RE 608.588 (Tema 656 da Repercussão Geral). Outro ponto que limita mais a atuação da guarda é o § 2º do art. 3º, que estabelece que quando os guardas municipais atenderem ocorrências emergenciais, deverão se ater à "realizarão os procedimentos preliminares iniciais, acionarão os órgãos de segurança pública cuja atuação seja necessária e prestarão apoio para a continuidade do atendimento", reduzindo o papel da guarda para não invadir a competência e atribuição de outros órgãos do SUSP.

2.3 A nova estrutura implementada em Chapecó/SC

A Lei Complementar nº 866/2025 ao criar o Departamento de Polícia Municipal, responsável por coordenar as ações e atividades da Polícia Municipal e o exercício de ações de segurança urbana, inclusive o policiamento ostensivo comunitário, também cria duas divisões dentro do departamento: Divisão Avançada de Ações de Policiamento Rural e Divisão de Ações de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, cujos nomes já explicitam suas funções. Ainda, prevê a criação dos cargos de Ouvidor e Corregedor da Polícia Municipal, responsáveis pelo controle interno da atividade, independentes e autônomos em relação ao Departamento de Polícia Municipal.

Embora o Tema nº 656 do STF mencione explicitamente "ações de segurança urbana", a Lei nº 13.022/2014 não restringe as competências das guardas municipais apenas à área urbana. Ela se refere à proteção de bens, serviços, logradouros públicos e instalações do Município, bem como a atuação no território do Município para a proteção sistêmica da população que utiliza esses bens, serviços e instalações.

Bens, serviços e instalações municipais, como escolas rurais, postos de saúde, estradas municipais, áreas de preservação ambiental, entre outros exemplos, podem estar localizados na área rural do município. Nestes casos, a atuação estaria devidamente respaldada.

A Lei Complementar de Chapecó, ao prever o policiamento ostensivo comunitário e a proteção de bens, serviços e instalações municipais, parece estar alinhada com o entendimento do STF no Tema 656 e com as competências gerais e específicas estabelecidas na Lei nº 13.022/2014. O ponto específico sobre o policiamento na área rural não é explicitamente abordado nas teses de repercussão geral ou em decisões transcritas que delimitem a atuação geográfica das guardas municipais estritamente ao perímetro urbano.

A Lei nº 13.022/2014 e a própria Constituição, ao mencionarem a proteção de bens, serviços e instalações municipais e a atuação no território do Município, podem abranger áreas rurais onde tais bens e serviços se localizem, ou onde a população do município necessite dessa proteção em conexão com os serviços e instalações municipais. A lei de Chapecó também menciona a atuação em "segurança urbana e rural" e "policiamento ostensivo comunitário", respeitando as atribuições dos demais órgãos de segurança pública, o que está em conformidade com a ressalva do STF em Tema 656.

A questão da constitucionalidade específica da atuação em área rural não é está diretamente definida, mas a base constitucional e federal autoriza a proteção de bens e serviços municipais e a atuação no território do município, o que poderia se estender a áreas rurais onde estes existam.

2.4 Da constitucionalidade da nova Polícia Municipal

Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) número 57 de 2023, que propõe alterar o inciso VII, do art. 144 da Constituição Federal, para incluir formalmente as "Polícias Municipais" como órgãos de segurança pública.

O objetivo da PEC é adequar o texto constitucional para garantir segurança jurídica, eficácia e efetividade às políticas públicas de segurança municipais, baseando-se nos avanços legislativos federais, como o Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei nº 13.022/2014), o Sistema Único de Segurança Pública (Lei nº 13.675/2018) e decisões do STF.

Na justificativa da PEC, consta que "o papel das Guardas Municipais ganhou novos contornos no ano de 2014, quando a vigência da Lei Federal nº 13.022/2014 possibilitou enorme avanço no controle dos índices das violências e da criminalidade" por meio de políticas municipais.

A presença efetiva das Guardas Municipais no sistema de segurança pública foi reafirmada na lei do SUSP (Lei nº 13.675/2018) e sua atividade como típica de segurança pública foi reconhecida pelo STF na ADPF 995, onde o voto do relator destaca que "Guardas Municipais têm o poder-dever de prevenir, inibir e coibir, pela presença e vigilância, infrações penais ou administrativas e atos infracionais", o que caracteriza a atividade como típica de segurança pública.

Uma das consequências da aprovação desta PEC resolveria parte relevante da discussão, pois permitiria que as guardas municipais legalmente instituídas passariam a utilizar o nome de "polícias municipais".

3 Das considerações finais

Há um reconhecimento legal (Lei nº 13.022/2014 e Lei nº 13.675/2018) e jurisprudencial (STF - RE 608588) crescente das Guardas Municipais como integrantes do sistema de segurança pública, com atribuições que vão além da proteção patrimonial e incluem policiamento ostensivo e comunitário. O STF delimita claramente que as Guardas

Municipais não podem exercer funções de polícia judiciária, que envolvem o papel de investigação de crimes.

A alteração da nomenclatura de "Guarda Municipal" para "Polícia Municipal" é objeto de debate e litígio judicial. A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional federal utilizam a terminologia "guarda municipal", reservando "polícia" para outros órgãos, refletindo uma distinção deliberada. No entanto, há um movimento (PEC 57/2023) para alterar a Constituição e permitir formalmente o uso da nomenclatura "polícia municipal".

Com exceção da transformação de Guarda para Polícia, o texto da Lei Complementar que cria a Polícia Municipal de Chapecó não traz elementos literais que ferem frontalmente a legislação federal. Majoritariamente, o texto está de acordo com o Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei 13.022/2014), restante a questão das duas divisões especializadas da Polícia Municipal de Chapecó, que envolvem o policiamento rural, que carece de expressa previsão legal federal e também o enfrentamento à violência doméstica, matéria que tem na Polícia Militar as responsabilidades atinentes à prevenção e na Polícia Civil a repressão de crimes desta natureza.

A Lei Complementar nº 866/2025 estabelece que a Polícia Municipal de Chapecó exercerá jurisdição em toda a extensão territorial do município. Embora o STF mencione "ações de segurança urbana", a Lei nº 13.022/2014 não restringe as competências das guardas municipais apenas à área urbana.

Por meio da Lei Complementar 866/2025, Chapecó busca protagonismo no combate à criminalidade com uma força de segurança municipal que atue como polícia e ilustra a pressão municipal por mudanças. A PEC 57/2023 reflete a percepção de que o papel das Guardas Municipais evoluiu na prática, justificando a necessidade de adequação do texto constitucional para reconhecer formalmente sua função no âmbito da segurança pública e permitir a alteração da nomenclatura.

Perceba-se, portanto, que as Guardas Municipais têm entre suas atribuições primordiais o poder-dever de prevenir, inibir e coibir, pela presença e vigilância, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais. Trata-se de atividade típica de segurança pública exercida na tutela do patrimônio municipal. Igualmente, a atuação preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais é atividade típica de órgão de segurança pública.

Em suma, há uma evolução na compreensão e no papel das Guardas Municipais no Brasil, reconhecendo-as como parte do sistema de segurança pública com atribuições que incluem o policiamento ostensivo e comunitário. No entanto, a questão da nomenclatura "Polícia Municipal" permanece controversa e em disputa legal. A legislação municipal de Chapecó exemplifica a iniciativa local em adotar a nova nomenclatura, formalizando a mudança em nível municipal, enquanto a PEC 57/2023 busca essa formalização em nível federal. Porém, o STF e a legislação federal atual mantém a distinção e consideram inconstitucional.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.022, de 8 de agosto de 2014**. Dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais. Brasília, 2014.

BRASIL. **Decreto nº 11.841, de 21 de dezembro de 2023**. Regulamenta os incisos IV, XIII e XIV do caput e o parágrafo único do art. 5º da Lei nº 13.022, de 8 de agosto de 2014, para dispor sobre a cooperação das guardas municipais com os órgãos de segurança pública da União, dos Estados e do Distrito Federal. Brasília, 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018**. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública. Brasília, 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 995, Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Brasília, 24 de abril de 2024. Diário da Justiça Eletrônico, n. 93, p. 1-3, 09 maio 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6654183. Acesso em: 11 maio 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1214, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Brasília, 08 de maio de 2024. Diário da Justiça Eletrônico, n. 102, p. 1-3, 20 maio 2024. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6725822. Acesso em: 11 maio 2025.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 608588, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Brasília, 20 de fevereiro de 2025. [Dados da Publicação a serem incluídos após a publicação].

Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcessProcesso=RE&numeroTema=656. Acesso em: 11 maio 2025.

BRASIL. Município de Chapecó. Lei Complementar nº 866, de 10 de abril de 2025. Dispõe sobre a criação do Departamento de Polícia Municipal e da Polícia Municipal, no município de Chapecó, altera e cria dispositivos em legislações municipais que especifica e dá outras providências. Diário Oficial Eletrônico do Município de Chapecó, Chapecó, 11 de abril de 2025. Disponível em: https://www.diariomunicipal.sc.gov.br//atos/7139902. Acesso em: 11 maio 2025.

BRASIL. Município de Chapecó. Lei Complementar nº 344, de 10 de abril de 2025. Dispõe sobre a criação do Departamento de Polícia Municipal e da Polícia Municipal, no município de Chapecó, altera e cria dispositivos em legislações municipais que especifica e dá outras providências. Diário Oficial Eletrônico do Município de Chapecó, Chapecó, 11 de abril de 2025. Disponível em: https://www.diariomunicipal.sc.gov.br//atos/7139902. Acesso em: 11 maio 2025.

BRASIL. Município de Chapecó. Lei Complementar nº 11, de 30 de março de 1992.

BRASIL. Município de Chapecó. Lei Complementar nº 344, de 2 de março de 2009.

BRASIL. Município de Chapecó. Lei Complementar nº 740, de 17 de dezembro de 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. Proposta de Emenda à Constituição nº 57, de 08 de novembro de 2023. Altera os arts. 40 e 144 da Constituição Federal para dispor sobre as Polícias Municipais. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2402861. Acesso em: 11 maio 2025.

Capítulo 20

O USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS E A PROTEÇÃO DE DADOS DO TRABALHADOR

Fernanda Leonardo Lucindo[1]

1 Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados entrou em vigor em setembro de 2020, e embora a *prima facie,* se pensasse que tal lei não traria grandes repercussões na seara trabalhista, a realidade mostrou o contrário.

Ao longo dos anos, as relações de trabalho têm sofrido profundas transformações, notadamente a partir da Quarta Revolução Industrial, que foi acelerada pela pandemia de 2020. Os tradicionais escritórios e estações de trabalho deram lugar ao teletrabalho, o qual embora já previsto na CLT, era uma forma de labor ainda incipiente.

A partir de então, os trabalhadores passaram a manter contato com o mundo do trabalho e o mundo exterior através das ferramentas tecnológicas conectadas à rede mundial de computadores.

Entretanto, o que vimos emergir foi uma sensível modificação no dia a dia das relações de trabalho, fazendo surgir o que chamamos de "*hommo conectus*", ou seja, os trabalhadores passaram a permanecer grande parte do dia conectados. Isso tudo contribuiu para que o tempo de trabalho se confundisse com o tempo de vida privada, o que vem comprometendo a saúde do trabalhador.

Nesse diapasão, embora a LGPD não tenha disciplinado diretamente sobre os contratos de trabalho, é certo que seus dispositivos e princípios, notadamente o da *autodeterminação informativa*, devem ser observados nas relações trabalhistas, dado ao enorme fluxo de dados envolvido.

Nesse artigo pretendemos demonstrar como a LGPD pode ser aplicada na automação das rotinas de trabalho, bem como no uso de

1 Advogada, professora, palestrante, pós-graduada em Direito Público pela UNIDERP, pós-graduada em LGPD, Compliance e Prática Trabalhista pelo IEPREV, atuação em Direito Individual e Coletivo do Trabalho e em Proteção de Dados, email: fernandaleonardo89@gmail.com

inteligência artificial nos processos internos das empresas, de forma a equilibrar as relações entre o capital e trabalho, primando sempre pelo respeito aos princípios da autodeterminação informativa, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.

2 Da proteção contra automação: raízes constitucionais e os pressupostos da LGPD

A proteção ao trabalhador e a dignidade da pessoa humana foram edificadas como princípios da ordem econômica pela Constituição Federal (art. 1º, III, e art. 170, *caput* e inciso IV e VIII, respectivamente), através da livre-iniciativa e da busca do pleno emprego. Dessa forma, a Lei nº: 13709/2018 apresenta uma dupla faceta, devendo cumprir com o que foi estabelecido pela Constituição Federal no que tange à ordem econômica e também social.

Nas relações de trabalho, marcadas pela subordinação jurídica e econômica, o empregado coloca à disposição do empregador a sua força de trabalho, devendo gozar de proteção do Estado no que tange aos seus direitos fundamentais e da personalidade.

A LGPD, em seu art. 1º, preconiza que a disciplina da proteção de dados pessoais tem como escopo proteger os direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Por outro lado, o art. 2º protege a inovação e o livre desenvolvimento econômico-tecnológico, estabelecendo uma lógica normativa de conciliação entre tais elementos.

Nesse sentido, tem-se que a LGPD também confere proteção aos direitos fundamentais dos trabalhadores nas relações de trabalho, conferindo-lhes o livre desenvolvimento da personalidade, através da proteção à intimidade, privacidade e autodeterminação informativa.

Na esteira desse raciocínio, por meio da EC 115/2022, a proteção de dados pessoais foi alçada a direito fundamental na Constituição Federal. A referida norma alterou a Constituição para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, fixando a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

A EC 115/2022 também trouxe alterações ao art. 21 da CF, o qual passou a prever a competência da União para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, conforme se extrai na redação

do inciso XXVI. Assim, ficou à cargo da ANPD (Autoridade Nacional de Proteção de Dados) a responsabilidade sobre a implementação e fiscalização do cumprimento da LGPD em todo o território nacional.

Nesse contexto, a Lei nº: 13709/2018 traz mudanças significativas para todos os ramos do Direito, em especial o Direito do Trabalho. Uma vez que a lei tem como escopo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade da pessoa natural, o trabalhador, como sujeito de direito da relação contratual, não escapa do arcabouço protetivo da lei, a qual traz impactos profundos para as relações de trabalho.

No entanto,vivemos hoje no que usualmente se chama de "sociedade da informação", a qual pode ser compreendida como aquela surgida após a "sociedade pós-industrial", notadamente na década de 80. Na sociedade da informação, a tecnologia passa a ter um papel importante perante o meio social e a economia, na qual a informação (dados pessoais) revela-se como a nova *commodity* do mercado.

A privacidade evolui do direito de estar só para direito a ter controle sobre as próprias informações e de como o indivíduo deseja construir a sua própria esfera particular, o que pode ser chamado de "privacidade decisional".

A tutela jurídica dos dados pessoais revela-se imprescindível para conferir proteção à nova concepção de privacidade, de modo que a ordem econômica atual não afronte o livre exercício dos direitos da personalidade da pessoa, garantindo-lhe a liberdade de expressão, o acesso à informação e a não-discriminação.

A sociedade da informação pugnou pelo surgimento de novos modelos de prestação de serviços, pois os tradicionais não mais se amoldavam ao ritmo acelerado da sociedade contemporânea. Dessa forma, as organizações empresariais investiram em automação dos seus processos produtivos, com o objetivo de otimizar a produção, reduzir custos e aumentar os lucros.

A partir da pandemia de 2020, tais mudanças se intensificaram, ocorrendo a pulverização da cadeia produtiva, notadamente nas empresas de prestação de serviços. Com o avanço tecnológico, a oferta de produtos e serviços passa a se dar de forma remota ou pelo modelo *"crowdwork"*, que é aquele em que qualquer pessoa interessada pode atender a um chamado pontual da empresa e receber pelo resultado.

Por outro lado, a organização manteve hígidas as regras do seu poder diretivo e disciplinar, intensificando a subordinação, a qual passou a se apresentar de forma aparentemente invisível, mas presente no dia a dia

do trabalhador, através de programas que controlam a produtividade da prestação de serviços. Nesse modelo, a baixo custo, o poder diretivo pode ocorrer de forma permanente, invasiva e ilimitada territorialmente.

A automação trazida pela tecnologia móvel (*SoLoMo)* pressupõe uma extensa coleta de dados do trabalhador para a criação de bancos de dados para cuidar da vigilância e do controle da mão de obra de maneira individualizada, minuciosa e ininterrupta, o que, no nosso sentir, acentua ainda mais as desigualdades das partes no contrato de trabalho, e importaria em ofensa ao disposto no art. 5º *caput,* X, e art. 7º, XXII, XXVII, CF. Dessa forma, a automação mensura a produção, a coleta e tratamento de dados do bem até se chegar ao resultado pretendido.

Assim, o direito a proteção em face da automação, conforme dicção constitucional, estabelece a proteção do mercado de trabalho em razão do crescente uso de tecnologias, amparando também a saúde e segurança do trabalhador.

O princípio ainda preconiza que a implantação da automação deve se dar de forma proporcional e com participação do sindicato dos empregados, de forma a propiciar uma harmonização entre o objetivo econômico da produção e a dignidade humana do trabalhador.

No próximo capítulo, ainda falando em automação, discorreremos sobre a utilização da I.A. nas linhas de produção e na gestão das organizações.

3 Utilização de I.A. nas cadeias produtivas

Um exemplo prático de automação da cadeia produtiva tem sido a utilização da inteligência artificial nas relações de trabalho, através da automatização das linhas de produção e da gestão empresarial.

Nos últimos anos, o exercício do poder empregatício vem sendo exercido por I.A., por meio de algoritmos para recrutamento, seleção, promoções na carreira, perfilização, avaliação de produtividade, dentre outros.

Dessa forma, a I.A. vem revolucionado a gestão empresarial. Antes as decisões antes eram tomadas por gestores, agora vem sendo tomadas por algoritmos e robôs orientados por dados, imprimindo maior produtividade e dinamismo nas organizações, além de baratear o custo empresarial.

O grande problema é que, com a promulgação da LGPD, que trouxe dentre seus princípios o da autodeterminação informativa, a coleta de dados pelas organizações só é permitida nas hipóteses legais definidas

pela legislação. Todavia, o que se tem percebido, notadamente em relação a utilização da I.A. na relação trabalhista, é o abuso na coleta de dados, além da falta de transparência, finalidade e segurança dos dados coletados.

Em primeiro lugar, iremos discorrer sobre como a I.A. atua na gestão empresarial, através de exemplos práticos e rotineiros.

Tornou-se uma prática comum nas organizações, a utilização de I.A. no setor de Recursos Humanos, em especial no recrutamento e seleção, ou na perfilização *(profiling)* dos colaboradores e candidatos à vaga de trabalho. Embora a I.A. tenha sido criada com a promessa de que se tratava de uma tecnologia neutra, infalível e eficiente, isso não é o que se observa na prática.

A I.A. é alimentada por meio de dados *(Bigdata)* advindos de um mundo discriminatório e desenvolvida por pessoas que possuem preconceitos, de forma que o resultado obtido nem sempre é neutro, podendo refletir viéses discriminatórios em relação à minorias, o que chamamos de discriminação algorítmica.

Um exemplo clássico de discriminação algorítmica ocorreu na *Amazon* em 2014, onde o algoritmo utilizado para recrutamento e seleção de currículos selecionava somente homens jovens e brancos, deixando de lado os grupos minoritários, como mulheres, PCD's, negros e pessoas mais velhas.

Citando ainda a *Amazon,* outro caso também chamou a atenção: Utilizaram um programa para controlar a produtividade dos empregados, e tal programa, por discriminação algorítmica, penalizou as mulheres grávidas, cujo tempo de execução das tarefas apresentou-se maior do que os demais em virtude do seu estado gravídico.

Os trabalhadores em plataformas digitais (*uber, ifood* etc) também sofrem discriminação algorítmica, pois a produtividade das entregas é medida tomando-se como base o atendimento/recusa de chamadas e as avaliações dos clientes, o que também denota um potencial discriminatório.

Outro ponto importante a ser destacado é que os algoritmos das grandes organizações, tais como *Meta, Amazon, Google,* são secretos, protegidos por segredo industrial, o que impede o acesso dos trabalhadores ao banco de dados e reforça a discriminação algorítmica, apesar de venderem a ideia de que tais plataformas são neutras e confiáveis. No nosso sentir, tal conduta fere o princípio da transparência, inserto no art. 6º, VI, LGPD.

Assim sendo, pode-se concluir que os programas de I.A. nem sempre são confiáveis no que tange à não-discriminação, pois podem

gerar resultados que acentuam ainda mais as desigualdades já existentes na sociedade, notadamente em relação aos grupos minoritários.

No Brasil, ainda não existe uma legislação que regulamenta a utilização da inteligência artificial. O Projeto de Lei nº 2.338/2023, visa criar o Marco Legal da Inteligência Artificial no Brasil, inspirado em legislações internacionais, como o ***AI Act da União Europeia,*** e encontra-se em tramitação no Senado Federal. Esse projeto, dentre outros pontos, estabelece princípios como segurança, transparência, responsabilidade e respeito aos direitos humanos e cria regras para uso ético e responsável da I.A., estabelecendo sanções em caso de descumprimento.

No nosso sentir, o gestor empresarial deve então, com base nos princípios e regras da LGPD, buscar alternativas que impeçam ou reduzam os preconceitos gerados pelo uso da I.A, pautando-a em valores éticose respeitando os direitos humanos.

Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados pode ser usada como mecanismo de combate a discriminação algorítmica, pois seus dispositivos tutelam não apenas a privacidade da pessoa natural, mas trazem proteção também contra a discriminação, conforme dicção do art. 6º, IX, Lei 13.709/2018.

Nesse sentido, a lavra de Laura Schertel Mendes, Marcela Mattiuzo e Mônica Tiemy Fujimoto:

> Nesse sentido, entendemos que a regulação do tratamento de dados pela LGPD com sua vedação expressa à discriminação abusiva e ilícita e os princípios gerais de proteção de dados, apresenta-se como um primeiro passo relevante, que no entanto certamente precisará de desenvolvimentos dogmáticos para que possa ser corretamente aplicado e compreendido.[2]

Nesse trabalho, destacaremos dois princípios importantes encontrados na LGPD: O princípio da não-discriminação (art.6º, IX) e o princípio da transparência (art.6º, VI).

O princípio da não-discriminação estabelece a impossibilidade de realização do tratamento de dados para fins discriminatórios, ilícitos e abusivos. Pela dicção legal, a discriminação algorítmica encontra-se expressamente vedada, por se tratar igualmente de conduta ilícita, tendo em vista o princípio da igualdade insculpido no art. 5º, CF. Já a abusividade

2 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZO, Marcela, FUJIMOTO, Mônica Tiemy, Discriminação algorítimica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: BIONI, Bruno; et.al (Coord.). Tratado de Proteção de Dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

pode ser entendida como o tratamento de dados realizado com desvio de finalidade ou de forma desproporcional (princípio da proporcionalidade).

O princípio da transparência impõe à empresa o dever de proporcionar ao trabalhador o livre acesso aos dados, garantindo ainda informações claras e precisas sobre o tratamento dos dados. Confere ainda ao titular de dados o direito à explicação, à retificação e exclusão dos dados do sistema da organização.

O art. 20, LGPD confere ao titular de dados o direito de solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses. De igual forma, a norma atribuiu à Autoridade Nacional de Proteção de Dados o poder fiscalizatório de verificar a existência de aspectos discriminatórios nos processos automatizados das empresas.

Já o §1º do art. 20, LGPD traz o direito à explicação em relação às decisões automatizadas, ou seja, o trabalhador tem o direito de saber quais foram os procedimentos e critérios utilizados naquela decisão tomada pela I.A., o que revela uma ferramenta importante de combate à discriminação algorítmica.

Dessa forma, podemos perceber que a LGPD traz importantes mecanismos de combate à discriminação que podem ser utilizados pelos trabalhadores no âmbito das relações laborais, notadamente em relação aos processos de automação.

4 Conclusão

Os avanços tecnológicos têm impactado profundamente a sociedade e o mundo do trabalho. Nesse sentido, os processos de automação revelaram-se necessários ao dia a dia das organizações para imprimir maior agilidade e eficiência ao processo produtivo.

A I.A. é uma realidade, e não adianta simplesmente ignorá-la, achando que se trata de um mero modismo do século XXI. Dessa forma, os processos de automação não podem ser utilizados ao bel prazer das organizações, sem respeitar o comando constitucional e a legislação vigente.

No presente trabalho, demonstramos que no contexto laboral, a I.A. às vezes pode gerar resultados discriminatórios, acentuando ainda mais as desigualdades sociais, o que não se coaduna com os princípios e garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a LGPD surge como uma ferramenta importante no combate à discriminação algorítmica, traduzindo-se como princípio garantidor da liberdade, igualdade, privacidade e dignidade humana.

O combate à discriminação algorítmica no mundo do trabalho deve ser realizado por todos os sujeitos de Direito envolvidos no contexto laboral, isto é: trabalhadores,empresas e o Estado. Como já dito anteriormente, o trabalhador pode se utilizar das prerrogativas insertas no art. 20, LGPD, para de forma administrativa, buscar maior transparência nas decisões automatizadas que lhe afete. Somado a isso, tem o direito constitucional de ação contra eventuais atos ilícitos envolvendo a questão.

As organizações devem através de programas de *Compliance* e gestão de riscos averiguar o banco de dados utilizado pela I.A. para saber quais critérios são utilizados na tomada das decisões para que estas não reflitam vieses discriminatórios. Revela-se importante a realização de auditorias para rastrear eventuais falhas no sistema e também nas pessoas que os alimentam, assegurando-se processos decisórios mais igualitários.

O Estado deve agir com seu poder fiscalizatório, através, por exemplo da ANPD. Deve-se buscar também mecanismos para o combate à opacidade dos dados nas organizações, de forma a se efetivar o princípio da transparência.

Em conclusão, constata-se que a aplicação da I.A. no contexto trabalhista deve respeitar as disposições constitucionais e infraconstitucionais, notadamente no que se refere ao direito à privacidade e dignidade humana, a fim de possibilitar aos trabalhadores o direito à informação e livre acesso aos seus dados, primando sempre por condições dignas de trabalho.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeo., dezembro de 2010, p. 1-39. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/ Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf. Acesso em: 9 jan. de 2025.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Na medida da pessoa humana:** estudos de direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais, a função e os limites do consentimento.** 1ª edição. Editora Forense. 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOMFIM, Vólia, PINHEIRO, Iuri, LIMA, Fabrício, MIZZIARA, Raphael. **A LGPD nas relações de trabalho:** impacto nas rotinas e contratos de trabalho. E-book IBJUS. 2020.

CANOTILHO, JJ GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Editora Almedina, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 19. ed. Editora LTR. 2020.

MIZIARA, Raphael, MOLLICONE, Bianca, PESSOA, André. **Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho.** 2.ed. ver.,atual.e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

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

RODOTÀ, Stefano. **Autodeterminação e laicidade.** Tradução ainda não publicada de Carlos Nelson Konder do texto original *Perché laico*. Bari: Laterza, 2010.

Capítulo 21

TECNOLOGIA A SERVIÇO DO DIREITO E O DIREITO NA ERA DIGITAL: UMA ANÁLISE DA INFORMÁTICA JURÍDICA E DO DIREITO DA INFORMÁTICA

Emilene Kauffmann Vieira[1]
Silvia Helena Arizio[2]

1 Introdução

A crescente digitalização da sociedade impacta profundamente o campo jurídico. Compreender as nuances entre o Direito que regula o ambiente digital (Direito da Informática) e o uso da tecnologia para otimizar a prática jurídica (Informática Jurídica) é crucial para profissionais do direito, acadêmicos e para a própria evolução do sistema legal. A clareza sobre essa distinção pode otimizar a aplicação de normas, o desenvolvimento de ferramentas tecnológicas adequadas e a formação de profissionais mais capacitados para lidar com os desafios da era digital.

Concentra-se o estudo em analisar a complexa interação entre o Direito e a tecnologia, explorando tanto como o Direito regula as atividades no ambiente digital quanto como a tecnologia pode ser utilizada para aprimorar a prática Jurídica. Os objetivos específicos: 1. Definir e distinguir claramente os conceitos de Direito da Informática (ou Direito Digital) e Informática Jurídica, identificando seus respectivos objetos de estudo, naturezas e focos principais; 2. Identificar e analisar as diferentes formas pelas quais as TICs podem ser aplicadas para otimizar e modernizar as atividades do campo jurídico, incluindo automação de tarefas, gerenciamento de informações, processo eletrônico, inteligência artificial, comunicação e acesso à justiça. 3. Discutir os desafios éticos, legais, sociais e práticos decorrentes da interação

1 Graduanda em Direito pela Uniasselvi/SC. Pós-Graduada em Administração e Marketing pela Uninter/PR. Endereço Eletrônico: emilenekauffmann@gmail.com.

2 Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela IMED/RS. Bacharel em Direito pela UPF/RS. Lates: http://lattes.cnpq.br/0270249244632821. Endereço Eletrônico: silvia.arizio3@gmail.com.

entre Direito e tecnologia, bem como as oportunidades para aprimorar a eficiência, a transparência e o acesso à justiça.

Este artigo indaga de que maneira a compreensão das distinções e interdependências entre o Direito da Informática e a Informática Jurídica influencia a prática jurídica e a aplicação do direito no contexto da sociedade digital contemporânea? As hipóteses do tema são: a) por ser acessível a todos e por independer das habilidades técnicas, empoderará o indivíduo a criatividade a expressar conteúdos e ideias diversas; b) potencializará e oportunizará a otimização em diversos setores com ganhos de eficiência e produtividade; c) poderá acelerar processos de desenvolvimentos em testes otimizando criação de modelos imagináveis; d) fundamentar a atenção nos desafios éticos e sociais que essa tecnologia apresenta, para garantir que ela seja utilizada de forma responsável e justa.

Assim o desenvolvimento do artigo está baseado em pesquisa de método indutivo e a metodologia se dará através de todos os meios necessários para o término deste trabalho.

Desta forma, verifica-se que embora distintas, essas áreas se complementam. O Direito da Informática estabelece as regras para o mundo digital, enquanto a Informática Jurídica oferece as ferramentas para aplicar e gerenciar essas regras de forma mais eficiente.

2 Direito digital e informática jurídica: fundamentos e conceitos

O Direito da Informática é entendido como uma área que se preocupa com os assuntos jurídicos relacionados ao consumo da tecnologia da informação. Por ter avançado com maior velocidade nos últimos tempos, essa área ganhou mais espaço e relevância, visto que, os problemas jurídicos têm intrinsicamente se tornado mais complexos. Paula (2011) *apud* Filho chega a afirmar que a expressão mais apropriada a ser utilizada quando nos referirmos ao Direito da Informática, seria "Direito Eletrônico", ele afirma que o conceito para sua definição seria de que:

> O Direito Eletrônico é um conjunto de normas e conceitos doutrinários, destinados ao estudo e normatização de toda e qualquer relação onde a informática seja o fator primário, gerando direitos e deveres secundários. É ainda, o estudo abrangente, com o auxílio de todas as normas codificadas de direito, a regular as relações dos mais diversos meios de comunicação, dentre eles os próprios da informática. (PAULA, 2011 *apud* FILHO).

De todos os países onde a tecnologia da informação ingressou, o Brasil foi um dos últimos países, no qual a primeira ferramenta tecnológica foi uma calculadora implantada foi na Escola Politécnica no Rio de Janeiro em 1890 e, somente em 1970 a informática passou a ser propagada no país com a instalação dos mainframes, servidores de dados que processam trilhões de dados por dia, em grandes empresas e instituições financeiras. Em 1980, com a disseminação dos microcomputadores, a informática passa a ser utilizada em pequenas empresas e residências e, na década de 1990, com as empresas de telecomunicações sendo privatizadas e a criação da internet, a tecnologia da informação se amplifica pelo país e transforma a sociedade brasileira.

A partir de toda essa transformação, o Direito da Informática começa a ter marcos legais importantes, como a Lei da Informática, Lei nº 8.248/1991, que visa estabelecer incentivos fiscais para empresas que desenvolvem tecnologia no país e a Lei Geral de Dados, lei nº 13.709/2018, que visa a proteção dos dados pessoais dos usuários de serviços na internet.

Segundo Hernándes e Piraquive (2024), a informática jurídica nasce como uma ferramenta para atender a demanda de adaptação do Direito aos modelos de inteligência artificial, a fim de contribuir para o processamento de informações e decisões por juízes e advogados. Mais precisamente fala-se que ela surge na década de 50, a partir da utilização de computadores não apenas para níveis matemáticos, mas também para estudos linguísticos.

Foi em 1960, em Washington, D.C., em reunião na American Bar Association que foi confirmada a informática jurídica na capital dos Estados Unidos. Um triunfo para a evolução do Direito, conforme cita Hernándes e Piraquive (2024, p.6) *apud* Pichardo (2019).

Considerando a relevância do tema abordado, é importante observar que algumas características são destacadas como principais e que colocam a informática jurídica como um tópico fundamental para os já então e futuros profissionais do Direito. Hernándes e Piraquive (2024, p.8) citam como sendo as principais características, os seguintes tópicos: um sistema de informações que tem por objetivo atender as necessidades da sociedade, tornando o Direito mais acessível e de fácil entendimento; a automação e digitalização de dados jurídicos, para serem utilizados de maneira acessível, eficiente e ágil; o cumprimento da finalidade do Direito, seguindo seus princípios e objetivos e, por último, tornar o sistema jurídico um sistema transparente.

Ainda, segundo Hernándes e Piraquive (2024, p.8) *apud* Peña (s.f., p.24), a informática jurídica pode ser diferenciada em três tipos: a Gerencial,

que consiste na aplicação da informática no dia a dia dos operadores do Direito, através do uso de ferramentas e máquinas apropriadas para a comunicação em rede; a Documental, que oferece soluções perante as dificuldades enfrentadas e recuperam ou consultam documentos como leis, sentenças, entre outros e, a Decisória, a qual aplica técnica e modelos de inteligência artificial ao Direito como objetivo de atingir raciocínio jurídico, que trabalham com sistemas e lógicas normativas.

De um lado temos o Direito da informática, que regulamenta as relações jurídicas no contexto da tecnologia, através de normas estabelecidas e que garantem a integridade jurídica. Do outro lado, temos a Informática Jurídica, que está ligada à aplicação de tecnologia, de modo a otimizar as atividades no campo jurídico, mas que em tese, ambas se complementam em sua aplicação e funcionalidade no dia a dia.

3 A transformação no campo jurídico na otimização das tarefas e modernização dos processos judiciais: expansão do acesso à justiça

A tecnologia tem impactado o meio jurídico e atuando cada vez mais no que diz respeito à prática jurídica. O que se observa, é que diversos escritórios de advocacia já fazem uso de softwares de gestão de casos e documentos. E, as audiências virtuais, mediação online e resolução de disputas online vêm sendo adotadas pelos Tribunais, conforme cita Queiroz e Disconzi (2024). A adoção das tecnologias tem sido analisada como um fator que tende a diminuir os números de ações judiciais que se encontram paradas nos Tribunais.

A Inteligência Artificial vem sendo a protagonista de toda essa digitalização e o que se observa é que a sua integração no meio jurídico oferece melhorias e até redução de custos. A crescente demanda pela resolução de questões envolvendo sistemas já surtem efeitos para os juristas. No Brasil, algumas tecnologias já são realidade. A exemplo temos: assinaturas eletrônicas, prevista na Medida Provisória 62, nº 2.200-2/01, de 24/08/2001 e o Processo Eletrônico, Lei nº 11.419/06, utilizado em todas as justiças dos estados e União. Em 2021, foram observados 41 projetos de IA em 32 Tribunais, mas percebeu-se incoerência sobre a utilização de inteligência artificial no Judiciário brasileiro. De acordo com relatório realizado pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (FGV), foram identificados 72 projetos de IA nos Tribunais brasileiros. No entanto, a própria instituição corrigiu o número para 64 em 47 Tribunais, o que se deu porque foram avaliadas as ferramentas voltadas para automação e não como IA. Essas informações ainda não são encontradas facilmente, sendo muitas das vezes escassas e confusas. Por ora, são encontradas nos

sites oficiais dos Tribunais, mas em face às solicitações formais de pesquisas, ainda se encontram lacunas e ambiguidade ao tema, afirma Toledo e Pessoa (2023, p.4).

Como já visto anteriormente, a informatização do Poder Judiciário se inicia nos EUA e em alguns países da Europa na década de 50, já no Brasil seu marco inicial se dá por volta dos anos 60 e a inteligência artificial tem sua história marcada na década de 70, mais precisamente em 1971, onde há registro de uso do computador para a consulta de decisões sobre acidentes de trabalho e problemas de saúde ocupacional, o conhecido "sistema PRAT", Processos de Acidentes de Trabalho.

Toledo e Pessoa (2023, p. 5), evidenciam que atualmente a grande quantidade de softwares e o nível dos equipamentos e programas desenvolvidos são para auxiliar nas decisões judiciais, gestão do processo, leitura de petição, classificação, extração de dados, agrupamento dos casos e deliberações. O que se observa nestes softwares brasileiros é que eles se inserem muito na tomada de decisão utilizando de programas de automação ou de IA e elaboram os atos processuais que são de seus objetivos. Nos quadros seguintes, podemos observar os programas e as atividades realizadas por estes no Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os Tribunais de Justiça (TJ) do país:

> As tecnologias da informação e da comunicação promoveram uma ampliação do acesso à justiça pelos seguintes motivos: (i) o acesso da população aos órgãos de justiça foi ampliado; (ii) a comunicação entre servidores e equipe foi aprimorada; (iii) a gestão do órgão judicial melhorou; (iv) houve diminuição dos custos do processo; (v) expedientes, procedimentos e atividades foram simplificadas; (vi) houve economia de tempo na tramitação do processo; (vii) problemas relacionados ao deslocamento de pessoas foram mitigados ou superados. (SIQUEIRA, JUNIOR e SANTOS, 2023).

4 Era digital no direito, o motor de modernização: implicações e desafios

O avanço tecnológico e a necessidade de se manter atualizado sobre as novas tecnologias, as implicações legais, proteção e privacidade, uso de dados, bem como seu compartilhamento por empresas e governos sem causar prejuízo como um todo tem se tornado um dos maiores desafios do Direito da Informática, afirma Neto (2023).

Com isso, Bezerra (2023), traz para entendimento que a LGPD, Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709, de 14/08/2018 e o GDPR na

União Europeia se tornam essenciais para a proteção de dados pessoais ou os chamados dados sensíveis. Essa demanda se dá como força para proteger as pessoas e combater os ataques cibernéticos, onde dados são roubados e golpes aplicados. A liberdade de expressão, tema relativamente discutido, aborda a disseminação dos discursos de ódio, as fake News e cyberbullying. E, ainda tem o papel da jurisdição e da Governança Global da Internet, as quais encontram diversos desafios, alguns por envolvimento da governança em assuntos relacionados à soberania nacional, que depende da cooperação entre países e regulamentações adequadas.

Um ato necessário e notório para o enfrentamento dos desafios do ambiente digital é a criação urgente de novas legislações, responsabilizando as empresas que operam neste espaço. Além disso, é essencial que os países colaborem entre si, criando acordos e tratados internacionais para lidar com o tratamento de dados. Por fim, entende-se que tudo precisa começar pelo preparo dos profissionais do Direito, onde na:

> Educação Jurídica: É fundamental preparar os profissionais do Direito para lidar com os aspectos complexos do Direito Digital. A educação jurídica deve incluir disciplinas relacionadas à tecnologia, proteção de dados, segurança cibernética e ética digital. (BEZERRA, 2023).

A implementação da IA carrega desafios éticos e sociais, por isso as medidas de monitoramento devem ser rigorosas. Porém, entende-se como fundamental neste processo o papel da liderança, no ato de interpretar e analisar as informações, assim como, acompanhar as tendências de mercado e manter o incentivo ao aprendizado contínuo. Para Queiroz e Disconzi (2024) *apud* Maharg (2015), a educação jurídica sem um envolvimento de conhecimentos e habilidades é impensável. Para os autores as transformações na tecnologia devem ser obrigatórias na esfera do ensino do Direito.

5 Considerações finais

A relação entre o Direito e a Tecnologia tornou-se um tema central. Embora sejam ainda distintos, o Direito da Informática e a Informática Jurídica se complementam e são indispensáveis para atuação jurídica na era digital. Enquanto uma regula os fenômenos jurídicos, a outra oferece instrumentos que viabilizam a prática jurídica.

Os avanços no acesso à justiça são promovidos pela aplicação das Tecnologias da informação e Comunicação (TICs). Porém, junto com o

progresso, surgem os desafios, principalmente no que se relaciona com a ética, a privacidade, a segurança e a preparação dos profissionais jurídicos.

Em termos regulatórios, a pesquisa reforça a necessidade de atualização das normas jurídicas, principalmente de cooperação internacional. A era digital é marcada pela transformação de como o Direito é concebido, ensinado e aplicado. E, por mais que tenhamos o conhecimento de uma carência no que tange a um sistema mais transparente, acessível e justo, depende em grande parte de inovações aliadas à dignidade humana e saberes jurídicos.

Referências

BEZERRA. Pedro. **O Direito Digital: Desafios e Perspectivas na Era da Tecnologia.** JusBrasil. 11/07/2023. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-direito-digital-desafios-e-perspectivas-na-era-da-tecnologia/1893486259?msockid=33ee2c7a43416a2a157b39b842416b59

BRASIL. Lei n° 13.409, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm

BRASIL. Lei n° 8.248/1991, de 23 de outubro de 1991. **Dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências**. Revogada pela Lei n° 14.968/2024, de 11 de setembro de 2024. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8248.htm

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. **Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm

BRASIL. Medida Provisória 62, n° 2.200-2/01, de 24 de agosto de 2001. **Institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm

HERNÁNDEZ, PIRAQUIVE. Carlos Arturo, Valentina Castañeda. La Historia de la Informática Jurídica. **Revista Blockchain e Inteligencia Artificial**, Volumen 5, 2024. 30/09/2024. Disponível em: https://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/rbia/article/view/5650/7538

NETO. Francisco. **A evolução do direito da informática no Brasil**. JusBrasil. 09/03/2023. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-evolucao-do-direito-da-informatica-no-brasil/1774754537?msockid=33ee2c7a43416a2a157b39b842416b59

PAULA. Gáudio Ribeiro de. **Uma introdução ao "Direito de Informática".** ESAOABSP. 12/09/2011. Disponível em: https://esaoabsp.edu.br/Artigo?Art=24

QUEIROZ, DISCONZI. Gabriel Noll, Verônica Silva do Prado. **O Impacto da Inteligência Artificial no Direito: Questões Éticas e Legais.** Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação. São Paulo, v.10.n.04.abr. 2024. ISSN - 2675 – 3375

SIQUEIRA, JUNIOR, SANTOS. Dirceu Pereira, Frederico Mendes, Marcel Ferreira dos. **Poder Judiciário na era digital: o impacto das novas tecnologias de informação e de comunicação no exercício da jurisdição**. 20/09/2023. DOI: 10.19135/revista.consinter.00017.10

TOLEDO, PESSOA. Cláudia, Daniel. **O uso de inteligência artificial na tomada de decisão judicial**. 19/04/2023. Revista de Investigações Constitucionais. Vol.10. N° 1. Janeiro/Abril 2023.

Capítulo 22

A BUSCA DE IGUALDADE ENTRE SEGURADAS OBRIGATÓRIAS, PROTEÇÃO A MATERNIDADE DA CONTRIBUINTE INDIVIDUAL

Alexandra Johann Maieron[1]
Rafael Kroth Andrade[2]

1 Introdução

A busca por igualdade de gênero perpassa os ramos do direito de forma ampla, ainda que com aplicações específicas voltadas a garantir os direitos previstos constitucionalmente. Desde a acessibilidade ao mercado de trabalho até a concessão de benefícios previdenciários, deve-se ter uma atenção à mulher, enquanto, garantida a igualdade e a busca de proteção à maternidade.

Com isso, o problema do presente trabalho centra-se na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), referente às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 2.110 e nº 2.111, enquanto busca de igualdade de direitos às mulheres mães no Brasil perante a previdência social. O objetivo geral é compreender os aspectos garantidores da igualdade entre seguradas obrigatórias do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) na concessão do auxílio-maternidade.

Para isso, primeiramente é necessário traçar um estudo quanto aos critérios necessários para a concessão do benefício de auxílio-maternidade para as seguradas obrigatórias. Após, analisar quais aspectos foram considerados pelo STF na decisão referente às ADI´s de nº 2.110 e nº 2.111, para garantir a igualdade de acesso ao benefício pelas seguradas obrigatórias, em especial as contribuintes individuais.

---

1 Mestre em Ciências Sociais pela UFSM, pós-graduada em Direito Ambiental Empresarial e Direito do Trabalho pelo Centro de Ensino Superior Dom Alberto. Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior Dom Alberto (2013) e Graduada em História pelo Instituto Superior de Educação Ibituruna. Advogada, Professora da Faculdade Dom Alberto e mediadora Cível certificada pelo CEJUSC do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

2 Graduando em Direito pela Faculdade Dom Alberto. Integrante do Grupo de Pesquisas Avançadas em Direito Tributário (GTAX) da PUC-RS.

O presente estudo é essencial na compreensão dos movimentos sociais e a busca pela preservação da Constituição Federal de 1988 (CF) na busca de igualdade, em especial na proteção ao direito das mulheres e da infância. A metodologia utilizada será a dedutiva, com análise bibliográfica e estudo de caso específico, quanto à fundamentação utilizada na decisão acima referida.

2 Os critérios necessários para a concessão do benefício de auxílio-maternidade

Com o objetivo de proteger o acesso da mulher ao mercado de trabalho, e da mesma forma, garantir proteção à maternidade e à infância, a CF passou a prever no seu artigo 7º, inciso XVIII[3], licença-gestante de cento e vinte dias. Diante dessa situação, passou-se a necessidade de manutenção econômica da mulher durante o referido período, na medida em que caracteriza uma interrupção do contrato de trabalho.

Para isso, houve a necessidade da instituição do salário-maternidade, para fins de assegurar o recebimento dos vencimentos pela mulher, agora puérpera. Para fins de regularizar a responsabilidade nessa manutenção salarial, sendo que "licença maternidade tem a mesma finalidade que salário maternidade, a diferença consiste quanto ao pagamento da remuneração que é feito diretamente pelo empregador às empregadas/parturientes e depois haverá compensação tributária" (Tomiko Ribeiro Aizawa; De Azevedo, 2022, p. 21).

Contudo, deve-se ainda considerar que, em caso de mulheres não empregadas, não se terá a figura do empregador. Assim, estas têm o direito a receber o salário-maternidade diretamente do RGPS, conforme previsão no artigo 248 da CF. Diante dessas situações, é necessário se utilizar do disposto na Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, que, no seu artigo 18, inciso I, alínea "g" traz a previsão do salário-maternidade, sendo valor devido ao segurado.

No caso, a legislação e o Direito Previdenciário, deixam claro ser benefício devido a segurado do RGPS, sendo que tal benefício é assegurado quando preenchidos os devidos requisitos, sendo um destes o de carência

3 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

no caso de segurada obrigatória contribuinte individual e segurada especial. Nos seguintes termos:

> Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:
>
> [...]
>
> III - salário-maternidade para as seguradas de que tratam os incisos V e VII do caput do art. 11 e o art. 13 desta Lei: 10 (dez) contribuições mensais, respeitado o disposto no parágrafo único do art. 39 desta Lei; e

Assim, deve-se ainda observar o que diz o artigo 11 da referida Lei, nos incisos V e VII, que se referem aos segurados obrigatórios na qualidade de contribuinte individual e especial. Assim, o legislador limitou o acesso ao referido benefício, se não preenchido o requisito de dez contribuições, às seguradas obrigatórias que, como pessoa física ou jurídica, que explora atividade agropecuária, extração mineral, à ministra de confissão religiosa ou similar, ao brasileiro civil que trabalhe no exterior, a titular de firma individual, seja urbana ou rural, a diretora não empregada, sócias, empregadas eventuais e àquelas que exerçam atividade como autônomas. Quanto às seguradas na qualidade especial, é aquela que exerce atividade rural em economia familiar, nos termos dispostos no inciso VII do artigo 11 da referida Lei.

Contudo, a necessidade de carência, nos termos do artigo 25, inciso III, da Lei 8.213/1991, traz a ressalva quanto à segurada especial que tenha contribuído, ainda que de forma descontinuada, por doze meses[4]. Contudo, o rol de seguradas individuais, ainda é abrangente, e traz atividades que são obrigatoriamente devidas as contribuições, não se tratando de mera faculdade do segurado a sua filiação ao RGPS.

Percebe-se que o legislador tratou de aplicar diferenciação entre os tipos de segurada, ainda que tenham a obrigatoriedade de contribuir, para a concessão de benefício que visa assegurar a inserção da mulher no mercado de trabalho. Em que pese tenhamos a necessidade de observar o princípio da previdência, de equidade e do equilíbrio econômico, deve-se considerar os demais princípios, atrelados à proteção da dignidade da pessoa humana.

---

4 Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do caput do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão:
Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.

Assim, resta evidente que há uma distinção entre estes segurados e os segurados obrigatórios que se enquadram como empregados, na medida em se aplica o disposto no artigo 26 da Lei 8.213/91, que dispõe que o salário-maternidade será devido independentemente de carência as seguradas empregadas ou seguradas especiais, assim compreendidas as que exercem atividade rural.

3 A decisão do STF nas ADI´S nº 2.110 e nº 2.111 na busca por equidade entre as seguradas obrigatórias do RGPS

Inicialmente, é essencial destacar a ocorrência da Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), que gerou uma urgente necessidade de proteção e garantias aos indivíduos. Assim, ao seu término, foi fundada a Organização das Nações Unidas (ONU), seguida, em 1948, pela promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (PIOVESAN, 2023, p. 22; LEAL, 2021, p. 25-27).

Durante a Segunda Guerra e sob a Constituição Federal de 1937, verifica-se que o Poder Judiciário se limitava ao Supremo Tribunal Federal (STF), que não tinha competência para analisar a constitucionalidade das diversas intervenções federais, desde o Governo Provisório até o Estado Novo, sendo estas tratadas apenas como ações políticas. No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, o STF passou a se concentrar no julgamento da constitucionalidade de leis ou atos normativos, enquanto a análise de recursos ordinários foi transferida para o recém-criado Tribunal Federal de Recursos (SILVEIRA, 2013, p. 92-97).

Nesse ínterim, observa-se que o Poder Judiciário atuava como um instrumento para a concretização e efetivação dos direitos fundamentais e das liberdades constitucionais. Destaca-se que é obrigação dos magistrados respeitar e assegurar a efetivação dos direitos humanos previstos na Constituição, sendo que essa missão carrega uma importante responsabilidade política para o Poder Judiciário (PIOVESAN, 2023, p. 27).

Ademais, em âmbito geral, cumpre salientar que as decisões proferidas, em qualquer instância, devem ser devidamente fundamentadas (BRASIL, 2016, p. 823). Isso significa dizer que a fundamentação de atos decisórios consubstancia a validade e a eficácia do ato, sendo que sua não observância poderá gerar um óbice

à legitimidade jurídica da decisão (BRASIL, 2007). Ora, a Constituição Federal de 1988 possui previsão expressa quanto à fundamentação das decisões, consoante se verifica no artigo 93, inciso IX[5].

Nesse sentido, corrobora os dizeres do Desembargador Guilherme de Azeredo Passos, quando do julgamento do HC Criminal nº 1.0000.23.153768-9/00010, cujo trecho segue transcrito, "a fundamentação deve se dar não somente em aspecto formal, mas, sobretudo, materialmente, impondo-se ao juízo o devido apontamento das reais razões fáticas e jurídicas de decidir."

A competência do STF para analisar e julgar as ADIs é indiscutível, estando claramente prevista na própria Constituição. No entanto, é crucial observar o ativismo judicial, pois a atividade judicial pode criar novas regras processuais, modificando, assim, futuras aplicações conforme a nova interpretação. Nesses casos, os tribunais constitucionais assumem o papel de legislador positivo (DIMOULIS, 2016, p. 228).

Todavia, focar-se-á, no que toca ao instituto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Nesse sentido, importante referir que o STF possui competência originária para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade, mecanismo de controle abstrato de normas e, ressalta-se que o referido instituto faz parte do controle concentrado de normas, uma vez que a competência para processar e julgar é exclusiva do STF (BULOS, 2020, p. 254-257).

Assim, o presente artigo possui como escopo principal a análise do complexo julgamento de mérito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 2110 e n. 2111 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), bem como a subsequente apreciação dos Embargos de Declaração opostos, delineando o posicionamento final da Corte sobre a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei n. 9.876/1999 e suas repercussões no ordenamento jurídico previdenciário, com destaque para a relação com o Tema n. 1.102 de Repercussão Geral (RG).

As ADIs n. 2110 e n. 2111, ajuizadas em 1999, desafiaram a validade constitucional de preceitos da Lei n. 9.876/1999 que altera a Lei n. 8.213/1991, notadamente no que tange à exigência de carência para

5 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação

o salário-maternidade (arts. 25 e 26), foco central da problemática deste artigo.

No julgamento de mérito conjunto, concluído em 21 de março de 2024, o Plenário do STF, por maioria, conheceu parcialmente das ADIs. Na parte conhecida, declarou a inconstitucionalidade da exigência de carência para a fruição do salário-maternidade por seguradas contribuintes individuais e seguradas especiais, prevista nos arts. 25, III e 26 da Lei n. 8.213/1991, na redação conferida pela Lei n. 9.876/1999.

Um dos fundamentos que embasou a decisão nas ADIS se circundou na exigência de carência prévia ao reconhecimento da qualidade de segurado, sob a premissa de tal exigência violaria o princípio da isonomia. Em seu voto o Ministro Flávio Dino, sustentou que ocorreu a criação de distinção entre as categorias seguradas, ou seja, a imposição do período de carência aos contribuintes individuais fomenta a quebra de isonomia. Em seu voto vogal conjunto, o Ministro Edson Fachin, entendeu que um ponto fundamental à sua conclusão é no sentido de que a exigência da carência seria inconstitucional por violar o princípio da isonomia.

Além disso, outra premissa amplamente debatida ao longo do plenário das ADIs 2110 e 2111, que embasou e sustentou a declaração de inconstitucionalidade do período de carência, foi a impossibilidade de presunção de má-fé das trabalhadoras, calha, nesse sentido, transcrever trecho do voto do Ministro Flávio Dino:

> [...] o legislador ordinário presumiu a má-fé das seguradas contribuinte individual, especial e facultativa. Buscou evitar um suposto mau uso do sistema previdenciário por trabalhadoras e prestadoras de serviços que eventualmente viriam a buscar a filiação somente após a ocorrência do fato gerador do benefício: a gravidez, no caso [...]

Ademais, outro fundamento importante que embasou a decisão nas ADIs é o dever constitucional de proteção à maternidade e à criança, insculpidos nos artigos 6º[6] e 227[7], da CRFB/88. A esse respeito o Ministro Luiz Fux, em seu voto, sustentou que condicionar a qualidade de segurada ao período de carência, para o referido benefício em especial, violaria o direito à vida e à convivência familiar, ao passo que a permanência deste

6 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

7 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

período de carência ensejaria na manutenção de uma proteção deficiente à maternidade.

Conforme se extrai da legislação especifica (BRASIL, 1991) o objeto de proteção do benefício previsto constitucionalmente, é de proteção à maternidade, não se tratando de uma benesse que não enseja a proteção ao menor, que é competência não apenas da família, mas da sociedade e do Estado.

Em suma, a decisão majoritária do STF (2024) considerou que a exigência de carência para o salário-maternidade de seguradas contribuintes individuais e especiais era discriminatória, baseada em uma presunção injustificada de má-fé e contrária ao mandamento constitucional de proteção integral e prioritária à maternidade e à infância.

4 Considerações finais

A presente investigação, pautada na metodologia dedutiva e na análise bibliográfica e de estudo de caso específico, buscou compreender os aspectos garantidores da igualdade entre seguradas obrigatórias do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) na concessão do auxílio-maternidade, conforme delineado pelos objetivos propostos. Para tanto, procedeu-se à análise dos critérios normativos para a concessão do benefício e, subsequentemente, examinou-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2110 e n. 2111, que se centraram na problemática da busca por igualdade de direitos às mulheres mães no Brasil perante a previdência social.

Conforme exposto, a análise dos critérios legais para a concessão do salário-maternidade revelou uma distinção no tratamento conferido às seguradas obrigatórias. Enquanto as seguradas empregadas, domésticas e trabalhadoras avulsas são dispensadas do cumprimento de período de carência, a legislação previdenciária, na redação anterior à decisão do STF, impunha a exigência de dez contribuições mensais para as seguradas contribuintes individuais e seguradas especiais. Essa diferenciação, embora justificada por alguns sob a ótica do equilíbrio econômico-financeiro do sistema, levantou questionamentos fundamentais sob a perspectiva da isonomia e da proteção social.

Nesse sentido, o estudo da decisão do STF nas ADIs n. 2110 e n. 2111 demonstrou o papel essencial do Poder Judiciário, em especial da Suprema Corte no controle concentrado de constitucionalidade, na concretização dos direitos fundamentais e na promoção da igualdade material. Ao declarar

a inconstitucionalidade da exigência de carência para a concessão do salário-maternidade às seguradas contribuintes individuais e seguradas especiais, o STF fundamentou sua decisão em pilares constitucionais robustos.

Os principais fundamentos que embasaram o acórdão residiram na violação ao princípio da isonomia; na impossibilidade de presumir a má-fé das trabalhadoras ao buscarem o benefício; e, crucialmente, no dever constitucional de proteção à maternidade e à criança, insculpido nos artigos 6º e 227 da Constituição Federal de 1988. A Corte reconheceu que a imposição de carência a determinadas categorias de seguradas, em contraste com a dispensa para outras, configurava uma distinção desarrazoada que comprometia a igualdade de acesso a um benefício de natureza protetiva fundamental. Ademais, a decisão sublinhou que o salário-maternidade não visa apenas à proteção da trabalhadora, mas, de forma primordial, assegura o cuidado essencial à criança nos seus primeiros meses de vida, direito este que não pode ser condicionado de forma discriminatória.

Com efeito, a decisão do STF nas ADIs n. 2110 e n. 2111 representa um avanço significativo na busca por equidade no âmbito da previdência social brasileira, especificamente no que tange à proteção da maternidade. Ao eliminar a exigência de carência para as seguradas contribuintes individuais e especiais, a Corte alinhou o tratamento dessas categorias àquele já dispensado a outras, reforçando o caráter universal da proteção à maternidade como direito social e fundamental.

Em suma, a análise empreendida permitiu compreender que, embora a legislação previdenciária pudesse, em sua formulação original, estabelecer diferenciações baseadas em critérios contributivos, a interpretação constitucional evoluiu para reconhecer que, em se tratando de um benefício intrinsecamente ligado à proteção da vida e do desenvolvimento infantil, a isonomia e a primazia dos direitos da criança e da maternidade devem prevalecer sobre distinções que se mostrem desarrazoadas ou baseadas em presunções negativas. A decisão do STF, nesse contexto, atua como um instrumento de efetivação dos preceitos constitucionais, garantindo maior igualdade e proteção social às mulheres mães no RGPS.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 abr. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 27 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo Supremo**. 5. ed. atual. até a EC 90/2015. — Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Ebook.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão na Ação Direta de inconstitucionalidade n. 2110 e n. 2111. Relator: Min. Nunes Marques. Julgado em 21 mar. 2024. Publicado no DJe em 24 maio 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. *Habeas Corpus* 80.892, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 16 de outubro de 2001. Diário da Justiça, 23 de novembro de 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. - 13. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DIMOULIS, Dimitri. **Curso de processo constitucional**: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais/ Dimitri Dimoulis, Soraya Lunardi. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. **A Atuação da corte interamericana de direitos humanos na proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade**: discriminação estrutural e setenças estruturantes. - 1 ed. - São Paulo: Tirante Lo Blanch, 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. Editora Saraiva, 2023.

SILVA, Kesia Mara da; AMARAL, Ana Íris Galvão. **Garantia da licença e do salário-maternidade em casos da maternidade de substituição:** aspectos controvertidos. Parquirere, v. 3, n. 17, 2020. Disponível em: https://revistas.unipam.edu.br/index.php/perquirere/article/view/2037. Acesso em 28 abr. 2025.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo. Grupo GEN, 2013.

TOMIKO RIBEIRO AIZAWA, J.; DE AZEVEDO , H. M. Maternidade e a evasão laboral: alguns aspectos da licença maternidade, salário maternidade e auxílio creche. **Perspectivas em Diálogo**: Revista de Educação e Sociedade, v. 9, n. 19, p. 21-43, 5 jan. 2022.

Capítulo 23

RECURSOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: RACIONALIZAÇÃO E EFETIVIDADE RECURSAL

Lucas Vinícius Dornelas Martins Guerra[1]

1 Introdução

A evolução do processo civil brasileiro acompanha as demandas de uma sociedade dinâmica, plural e cada vez mais judicializada. A busca por soluções processuais céleres e eficazes, sem perder de vista a segurança jurídica, tem sido o grande desafio do legislador, da doutrina e da jurisprudência. Nesse contexto, o regime dos recursos assume papel nuclear, uma vez que dele depende tanto a correção dos pronunciamentos judiciais quanto a definição da interpretação do direito no plano nacional.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei n.º 13.105/2015), fiel ao compromisso de construir um modelo mais racional e eficiente, promoveu sensíveis alterações na estrutura recursal, em atenção direta aos princípios constitucionais e internacionais de acesso à justiça, contraditório, ampla defesa e razoável duração do processo. O sistema recursal contemporâneo, em sua arquitetura, busca conter o desequilíbrio historicamente percebido entre a quantidade de recursos e a efetividade das decisões judiciais, promovendo um ambiente mais previsível e uniforme para a solução dos conflitos.

Dentre as mudanças de maior relevo, destacam-se a ampliação dos filtros de admissibilidade, o fortalecimento dos precedentes obrigatórios, a extinção de espécies recursais obsoletas ou repetitivas, a valorização do juízo de retratação e a consolidação dos julgamentos monocráticos fundados em razão de jurisprudência dominante. Essas diretrizes, conforme será visto, possibilitaram avanços expressivos na racionalização do sistema recursal, mas também impõem desafios práticos na concretização da efetividade processual.

1 Professor de Direito da Faculdade de Direito da Faculdade de Direito de Contagem (FDCON). Graduado em Direito pela PUC Minas. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. E-mail: lguerra.advogado@gmail.com

Este capítulo tem por objetivo traçar uma análise aprofundada da sistemática recursal no CPC/2015, identificando as linhas mestras da racionalização implementada, os instrumentos de superação e distinção dos precedentes, bem como os reflexos dessas mudanças na efetividade do processo civil brasileiro. Para tanto, dialoga-se com a doutrina especializada, a jurisprudência dos tribunais superiores e o arcabouço normativo nacional e comparado, a fim de oferecer uma visão ampla e crítica do tema.

2 Breve histórico da sistemática recursal no processo civil brasileiro

A compreensão das inovações do CPC/2015 exige retornar ao percurso histórico do sistema recursal brasileiro. Desde os primórdios do processo nacional, os recursos desempenharam a função de mecanismo de controle da atividade jurisdicional, sendo instrumentos de correção e uniformização dos comandos judiciais. No entanto, tal função foi progressivamente contaminada por um uso predatório e excessivamente formalista dos recursos, prenunciando a chamada "cultura do litígio" e da "procrastinação recursal".

O Código de 1939 já previa numerosos recursos, mas foi com o CPC/1973 que se estabeleceu um quadro especialmente complexo. Na busca por garantir direitos das partes e assegurar o contraditório em todas as instâncias, multiplicaram-se recursos como o agravo retido, os embargos infringentes, os embargos de declaração em série, criando um sistema propenso à multiplicidade recursal e à demora processual. Não raramente, o abuso do direito de recorrer converteu-se em estratégia de postergação do término do processo.

A crítica doutrinária e jurisprudencial levou à edição de reformas pontuais ao longo dos anos 1990 e 2000, tendo por finalidade reduzir o número de recursos, simplificar sua tramitação e conferir maior celeridade aos procedimentos. Destacam-se, nesse sentido, a Lei n.º 9.756/98, que criou mecanismos restritivos ao agravo de instrumento, e a Lei n.º 10.352/01, que ampliou o julgamento monocrático.

Porém, foi apenas com o advento do CPC/2015 que se promoveu uma verdadeira reengenharia do sistema recursal, orientada pelos parâmetros de eficiência, segurança e racionalidade. A opção pelo encerramento de algumas espécies, como o agravo retido e os embargos infringentes, e a valorização dos precedentes vinculantes, inspirados nos sistemas da *common law*, traduzem essa virada paradigmática em nosso processo civil.

3 Aspectos gerais dos recursos no CPC/2015

O Código de Processo Civil de 2015 apresenta definição clara e taxativa do conceito e das espécies de recursos. Segundo o artigo 994 do CPC, recurso é o meio utilizado pela parte, terceiro interessado ou Ministério Público para provocar o reexame de decisão judicial, seja para reforma, invalidação, esclarecimento ou integração. O rol dos recursos é taxativo: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência.

A taxatividade do elenco recursal tem relevante função: impedir a proliferação de espécies recursais não previstas pelo legislador, evitando a chamada "inflação recursal" que marcou períodos pretéritos. O modelo de rol taxativo permite à legislação atuar como verdadeiro filtro, impedindo o surgimento de recursos atípicos, incidentais ou meramente protelatórios.

O despacho saneador, por exemplo, não comporta mais impugnação imediata mediante agravo, excetuando-se casos expressamente admitidos pelo Código (art. 1.015, CPC). Aqui reside uma das maiores inovações do CPC/2015: enfatizar a preclusão como mecanismo de estabilização dos atos processuais e restringir hipóteses de recorribilidade, reservando as impugnações de decisões interlocutórias para situações de absoluta necessidade ou para momento oportuno por ocasião da apelação.

Além disso, a extinção do agravo retido (antes usado como forma de impugnar decisões interlocutórias não agraváveis) e dos embargos infringentes (que tinham aplicação restrita em acórdãos não unânimes e acabavam postergando indefinidamente a formação da coisa julgada) foram medidas de racionalização essenciais. O Código, assim, privilegiou a produção de efeitos concretos e o encerramento célere da relação processual, sem prejuízo à defesa das partes.

Merece destaque, também, a previsão de um sistema recursal que reforça a unidade do processo, estabelecendo critérios objetivos para a admissibilidade e processamento dos recursos. Entre esses critérios estão: interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, preparo, legitimidade e existência de decisão impugnável. Observa-se uma preocupação marcante com a racionalidade procedimental, adequada à complexidade e à diversidade das causas submetidas ao Judiciário brasileiro.

Outro aspecto relevante está na lógica de estabilização das decisões interlocutórias e sentenças. O princípio da preclusão, marcadamente fortalecido no novo Código, impede que as partes reiterem argumentos já

repelidos ou acessem recursos de modo desordenado, tornando inevitável a adoção de uma postura processual mais estratégica e colaborativa.

Assim, o CPC/2015, ao reformular o sistema recursal, buscou não apenas restringir a quantidade de recursos, mas, sobretudo, aperfeiçoar sua função pública: servir à tutela efetiva de direitos, corrigir erros judiciários e assegurar a coerência e uniformidade da ordem jurídica nacional.

4 Racionalização do sistema recursal e filtros de admissibilidade

A racionalização recursal é traço distintivo do CPC de 2015. O Código busca filtrar, em nível inferior ou superior, os recursos relevantes e impedir o avanço de recursos manifestamente improcedentes, protelatórios, ou despidos de interesse jurídico relevante.

O juízo de admissibilidade recursal foi reforçado em dois momentos distintos: primeiro, no órgão a quo, que deve averiguar requisitos como tempestividade, regularidade formal, preparo, interesse e legitimidade; depois, reiteradamente, nos tribunais ad quem, especialmente os superiores, em virtude das exigências legais mais rígidas. Se algum requisito faltar, o recurso não é conhecido, vedando trânsito meramente formal que não agregue efetividade ao processo.

Dentre os filtros, além daqueles tradicionais, alguns se destacam por seu impacto prático:

- **Preparo Recursal:** A exigência de recolhimento das custas e taxas ao interpor recursos, sob pena de deserção, é reforçada (arts. 1.007 e 1.008, CPC). O controle é rigoroso — há poucas hipóteses de dispensa ou complementação, estimulando práticas processuais responsáveis.
- **Demonstração de relevância:** Para recursos excepcionais (especial e extraordinário), não basta alegar violação legal; exige-se a demonstração clara da repercussão geral (art. 1.035, §2º, CPC), para acesso ao Supremo Tribunal Federal, e o prequestionamento da matéria, para o STJ (Súmulas 282, 356 do STF; Súmula 211 do Superior Tribunal Justiça). Opera-se, pois, um duplo filtro de admissibilidade.
- **Julgamento de recursos repetitivos:** A sistemática dos recursos repetitivos (arts. 1.036 a 1.041, CPC) criou a suspensão dos processos sobrestados, permitindo julgamento único das questões

recorrentes e posterior aplicação, em massa, dessa orientação vinculante.

- **Implicações da ausência de impugnação específica:** O recorrente é obrigado a impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, sob pena de não conhecimento do recurso (arts. 1.010, II, 932, III, CPC).

A filtragem recursal, nestes termos, não serve para obstaculizar direitos, mas para permitir que o sistema concentre sua energia nos recursos efetivamente relevantes e nas teses jurídicas que merecem uniformização. A preocupação com o uso qualificado do recurso é fortemente admitida pela doutrina e jurisprudência, pois evita o congestionamento dos tribunais e libera recursos institucionais para causas de impacto social e econômico significativo.

A própria admissibilidade, na leitura do artigo 932, pode ser exercida tanto pelo relator como pelo tribunal, consagrando uma visão mais dinâmica e flexível do sistema de controle recursal.

Do ponto de vista do jurisdicionado, essas inovações demandam uma postura mais técnica e planejada dos advogados, que devem fundamentar de maneira específica seus recursos, evitar automatismos e atentar-se para a jurisprudência dominante. O resultado, espera-se, é um processo mais célere, menos congestionado e com decisões mais previsíveis.

5 Julgamentos monocráticos e colegiados

O CPC/2015 promoveu uma relevante expansão das hipóteses de julgamento monocrático, conferindo ao relator — figura central na dinâmica recursal — competência para decidir, singularmente, em situações previamente fixadas em lei.

Nos termos do artigo 932, incisos IV e V, compete ao relator negar provimento a recurso que se encontre em confronto com jurisprudência dominante do STF, STJ ou Tribunal local, ou ainda dar provimento quando for caso evidente de jurisprudência favorável ao recorrente. Essas previsões visam promover economia processual, celeridade e coerência, reservando ao colegiado apenas hipóteses de matéria nova, relevante ou ainda não uniformizada.

A ampliação do julgamento monocrático, contudo, não vulnera o contraditório, pois a parte tem garantido o direito ao agravo interno, para submeter a decisão singular ao órgão colegiado (arts. 1.021 e 1.022, CPC).

Esse controle constitui salvaguarda essencial contra o arbítrio e resguarda a pluralidade deliberativa, especialmente em situações complexas.

Outra repercussão prática está na diminuição do tempo de resposta judicial, desafogando pautas de julgamento dos tribunais, que podem dedicar-se à apreciação de casos paradigmáticos, repetitivos ou de grande impacto social.

Importante ressaltar que decisões monocráticas só são legitimadas se baseadas em precedente vinculante ou jurisprudência dominante. Essa exigência impede decisões exóticas, inovadoras ou dissidentes do relator, reforçando a segurança jurídica e prevenindo oscilações interpretativas.

Por outro lado, o respeito ao julgamento colegiado permanece fundamental para a evolução e revisão de entendimentos, notadamente em questões constitucionalmente sensíveis, de relevante repercussão social ou cuja complexidade requeira amadurecimento coletivo. O equilíbrio entre julgamento monocrático e colegiado é chave para a efetividade e legitimidade do sistema recursal brasileiro.

No contexto comparado, observa-se tendência semelhante em ordenamentos que privilegiam a filtragem recursal, a exemplo do modelo alemão, que adota critérios estritos para acesso ao *Bundesgerichtsho²f*, e do sistema norte-americano, no qual as regras de admissibilidade da Suprema Corte são muito restritivas. O direito processual brasileiro, portanto, conecta-se a uma transformação global, sem perder de vista as peculiaridades e a tradição jurídica nacionais.

6 Princípios constitucionais dos recursos

A disciplina dos recursos processuais deve, necessariamente, ser compreendida à luz do Texto Constitucional, que atribui centralidade absoluta ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal e à garantia do duplo grau de jurisdição — ainda que este não se apresente de modo explícito, está reconhecido tanto pela doutrina majoritária quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos princípios do acesso à justiça e do controle de decisões.

O contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal) asseguram que as partes possam participar, influenciar e impugnar todos os atos do processo, inclusive os recursos, compondo o cerne do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). Tais direitos irradiam-se sobre o

2 Supremo Tribunal Federal em alemão.

sistema recursal, obrigando os juízes a fundamentarem adequadamente suas decisões (art. 93, IX, CF) e garantindo às partes ferramentas para que o erro judicial seja corrigido em instâncias superiores, promovendo justiça e estabilidade às relações jurídicas.

A razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF) inaugura nova etapa na evolução dos recursos. No sistema anterior, o processo, frequentemente, prolongava-se por anos a fio sem solução efetiva, comprometendo a função pacificadora do Poder Judiciário. Assim, o CPC/2015 limita o cabimento dos recursos, privilegia a tramitação prioritária de causas repetitivas e inova ao disciplinar recursos à luz dos precedentes, conferindo ao sistema processual instrumentos aptos a compatibilizar celeridade e segurança.

Ao mesmo tempo, o duplo grau de jurisdição, embora não previsto de forma expressa, decorre do direito fundamental à revisão das decisões por órgãos colegiados. O STF já se manifestou em reiteradas ocasiões sobre a necessidade de ao menos um grau de recurso ordinário, especialmente em processos de natureza criminal e em processos com potencial lesivo a direitos fundamentais.

Salienta-se que eventuais limitações ou extinção de recursos não podem vulnerar o núcleo essencial dessas garantias, o que o novo Código teve o cuidado de observar. Por tal razão, a escolha política do legislador foi manter o rol taxativo de recursos admitidos (art. 994, CPC), suprimindo duplicidades e vedando a criação de recursos impróprios.

Dada importância da matéria, a constitucionalização do processo civil impõe que a legislação infraconstitucional esteja em sintonia com os direitos e garantias fundamentais, devendo o intérprete privilegiar sempre a máxima efetividade dessas cláusulas protetivas ao analisar a admissibilidade, o processamento e a apreciação dos recursos.

7 Precedentes qualificados e seus reflexos recursais

O fortalecimento do sistema de precedentes representa uma das maiores inovações do CPC/2015, aproximando o processo civil brasileiro de modelos comparados pertencentes à *common law*, sem abandonar, contudo, sua tradição codificada. O artigo 927 do CPC estabelece que juízes e tribunais devem observar os acórdãos em incidentes de assunção de competência, em incidentes de resolução de demandas repetitivas, em julgamentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos, bem como em enunciados das súmulas vinculantes do STF.

Tais decisões adquirem natureza de precedentes qualificados porque transcendem o caso concreto, irradiando efeitos para inúmeras causas idênticas, vinculando não só o órgão prolator, mas todo o aparato judiciário e as partes em litígio. Essa diretriz uniformizadora busca racionalizar o volume de recursos, evitar decisões contraditórias e proporcionar maior previsibilidade das decisões, diminuindo a sensação de incerteza jurídica que historicamente assolava o jurisdicionado brasileiro.

O sistema de sobrestamento dos recursos, por exemplo, reforça esse paradigma. Uma vez reconhecida a existência de questão idêntica em recurso repetitivo ou repercussão geral, todos os processos sobre o mesmo tema são suspensos, até o julgamento da matéria pelo tribunal competente (arts. 1.036 e 1.037 do CPC). Posteriormente, a decisão proferida nos repetitivos deverá ser aplicada de ofício por juízes e tribunais (art. 1.040, CPC), sob pena de reforma por meio de recurso adequado.

Além disso, prevê-se a figura do *"amicus curiae"* (art. 138, CPC) nestas hipóteses, permitindo maior participação democrática no processo de consolidação jurisprudencial, sobretudo em matérias de grande relevância social, econômica ou jurídica.

A doutrina ressalta que os precedentes vinculantes, ao disciplinar o comportamento dos tribunais inferiores e dos jurisdicionados, promovem celeridade, coerência e desestimulam a interposição de recursos meramente protelatórios (DIDIER JR., Fredie; MARINONI, Luiz Guilherme).

Contudo, para sua efetiva implementação, é indispensável esforço hermenêutico contínuo para identificar corretamente a *ratio decidendi* das decisões paradigmáticas, a fim de que sua aplicação seja feita de maneira justa, proporcional e coerente com as especificidades dos casos concretos.

Não se pode olvidar, porém, da resistência histórica de muitos operadores do direito, especialmente em relação à obrigatoriedade dos precedentes, seja por tradição jurídica verticalizada, seja pela preocupação legítima quanto à jurisprudência defensiva. Superar essas resistências passa por um processo pedagógico e de constante atualização, cabendo papel relevante à advocacia, à magistratura e ao Ministério Público na consolidação de uma cultura dos precedentes.

Ademais, o respeito aos precedentes qualificados atua como potente filtro recursal. Casos em que a decisão recorrida esteja em consonância com precedente obrigatório podem ter o recurso inadmitido liminarmente, promovendo economia e eficiência processual, sem renunciar à legalidade e da legitimidade jurisdicional.

8 Técnicas de superação e distinção: *overruling* e *distinguishing*

O CPC/2015 não apenas criou mecanismos de adesão obrigatória aos precedentes qualificados, como também disciplinou técnicas para sua adequada superação ou não aplicação. Duas figuras jurídicas se destacam neste contexto: o overruling e o *distinguishing*.

O *overruling* consiste na superação, pelo próprio tribunal, de entendimento anteriormente consolidado em precedente obrigatório. Não há alteração da norma em si, mas apenas a superação da interpretação sobre ela.

O art. 927, §4º do CPC impõe que tal inovação jurisprudencial seja realizada mediante fundamentação adequada e respeitando-se a segurança jurídica, a proteção da confiança e a isonomia. Exige-se, dessa forma, que a modificação do precedente seja precedida de ampla e profunda análise, com eventual possibilidade de modulação dos efeitos para evitar prejuízos tanto às partes quanto à coletividade, atendendo, inclusive, ao princípio da confiança legítima.

A doutrina processual destaca que o *overruling* é salutar, pois impede o engessamento da jurisprudência e permite a constante atualização do direito constitucional, civil, trabalhista e das demais áreas, de acordo com as transformações sociais, novas interpretações e mudanças normativas. Essa técnica preserva a vitalidade da jurisprudência, evitando fossilização das decisões na ausência de revisão crítica quando impostas pela realidade.

Já o *distinguishing* consiste na não aplicação do precedente obrigatório quando o caso em julgamento apresenta distinções fáticas ou jurídicas relevantes em relação ao *leading case*[3]. O artigo 489, §1º, VI do CPC determina que o juiz, ao afastar precedente alegadamente aplicável, apresente a distinção de modo claro, detalhado e devidamente fundamentado. Assim, previne-se a aplicação automática e irrefletida dos precedentes, protegendo a individualização e a justiça do caso concreto.

Para a doutrina, a correta identificação da *ratio decidendi* — razão de decidir fundamental do precedente — é o ponto crucial para o *distinguishing*. Deve-se evitar argumentos meramente retóricos ou artificiais, sob pena de banalização do instrumento e esvaziamento das garantias de segurança e previsibilidade do sistema.

3 *Leading case* é um caso jurídico que se torna uma referência e influência em decisões futuras sobre questões semelhantes.

Na prática, ambas as técnicas têm sido objeto de intensa discussão na jurisprudência dos tribunais superiores. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já reconheceram inúmeros casos de *overruling* e *distinguishing*, demonstrando a flexibilidade e maturidade do sistema, desde que haja respeito ao contraditório ampliado e à motivação adequada das decisões de superação ou distinção.

Cabe, por fim, destacar a importância da modulação dos efeitos das mudanças de orientação jurisprudencial — instrumento comumente utilizado pelas cortes superiores para equilibrar a necessária evolução das teses com a preservação da segurança e da confiança nas relações jurídicas já consolidadas.

9 Impactos práticos na efetividade do sistema recursal

A reengenharia do sistema recursal brasileiro, implementada pelo CPC/2015, produziu efeitos concretos e perceptíveis na rotina forense e na prestação jurisdicional. Diversos indicadores revelam sensível diminuição do número de recursos interpostos, sobretudo de natureza protelatória, além de maior rapidez na tramitação dos processos judiciais, especialmente na segunda instância.

A combinação de rol taxativo de recursos, filtros de admissibilidade mais rigorosos e precedentes vinculantes contribuiu para desafogar tribunais, permitindo que as cortes possam concentrar esforços intelectuais nas causas verdadeiramente relevantes, inovadoras ou paradigmáticas. O modelo de precedentes qualificados acelerou a resolução de processos repetitivos, padronizando decisões e reduzindo a dispersão interpretativa.

A previsão do julgamento monocrático em casos de flagrante consonância com jurisprudência consolidada conferiu agilidade aos tribunais, permitindo respostas mais rápidas e tempestivas aos jurisdicionados, valorizando a previsibilidade. O sobrestamento de recursos sob análise em repetitivos e repercussão geral eliminou a multiplicação de decisões contraditórias, fortalecendo a racionalização do sistema justiceiro.

Por outro lado, a implementação prática do novo regime recursal também evidenciou desafios. Há relatos de decisões excessivamente sumárias e de aplicação mecânica de precedentes, que, por vezes, comprometem a análise individualizada dos casos. A resistência de alguns tribunais na adequada análise dos *distinguishing* e *overruling* também aparece como obstáculo à plena efetividade do sistema.

Ademais, o impacto da racionalização recursal não pode ser analisado apenas sob o prisma estatístico. É fundamental sopesar aspectos qualitativos, como a efetividade das decisões, o acesso à justiça substancial e a função pedagógica dos julgados paradigmáticos. A racionalidade processual não deve ser pretexto para restrição desmedida do direito de recorrer, mas, sim, garantir um processo célere, previsível e justo.

O desenvolvimento de uma cultura de precedentes, inclusive pela advocacia, é peça-chave para o sucesso do modelo. Advogados e partes devem compreender e operar a lógica dos filtros recursais e da vinculação aos precedentes, formulando recursos qualificados e combatendo decisões judiciais apenas quando houver fundamentos sólidos para a superação ou distinção.

Finalmente, é indispensável destacar o papel do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na análise de dados estatísticos, na orientação de boas práticas e na coordenação de esforços para efetiva implantação dos valores norteadores do processo civil contemporâneo.

10 Considerações finais

O regime recursal do CPC/2015 representa marco de amadurecimento do processo civil brasileiro, traduzindo uma escolha consciente pela racionalização, eficiência e efetividade sem renunciar às garantias fundamentais do contraditório, ampla defesa e acesso à justiça. A consolidação dos precedentes obrigatórios, a filtragem rigorosa dos recursos, o equilíbrio entre julgamentos monocráticos e colegiados e o disciplinamento das técnicas de superação e distinção evidenciam um sistema pautado na legitimidade e na segurança jurídica.

Não obstante, o sucesso do sistema depende não só das previsões legislativas, mas principalmente da atuação proativa e qualificada de advogados, magistrados e dos demais atores do processo. A efetividade recursal exige cultura institucional pautada em ética, lealdade, boa-fé e compromisso permanente com a justiça do caso concreto.

Desafios persistem, seja no sentido de evitar automatismos e excessos no uso de precedentes obrigatórios, seja na resistência a mudanças e na garantia de acesso substancial à jurisdição. O caminho, porém, revela-se promissor, à medida que o sistema evolui e incorpora cada vez mais técnicas e valores condizentes com a justiça efetiva e célere que exige o século XXI.

O estudo aprofundado do regime recursal, portanto, não pode ser considerado mero exercício acadêmico, mas ferramenta indispensável para quem atua no processo civil brasileiro e busca contribuir para a realização de justiça na prática cotidiana forense.

Referências

Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. v. 3. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2023. L5869. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Manual do Processo Civil.** 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo.** 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Recursos e Ações Autônomas de Impugnação.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

Capítulo 24

EFEITOS JURÍDICOS PELO DESCUMPRIMENTO IMOTIVADO DO DIREITO-DEVER DE CONVIVÊNCIA PARENTAL

Carla Ribeiro Vaz de Melo[1]
Raihany Ribeiro Diniz[2]
Rogéria Aparecida de Souza Oliveira[3]

1 Introdução

O abandono afetivo faz com que a criança gere sentimentos negativos sobre si e seu entorno, gerando consequências em seu presente e futuro. A víti-ma carrega consigo sentimentos de rejeição, desprezo e traumas psicológicos, viven-ciando dificuldades em relações interpessoais, agindo de modo agressivo. O alimen-to afetivo possui igual importância quanto o material. "O cuidado é o corpo delito do afeto" (BITTENCOURT apud PAULO e ANDRADE, 2025, p. 22), a sua falta pode acarre-tar danos indeléveis para a vida adulta. Esses danos psicológicos refletem ativamen-te na formação de caráter do indivíduo, sendo certo, que se trata de dever dos pais zelar pela convivência saudável com a prole (DIAS, 2021).

O dever parental, que abrange a responsabilidade de cuidar, educar e sustentar os filhos, é fundamental para o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes. No entanto, quando esse dever é descumprido, o

1 Advogada. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e professora do curso de Direito da Fundação Educacional de Além Paraíba. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF. Especialista em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP – carlavazdemelo@yahoo.com.br

2 Advogada. Bacharel em Direito pela FEAP (2024). Escrevente do Cartório do Ofício Único de Sapucaia-RJ. Estagiária do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2021-2022). Estagiária do Tribunal do Estado de Minas Gerais (2022-2023) e Estagiária do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (2023-2024). E-mail: raihanyribeirodiniz@hotmail.com

3 Coordenadora do Curso de Direito e professora do curso de Direito da Faculdade de Ciências Gerenciais Alves Fortes mantida pela Fundação Educacional de Além Paraíba. Bacharel em Direito. Mediadora de Conflitos Familiares. Especialista em Direito de Família e Sucessões e em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP – rogeriaaparecidades@gmail.com

sistema jurídico brasileiro prevê uma série de sanções coercitivas que visam garantir a proteção dos direitos dos menores.

Considerando o sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente brasileiro, indaga-se se as decisões judiciais que visam preservar a relação entre pais e filhos de fato trazem benefícios a estes em razão da sua coercitividade. Partindo desta inquietação, esta pesquisa busca contribuir para compreensão da importância do equilíbrio da convivência parental dos genitores e seus filhos; identificar os mecanismos do arcabouço jurídico para o enfrentamento dessa questão tão relevante para a sociedade, bem como, analisar a tendência das decisões judiciais do Judiciário Mineiro nessa temática.

Trata-se de pesquisa teórica de caráter qualitativa de levantamento bibliográfico, bem como, quantitativa, tendo como fonte primária levantamento de informações do banco de dados jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no período de 2029 a 2024.

2 Sanções coercitivas jurídicas para o descumprimento do dever parental

Diferentes medidas são previstas no ordenamento jurídico que podem ser aplicadas em casos de descumprimento das obrigações parentais, como a responsabilização civil, as astreintes (multa diária), a multa administrativa e as medidas de proteção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei n. 8099/90), visando assegurar que o interesse da prole prevaleça, promovendo um ambiente familiar mais justo e seguro. As normas jurídicas buscam o equilíbrio de cuidado fundamentado no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, as decisões judiciais analisadas visam preservar a relação entre genitores e filhos com a manutenção dos vínculos afetivos. Trata-se de um reconhecimento jurídico da necessidade de plena participação dos genitores na criação dos filhos.

2.1 Da responsabilidade civil parental em face do dever de cuidado ao filho

A responsabilidade civil pode ser definida como a incumbência de compensar um dano ou ressarcir um valor em decorrência de uma lesão ou transgressão de um direito. Ela pode ser classificada como extracontratual, conhecida também como responsabilidade aquiliana, ou como contratual. Em sua essência, surge de um acontecimento que é juridicamente considerado

ilícito, ou seja, que atenta contra a ordem legal, conforme dispõe os artigos 186, 187 do Código Civil (BRASIL, 2025).

Entretanto, para caracterizar a responsabilidade civil, é fundamental que exista um dano ou prejuízo. Sem esse elemento, não há o que ser indenizado e, portanto, não se pode discutir a responsabilidade. Assim, esse conceito é composto por três elementos essenciais: a ação (seja ela comissiva ou omissiva, representando a conduta ilícita); o dano ou prejuízo causado (que pode ser material ou psíquico e que afete atributos da personalidade, como honra e dignidade); e o nexo de causalidade, que é a relação que une a conduta ao dano.

No âmbito do Direito das Famílias a ideia é recente, contudo, vem ganhando apoiadores e expandindo suas possibilidades, embora os oponentes assegurem que isto pode caracterizar a monetarização das relações de afeto, com o argumento de que a concessão de amor e afeto não pode ser cobrada em gerar compensação, pois estariam instruindo uma indústria de monetização ao afeto. Todavia, se o amor parental fosse uma opção, não haveriam sanções dispostas em lei para compelir o/a genitor/a omisso/a com tais deveres. Em suma, este princípio reconhece que o amor e cuidado são fundamentais para o desenvolvimento saudável dos filhos (PEREIRA; SILVA, 2006; 2021).

A responsabilidade civil nas interações entre pais e filhos surge da dinâmica da relação entre eles. Os pais têm a obrigação de criar e educar seus filhos, promovendo assim o desenvolvimento de suas personalidades, em decorrência do exercício do poder familiar à luz dos artigos 229 da Constituição Federal e 1.634, I do Código Civil (BRASIL, 2025). Portanto, é claro que existe uma dependência tanto material quanto emocional dos filhos em relação aos pais, uma vez que estes exercem controle sobre suas vidas, configurando uma relação assimétrica, dado que os filhos dependem totalmente das vontades e humores dos pais.

Além da disposição geral sobre responsabilidade civil estabelecida no art. 186 em conjunto com o art. 927, caput, do Código Civil, a omissão de ações que promovam o desenvolvimento da afetividade é considerada um ato ilícito, extrapatrimonial, pois infringe esses princípios legais (RODRIGO apud DIAS, 2021).

Logo, sua implantação no âmbito familiar configura um papel pedagógico, pois muito embora o restabelecimento do vínculo parental fundado no temor de prejuízo financeiro não represente a maneira mais eficaz de construir um vínculo emocional, ou seja, mesmo que um pai visite

o filho apenas por receio de ser obrigado a pagar uma compensação, isso ainda se mostra superior ao sentimento de abandono.

2.2 Astreintes no restabelecimento ao direito à convivência familiar

As astreintes correspondem a multas cominatórias, com o intuito de promover a efetividade de alguma decisão judiciária a uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar coisa, sendo-lhes afastada qualquer natureza indenizatória. Com fundamento nos arts. 536 e 537 do Código de Processo Civil, bem como, no art. 213 do ECA, é apresentada como uma alternativa que pode ser aplicada a pedido ou de ofício em tutela provisória, na fase de conhecimento, em sentença terminativa ou na fase executória, possibilitando inclusive a majoração do valor visando compelir o cumprimento da obrigação ou a redução, caso se torne excessiva.

Uma particularidade sobre a multa diária cominada é que uma vez apurada será destinada ao autor, que só poderá exigi-la após o trânsito em julgado, mas segundo dicção do § 3º do art. 213 da Lei n. 8.099/90 "[...] será devida desde o dia em que houver configurado o descumprimento" (BRASIL, 2025).

Em outras palavras, mesmo que não haja menção à multa em um acordo ou na sentença, sua aplicação ainda é viável. Quando se propõe uma ação visando a execução da obrigação de convívio, o juiz pode, ao conceder tutela antecipada e determinar a citação do réu para que cumpra a obrigação, já estabelecer a multa em caso de descumprimento. A definição da multa não requer um pedido formal, logo, o magistrado tem a autoridade para aplicá-la de ofício.

Desse modo, como ambos os dispositivos possuem a mesma finalidade, ou seja, a concessão da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, o resultado desejado poderá ser alcançado com a aplicação coercitiva fundamentada em qualquer dos diplomas legais supracitados.

Quanto à fixação do valor da multa, não há um limite pré-estabelecido, de forma que o juiz tem liberdade para determinar o valor conforme as circunstâncias do caso específico.

Por conseguinte, "o valor da multa fica a cargo do juiz, embora o autor possa também fazer o pedido incluindo o valor. Como a natureza da multa é inibitória, o valor deve ser significativo, pois quanto o maior valor, mais pressionado ficará o devedor do convívio (PEREIRA, 2021, p.700)."

No tocante ao direito de convivência, por ser considerado um direito essencial, que impõe uma obrigação pessoal e infungível, surgiu-se o debate da aplicação das astreintes para compelir o responsável a cumpri-lo, visto que esse direito se origina da autoridade familiar compartilhada por ambos os genitores, e seu descumprimento invalida a legítima expectativa de quem o aguarda (TARTUCE, 2024). Todavia, existe outra vertente que defende que a imposição através medida coercitiva para fazer o genitor nutrir sentimentos pela criança e obrigá-lo a conviver com ela, mesmo sem demonstrar interesse, podem ser mais prejudiciais do que o não convívio (LAURIA, 2003).

Em contrapartida, Madaleno (2024) e Tartuce (2024) abordam ser plenamente possível a aplicação das astreintes, tanto em acordos homologados, quanto em determinações judiciais, inclusive ao genitor omisso, que não exerce o direito de convivência com a prole, que tem o condão de verter em benefícios para o filho que foi desprezado.

Em síntese, é possível afirmar que, embora as astreintes não tenham a capacidade de compelir um pai ou mãe a desenvolver emoções de afeto por seu filho, elas atuam como um instrumento que promove a aproximação e a criação de vínculos entre o genitor ausente e a criança. Essa interação poderá, por sua vez, fomentar o afeto entre eles, contribuindo para o objetivo maior de uma convivência familiar que é fundamental para o crescimento saudável e o desenvolvimento contínuo da criança ou do adolescente.

2.3 Multa administrativa e medidas de proteção pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê multas administrativas como sanção para responsáveis que não cumprem obrigações relativas à proteção e bem-estar de crianças e adolescentes. O artigo 249 do Estatuto supracitado estabelece multa de três a vinte salários de referência, podendo ser aplicada em dobro em casos de reincidência, quando há o descumprimento, seja de forma dolosa ou culposa, dos deveres inerentes ao poder familiar, ou em decorrência de tutela ou guarda, bem como a determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar (BRASIL, 2025).

Assim, constata-se que a penalidade administrativa mencionada no Estatuto é aplicável quando os pais não cumprem os deveres referentes à convivência parental, o que configura uma infração a obrigações fundamentais ligadas ao poder familiar. Adicionalmente, essa penalidade é

pertinente em situações de desobediência a ordens judiciais. Nesse contexto, a multa também se justifica caso um dos genitores, mesmo tendo sido convocado para regularizar o regime de visitações, não o faça (CARDOSO, 2016, p. 64).

Além da possibilidade de aplicação da multa administrativa ao pai ou mãe que descumprir o acordo ou decisão judicial, poderão ser adotadas medidas de proteção à criança e ao adolescente, em consonância com o artigo 98 do mesmo dispositivo legal, nos casos em que os direitos legais reconhecidos a estes forem ameaçados ou violados, como por exemplo na falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis (BRASIL,2025). Tais medidas são previstas no artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre outras.

Em síntese, compreende-se que as medidas ofertadas são aparatos justificáveis na aplicação em caso do não cumprimento injustificado ao regime de convivência, pois a criação, a educação e a companhia, previstas no artigo 1.634, I e II do Código Civil, conforme já abordado, configuram o direito/dever de convivência dos pais para com seus filhos. Ademais, a disposição dos incisos I, III, IV e VII, revelam instrumentos de grande potencial para estimular uma alteração no comportamento desse genitor (BRASIL, 2025).

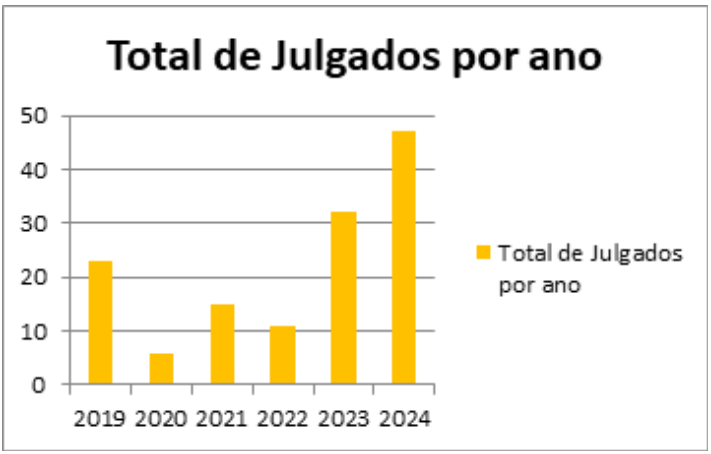
Buscando entender como os mecanismos legais estão sendo utilizados na prática pelo Sistema de Justiça, procede-se uma análise jurisprudencial do banco de dados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Essa análise busca explorar as interpretações e aplicações jurídicas pertinentes, fornecendo uma visão abrangente sobre como esses instrumentos têm sido abordados nas decisões judiciais no âmbito do Estado de Minas Gerais.

3 Da aplicabilidade dos institutos pela jurisprudência

Os gráficos apresentados a seguir ilustram a evolução das decisões judiciais com recorte nos últimos seis anos, nos casos de descumprimento do regime de convivência parental. Os dados, coletados de fontes oficiais do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (www.tjmg.gov.br) no banco de jurisprudência, indicam que, entre 2019 à 10 de outubro de 2024 no sistema de justiça do Estado de Minas Gerais, houve uma mudança de paradigma, nas decisões que reconhecem os direitos previstos pela lei, destacando um aumento significativo nas jurisprudências favoráveis aos demandantes.

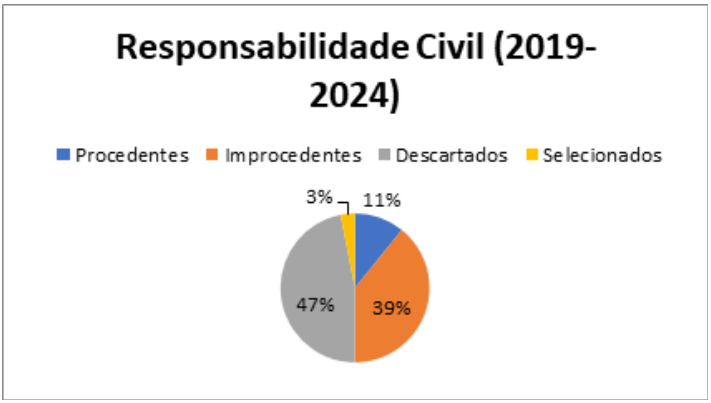
Primeiramente, foi apontado o total de julgados ano a ano pelo referido tribunal e logo após, um detalhamento de cada sanção prevista e o quantitativo das ações na aplicação do caso concreto.

Figura 1 – Total de julgados por ano



Fonte: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do

Figura 2 - Da responsabilidade civil



Fonte: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do

Para obter o levantamento dos resultados acima, foram utilizados por etapa os seguintes comandos: I) Aplicação dos filtros: abandono e afetivo e indenização; II) data inicial e data final de julgamento, como meio de obter um ano base para restringir os resultados (2019 a 2024); III) Total de julgados; IV) Julgados procedentes; V) Julgados improcedentes; VI) Julgados descartados; e VII) Julgados selecionados.

Na tabela abaixo estão descritos os julgamentos procedentes e improcedentes, com suas respectivas bases de julgamento:

Ano base – 2019 a 2024 Total de Julgados: 97	Base de Julgamento
Procedentes:	Abandono afetivo reconhecido como violação dos direitos da criança, causando dano moral, uma vez que a falta de relação paterno-filial e a recusa de convivência compromete a dignidade da pessoa humana.
Improcedentes:	. Não demonstrado os elementos da responsabilidade civil: ato ilícito, dano e nexo causal. . A pretensão de indenização fundada em abandono afetivo submete-se ao prazo prescricional trienal, nos termos do art. 206, §3°, V, do Código Civil.

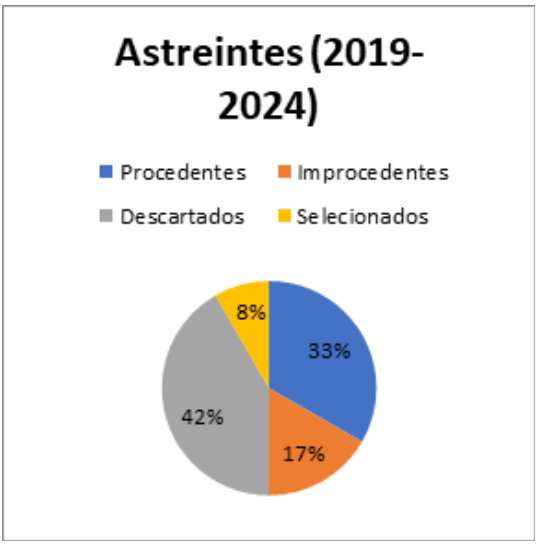
Resultado: As decisões procedentes reconhecem a configuração de dano moral devido ao abandono afetivo e a violação dos direitos da criança. Em contrapartida, nas improcedentes, não se configurou a responsabilidade por danos morais devido à falta de ilicitude nos atos, bem como a observância do prazo prescricional trienal. Essas decisões refletem uma análise cuidadosa da relação entre reconhecimento da paternidade e a configuração de dano moral por abandono afetivo.

É imprescindível ressaltar que a prescrição trienal de que trata a base dos julgados improcedentes, com fulcro no artigo 206, §3, inciso V, do Código Civil, em que a pretensão de reparação civil prescreve em 03 (três) anos, foi utilizada aos casos em que sendo o descendente já maior, o termo inicial do prazo prescricional quanto a direitos alusivos a paternidade reconhecida em processo judicial, conta-se do trânsito em julgado da sentença.

Em análise do presente, pode-se verificar um aumento expressivo no acolhimento a pretensão indenizatória por abandono afetivo, caracterizando a responsabilidade civil. Todavia, fez-se necessário selecionar e descartar alguns julgados, pelos motivos a seguir expostos:

Julgados	Total / Justificativa
Selecionados	Perfaz o total de 06 julgados selecionados, representando 3% (três por cento) do gráfico anteriormente apresentado. Muito embora o total de procedentes correspondam a 11% (onze por cento) do total, ou seja, 21 julgados, a seleção foi baseada nos acolhimentos relacionados à temática central da pesquisa, que se tratam da caracterização do dano moral e a respectiva indenização pela constatação do abandono afetivo parental a prole menor.
Descartados	Com total de 91 julgados descartados, representam 47% (quarenta e sete por cento) do gráfico anteriormente apresentado. Foram desconsiderados em razão da não procedência do pedido, ou muito embora procedentes, não possuem pertinência ao foco da pesquisa.

Figura 3 – Das astreintes



Fonte: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do

Para obter o levantamento dos resultados acima, foram utilizados por etapa os seguintes comandos: I) Aplicação dos filtros: direito e convivência e astreintes; II) data inicial e data final de julgamento, como meio de obter um ano base para restringir os resultados (2019 a 2024); III) Total de julgados; IV) Julgados procedentes; V) Julgados improcedentes; VI) Julgados descartados; e VII) Julgados selecionados.

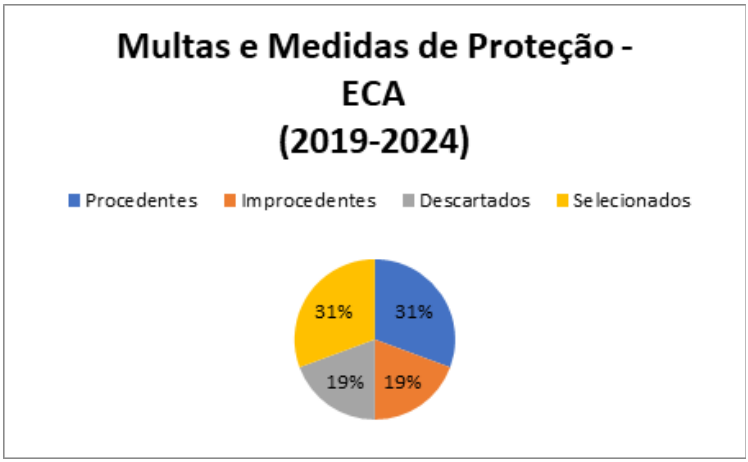
Na tabela abaixo estão descritos os julgamentos procedentes e improcedentes, com suas respectivas bases de julgamento:

Ano base – 2019 a 2024 Total de Julgados: 06	Base de Julgamento
Procedentes:	O direito de visitas previsto no artigo 1.589, do CC, consiste em um "direito-dever" do pai ou mãe que não detém a guarda do menor, sendo a decisão que estabelece regime de visitação título válido para pleitear o seu cumprimento, vez que estabelecida uma obrigação de fazer e, portanto, passível de aplicação de multa em caso de seu descumprimento.
Improcedentes:	Ausência de provas ou comprovação do risco.

Resultado: As decisões procedentes reconhecem a aplicação de multa diária (astreintes) como medida coercitiva para forçar o genitor não guardião ao cumprimento do regime de convivência, bem como a genitora que obsta o relacionamento paterno-filial. Nas improcedentes, não configurou a implicação da sanção, pois não houve indícios e provas suficientes para comprovação do risco.

Julgados	Total / Justificativa
Selecionados	Perfaz o total de 1 julgado selecionado, representando 8% (oito por cento) do gráfico anteriormente apresentado. Muito embora o total de procedentes correspondam a 33% (trinta e três por cento) do total, ou seja, 04 julgados, a seleção foi baseada na decisão que fixou que o regime de convivência é título executivo, consagrando obrigação de fazer, logo, o descumprimento por parte do genitor incidiu a possibilidade de aplicação de astreintes, aplicação da sanção em caso concreto pertinente ao tema central da pesquisa.
Descartados	Com total de 05 julgados descartados, representam 42% (quarenta e dois por cento) do gráfico anteriormente apresentado. Foram desconsiderados em razão da não procedência do pedido, ou muito embora procedentes, não possuem pertinência ao foco da pesquisa, como por exemplo duas procedências de aplicação de multa diária por impedimento do regime de convivência por parte da genitora, que obsta a relação paterno-filial.

Figura 4 - Das multas administrativas e medidas de proteção do ECA



Fonte: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do

Para obter o levantamento dos resultados acima, foram utilizados por etapa os seguintes comandos: I) Aplicação dos filtros: multa e medida e socioeducativas; II) data inicial e data final de julgamento, como meio de obter um ano base para restringir os resultados (2019 a 2024); III) Total de julgados; IV) Julgados procedentes; V) Julgados improcedentes; VI) Julgados descartados; e VII) Julgados selecionados.

Na tabela a seguir estão descritos os julgamentos procedentes e improcedentes, com suas respectivas bases de julgamento:

Ano base – 2019 a 2024 Total de Julgados: 31	Base de Julgamento
Procedentes:	. Direito à proteção: Princípio da dignidade da pessoa humana e no direito das crianças e adolescentes a condições adequadas de internação (ECA). . Multas cominatórias: A aplicação de multas ao Estado em caso de descumprimento, com o objetivo de assegurar a efetividade da decisão judicial, devendo ser fixada considerando seu caráter punitivo e preventivo, observado o princípio da razoabilidade e, nos termos do art. 537, §1º, I, do CPC, O juiz pode, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la.
Improcedentes:	. Ausência de provas ou requisitos legais; . Perda de objeto devido à maioridade civil do adolescente, levando à perda do interesse de agir.

Resultado: A análise demonstra uma tendência positiva em relação ao reconhecimento dos direitos de crianças e adolescentes, especialmente em relação ao cumprimento de medidas socioeducativas e à intervenção do Judiciário frente à omissão do Estado. As decisões enfatizam a necessidade de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de multas e medidas coercitivas, refletindo um compromisso com a dignidade dos adolescentes e a efetividade das políticas públicas. A perda de objeto em algumas apelações destaca a importância do interesse de agir no momento do julgamento.

Julgados	Total / Justificativa
Selecionados:	Total de 19 julgados selecionados, que perfazem a proporção correspondente a 19% (dezenove por cento) do gráfico acima discriminado, contudo, não possuem especificamente uma relação direta com o tema central proposto, mas há uma relevância com valor expressivo em procedência aos casos de aplicação de multa cominatória nos casos de descumprimento de decisão judicial, logo, pode-se fazer uma correlação a sua aplicabilidade nos casos de descumprimento imotivado do direito-dever de convivência parental.
Descartados:	Representados pelo correspondente a 12% (doze por cento) ou 12 julgados. Todos foram descartados em virtude da improcedência aos pedidos de multas ou medidas socioeducativas em casos de descumprimento de decisão judicial.

4 Conclusão

A convivência familiar é um tema de grande relevância, pois é reconhecida como um direito fundamental e essencial para o desenvolvimento pleno dos menores, conforme preconizado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Outrossim, a Carta Magna, que garantiu igualdade entre homens e mulheres, sendo a prática do poder familiar compartilhada entre ambos os pais, independentemente de sua situação conjugal. Do mesmo modo, Estatuto da Criança e do Adolescente, também contribuiu para essa mudança, enfatizando o poder familiar como uma obrigação dos pais para com os filhos, focando mais em deveres de proteção do que em direitos autoritários sobre eles.

Os resultados obtidos apontam o caminho que o Sistema de Justiça do Estado de Minas Gerais tem percorrido quando há descumprimento imotivado do direito-dever de convivência parental, restando evidente que as sanções têm caráter pedagógico e reparatório, visando não apenas coagir o genitor inadimplente, mas também reforçar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, alicerçado na dignidade da pessoa

humana. Logo, mesmo que as sanções coercitivas não possam obrigar a afetividade, elas têm um papel importante em evitar o abandono e em criar oportunidades para a reconstrução do vínculo familiar.

Por fim, após análise, constatou-se que as decisões proferidas pelo Tribunal de Minas Gerais nos anos de 2019 a 2024, apontaram caminho para reconhecer a configuração de dano moral devido ao abandono afetivo e a violação dos direitos da criança nos casos de descumprimento. Em contrapartida, nas improcedentes, a implicação não foi reconhecida em razão da falta de comprovação de ilicitude nos atos, ou seja, na demonstração dos elementos da responsabilidade civil, como o ato ilícito, dano e nexo causal, bem como a observância do prazo prescricional trienal.

Embora os mecanismos analisados demonstrem sua relevância no contexto jurídico brasileiro, a pesquisa também revelou a existência de limitações. Assim, sugere-se o aprofundamento de estudos e implementação de políticas públicas que corroborem para que haja o equilíbrio dos cuidados essenciais ao desenvolvimento integral dos filhos, vez que somente as leis ou o Sistema de Justiça não têm o condão de reverter ou erradicar os efeitos maléficos que são produzidos pelo abandono, ausência ou negligências perpetradas pelos genitores. As cicatrizes causadas são levadas para toda a vida e muitas vezes irreversíveis.

Referências

BRASIL. **Vade Mecum**. 39. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2025.

CARDOSO, Diane Rodrigues. **Aspectos jurídicos do descumprimento imotivado do dever de visitação pelo pai separado e não guardião: a convivência como direito do filho**. 2016. Disponível em: https://www.univates.br/bdu/bitstreams/4c6e3d16-0ed1-4c59-bc01-0d2047c78890/download. Acesso em: 12 jan. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: JusPodivm, 2021. 1056 p.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 2ª tiragem.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. - 14. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2024.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Espelho de Acórdão. Belo Horizonte,2024. Disponível em:https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do.
Acesso em: 17 jul. 2024 a 10 out.2024.

PAULO, Beatrice Marinho; ANDRADE, Fabrício Rodrigues de. Abandono Paterno e Alienação Parental: efeitos da cultura**. Revista IBDFAM: Família e Sucessões.** Belo Horizonte. v. 67. p. 9-27 jan/fev. 2025.

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

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem**. Sociedade e Estado, v. 3, pág. 667–680, 2006. Disponível em: https://doi.org/10.1590/S0102-69922006000300006. Acesso em: 24 set. 2024.

TARTUCE, Fernanda. **Processo civil no direito de família: teoria e prática**. 8. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2024.

Capítulo 25

A RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Henrique Avelino Lana [1]

1 Introdução

Em um Estado democrático de direito, a proteção e a efetiva aplicação dos direitos fundamentais são fundamentais para garantir a justiça social, a dignidade humana e o respeito às liberdades individuais e coletivas. Esses direitos, que abrangem liberdades, garantias e direitos sociais, não se limitam a um conjunto de normas abstratas ou teóricas, mas são a espinha dorsal do ordenamento jurídico, sendo imprescindíveis para a construção de uma sociedade justa e igualitária. Sua consagração na Constituição Federal de 1988, como normas de prevalência absoluta, estabelece um marco normativo que garante a sua supremacia em relação a outras legislações infraconstitucionais, conferindo-lhes uma função essencial de proteção contra qualquer ação que possa relativizar ou desconsiderar a dignidade da pessoa humana.

Compreender e aplicar os direitos fundamentais, portanto, é um dever crucial para o operador do direito — advogados, juízes, promotores e demais profissionais da área. O entendimento profundo da extensão e dos limites desses direitos não apenas assegura a adequada aplicação das normas jurídicas, mas também fortalece o compromisso com os princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade. No exercício da profissão jurídica, é necessário que o operador do direito desenvolva uma postura ética e crítica, garantindo que a justiça seja alcançada de maneira plena e eficaz.

Esses direitos não são isolados, mas interagem diretamente com as diversas áreas do direito, configurando-se como um princípio transversal que atravessa diferentes campos normativos. No direito penal, por exemplo,

1 Advogado sócio do escritório Moreira do Patrocínio & Avelino Lana Advogados. Especialista, Mestre e Doutor em Direito. Pós-Doutorado em direito empresarial.

a garantia da ampla defesa e do contraditório se sobrepõe à prerrogativa do Estado de punir, refletindo a importância da proteção dos direitos fundamentais em qualquer processo jurídico. Já no direito civil, os direitos à vida, à saúde e à propriedade exigem uma constante ponderação, quando, em certas situações, podem entrar em tensão com direitos privados, demandando uma interpretação cuidadosa e equilibrada. No direito do trabalho, a proteção ao trabalhador e a garantia de condições dignas de trabalho estão diretamente relacionadas aos direitos sociais, assegurando que o exercício da profissão ocorra em conformidade com os valores da Constituição.

Ainda mais, no direito ambiental, o direito ao meio ambiente equilibrado se revela como uma vertente dos direitos fundamentais, conectando-se diretamente ao direito à qualidade de vida e exigindo que as decisões jurídicas considerem tanto o desenvolvimento econômico quanto a preservação ambiental. Esta interconexão entre as áreas do direito reforça a necessidade de uma visão global, onde o operador do direito deve ser capaz de harmonizar os direitos individuais com os coletivos e sociais, sempre alinhado aos princípios constitucionais que orientam o ordenamento jurídico.

Dessa forma, a compreensão dos direitos fundamentais não é apenas uma tarefa acadêmica ou técnica, mas uma exigência prática, essencial para a aplicação justa e equânime das normas jurídicas. O operador do direito, ao integrar esses direitos em sua prática, está mais preparado para oferecer soluções jurídicas que respeitem os direitos humanos e atendam às necessidades da sociedade contemporânea, marcada por novos desafios sociais, tecnológicos e ambientais. O estudo aprofundado e a aplicação desses direitos em contextos diversos são fundamentais para assegurar que o ordenamento jurídico permaneça fiel aos valores constitucionais e promova, de fato, a proteção plena dos direitos dos indivíduos.

2 Direitos fundamentais como pilar essencial do Estado Democrático de Direito

Os direitos fundamentais constituem um conjunto de prerrogativas e garantias que asseguram a dignidade da pessoa humana, sendo reconhecidos como o núcleo essencial do ordenamento jurídico de um Estado democrático de direito. No contexto brasileiro, esses direitos encontram-se consagrados na Constituição da República de 1988, particularmente em seu Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, e são considerados

cláusulas pétreas, ou seja, normas que não podem ser alteradas nem mesmo por emenda constitucional, salvo em circunstâncias excepcionais que não violem a essência da Constituição.

Os direitos fundamentais têm sua origem em uma concepção filosófica que busca garantir a proteção da dignidade humana, sendo, portanto, inalienáveis e indivisíveis. Sua base está no reconhecimento de que todo ser humano deve ser tratado com respeito e dignidade, independentemente de sua origem, classe social, etnia ou qualquer outra característica. Esses direitos abrangem uma ampla gama de prerrogativas, como direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, visando assegurar a liberdade, a igualdade e a fraternidade. São garantidos pela Constituição e pela ordem jurídica interna, mas também encontram respaldo em tratados e convenções internacionais, refletindo o compromisso do Brasil com o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos.

Os Direitos Individuais e Coletivos. Estes direitos protegem a liberdade do indivíduo e o exercício de seus direitos, como a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, o direito à privacidade e a inviolabilidade do domicílio. Também englobam direitos que garantem a proteção da coletividade, como os direitos de associação e manifestação.

Os Direitos Sociais são aqueles que visam assegurar condições mínimas para uma vida digna e justa, como o direito à saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia e segurança. Tais direitos refletem a preocupação do Estado em promover a igualdade material entre os indivíduos, proporcionando a todos condições para o pleno desenvolvimento.

Os Direitos Políticos relacionam-se à participação dos cidadãos na vida política do país, como o direito de votar e ser votado, a liberdade de associação política e a participação em referendos e plebiscitos. Esses direitos são fundamentais para a consolidação da democracia.

Os Direitos de Nacionalidade estabelecem a condição de cidadão e a relação entre o indivíduo e o Estado, definindo os critérios de nacionalidade e as implicações legais da cidadania brasileira.

Os direitos fundamentais são interdependentes e indivisíveis, o que significa que a proteção de um direito não deve prejudicar o exercício de outros. Além disso, são universais, ou seja, aplicam-se a todas as pessoas, sem discriminação. Esse caráter universal está expresso em diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que busca promover a dignidade e os direitos de

todos os indivíduos, independentemente de seu país de origem ou condição social.

A interdependência entre os direitos fundamentais exige uma interpretação sistemática e harmônica de suas disposições, de modo a garantir sua efetividade e a construção de uma sociedade justa e igualitária. O operador do direito, ao interpretar e aplicar esses direitos, deve buscar sempre o equilíbrio entre os diversos direitos envolvidos, sem desconsiderar o contexto social e político de cada situação.

A Constituição de 1988 previu mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, os quais podem ser acionados por meio de diferentes instrumentos processuais. O habeas corpus, o mandado de segurança, a ação popular, o habeas data e a ação civil pública são algumas das ações previstas para a defesa de direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal (STF), como guardião da Constituição, desempenha um papel central na interpretação e proteção dos direitos fundamentais, especialmente em casos de violação por normas infraconstitucionais.

3 A doutrina atual

O poder judiciário, ao atuar na proteção dos direitos fundamentais, deve adotar uma postura proativa e garantir a efetividade desses direitos, assegurando que não sejam objeto de restrições indevidas ou desproporcionais. Essa proteção é ainda mais relevante em um contexto em que novos desafios surgem, como a proteção da privacidade em face das tecnologias digitais, a garantia de direitos sociais em tempos de crise econômica e a proteção de minorias em situações de vulnerabilidade.

Luigi Ferrajoli conceitua direitos fundamentais como sendo todos "aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a 'todos' os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendido por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um indivíduo por uma norma jurídica; e por 'status' a condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas".

A Constituição Federal prevê, no Título II, os direitos e garantias fundamentais, quais sejam: direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I); direitos sociais (capítulo II); direitos de nacionalidade (capítulo III); direitos políticos (capítulo IV) e partidos políticos (capítulo V). Cumpre

ressaltar que há uma diferenciação entre direitos e garantias fundamentais: "direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados", conforme explana Pedro Lenza.

Luigi Ferrajoli conceitua direitos fundamentais como sendo todos "aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a 'todos' os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendido por 'direito subjetivo' qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um indivíduo por uma norma jurídica; e por 'status' a condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas".

Sylvio Motta explica: "Os Direitos Individuais representam um conjunto de limitações do Estado em face das pessoas que com ele se relacionam. Pode-se dizer que é um conjunto de direitos que a si se reservam os titulares do poder no momento em que criam o Estado. Assim, ao redigirem a Constituição, estabelecem limites ao ente que estão criando. Estes limites recebem diversas designações: direitos fundamentais, direitos individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos públicos subjetivos etc. Direitos inatos ou naturais são os que decorrem da própria natureza humana, também chamados de direitos humanos ou direitos fundamentais do homem".

Sylvio Motta complementa o rol de características dos direitos fundamentais: "São imprescritíveis porque não sofrem corrosão com o tempo, estão sempre prontos para ser exercidos pelo seu titular, ao contrário dos demais direitos, inclusive os do Título II, que, em regra, prescrevem. São inalienáveis porque não há possibilidade de renúncia por parte de seu titular, e, por outro lado, o Estado ou mesmo outro particular que esteja na sujeição passiva, sob nenhum pretexto, pode deixar de observá-los fora dos casos previstos razoavelmente pela lei. São universais porque devem ser reconhecidos em todo o mundo civilizado, ainda que o Estado brasileiro não mantenha relações diplomáticas com o Estado alienígena, ultrapassando e prescindindo o conceito de nacionalidade. São fundamentais porque transcendem a Constituição brasileira, encontram fundamento na Declaração dos Direitos do Homem e buscam preservar a dignidade da pessoa humana. E, finalmente, são petrificados no sentido de não poderem sofrer alteração de cunho restritivo, porque não admitem

emendas tendentes, ainda que remotamente, a aboli-los, não sendo possível por obra do legislador infraconstitucional reduzir-lhes o alcance".

Os Direitos Fundamentais podem ser categorizados de diversas maneiras, levando em consideração sua natureza, aplicação e geração. Hebert Hart contribui para essa discussão ao introduzir a distinção entre direitos primários e secundários. Os direitos primários referem-se às liberdades individuais, enquanto os secundários estão relacionados às prestações sociais do Estado.

No contexto brasileiro, a CF de 1988 elenca direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração, que correspondem, respectivamente, aos direitos civis e políticos, sociais e econômicos, e direitos relacionados ao meio ambiente e ao desenvolvimento.

Os Direitos Fundamentais, também conhecidos como direitos humanos, são prerrogativas inalienáveis conferidas a todos os indivíduos pela própria condição humana. A fundamentação desses direitos pode ser rastreada até documentos históricos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mas no contexto jurídico brasileiro, a Constituição Federal é a principal fonte.

Guilherme Pena de Moraes destaca a importância de entender os Direitos Fundamentais como limites à atuação estatal, garantindo a liberdade e dignidade dos cidadãos. Bobbio, por sua vez, ressalta a evolução histórica desses direitos, destacando a transição do Estado de Direito para o Estado Social.

Assim, as características dos Direitos Fundamentais são intrínsecas à sua natureza. Eles são universais, aplicáveis a todos os seres humanos, independentemente de raça, gênero, religião ou nacionalidade. Além disso, são inalienáveis, não podendo ser renunciados, e imprescritíveis, persistindo ao longo do tempo. Os direitos fundamentais são os direitos mais básicos de todo e qualquer cidadão. São direitos representativos das liberdades públicas, formando valores eternos e universais. Tais valores são verdadeiras imposições ao Estado, que tem o dever de proteger e resguardar esses direitos. Estão positivados na Constituição Federal de 1988, devendo ser aplicados a todos os indivíduos, bem como a todas as situações regidas pela referida constituição. Tem-se, que, em essência, os direitos fundamentais guardam profunda semelhança com os direitos humanos, entretanto, estes encontram-se no plano internacional, universal. São prerrogativas legítimas, possibilitando que o homem tenha uma vida digna. Assim, através desses direitos, foram satisfeitos os anseios por liberdade, igualdade e dignidade humana. Tais direitos configuram núcleo inviolável dentro do contexto

social, uma vez que não há como uma sociedade ser justa e próspera sem a real efetivação dos direitos fundamentais.

Classificam-se os direitos fundamentais em três gerações. Os de primeira geração, direitos associados a liberdade, são os direitos mais essenciais, sendo chamados de direitos individuais ou negativos, pois relacionam-se a direitos que não podem ser negados pelo Estado.

Consideram-se, nessa primeira geração, as tentativas de limitação do poder do Estado (quase sempre representado pelo rei). Os direitos humanos de primeira geração constituem a defesa do indivíduo diante do poder do Estado, e definem as situações em que o Estado deve se abster de interferir em determinados aspectos da vida individual e social. São as chamadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, eis que implicam a não interferência do Estado. (CASTILHO, 2012, p. 25).

Os direitos de segunda geração são chamados de direitos positivos e encontram-se associados a coletividade, ou seja, a igualdade; pressupondo um dever do Estado.

Em verdade, essa segunda dimensão ou geração é, em parte, consequência das limitações da primeira. Isso porque mesmo todos os direitos de liberdade são insuficientes à proteção do ser humano em uma sociedade desigual. O liberalismo, todavia, em sua acepção clássica, ignora essas particularidades para simplesmente afirmar que a todos deve ser asssegurada a liberdade. (CASTILHO, 2012, p. 28).

A terceira geração é a geração dos direitos supraindividuais. Nota-se ainda que com a ascensão tecnológica e dos movimentos sociais, tem-se reconhecido a existência de uma quarta geração.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior dão a seguinte definição de direitos humanos de terceira geração: "constituem-se basicamente de direitos difusos e coletivos. Em regra, revelam preocupações com temas como meio ambiente, defesa do consumidor, proteção da infância e da juventude e outras questões surgidas a partir do desenvolvimento industrial e tecnológico, como autodeterminação informativa e direitos relacionados à informática de modo geral". (CASTILHO, 2012, p. 31).

Que ao invés de "gerações" é melhor se falar em "dimensões de direitos fundamentais", nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os direitos gestados em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração

mais recente tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, consequentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o direito individual de propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos direitos fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua função social, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental. (GUERRA FILHO, 2017)

Esta é uma teoria muito bem aceita pela doutrina majoritária, tendo sido desenvolvida por Karel Vasak em 1977. Mas foi em uma Conferência no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, na França, em1979, intitulada "Pelos Direitos Humanos da Terceira Geração: os direitos de solidariedade", que esta teoria passou a ser mundialmente conhecida (TORRANO, 2015).

Diante de todas dessas constantes evoluções os direitos fundamentais foram divididos em gerações ou dimensões, só que chamar de gerações gera uma discussão, pois causa uma impressão errada de que passaram geração para de forma gradativa, então acaba sendo que dimensão é a melhor maneira de chamá-lo e nesse trabalho chamaremos tanto de gerações como de dimensões (CASADO FILHO, 2012, p. 49 e 50).

Acontece que, já existem autores defendendo (ou pelo menos explicitando) uma quinta geração (dimensão) de direitos. Um deles é o próprio Paulo Bonavides que acaba, nas últimas edições de seu curso de direito constitucional visualizando a paz como um direito de quinta geração (dimensão). Nesses termos, o direito a paz seria alçado de um direito de terceira dimensão para a quinta dimensão, alcançando assim um patamar superior e específico de fundamentalidade no início do século XXI (FERNANDES, 2019, p. 96).

Direitos de 4ª geração (ou dimensão). Também são do fim do séc. XX e início do séc. XXI, trataM-se de direitos que envolvem globalização política frente a uma globalização (excludente) econômica – luta global contra a pobreza e a exclusão. Temos na visão de alguns doutrinadores, direitos como por exemplo: à democracia e ao pluralismo. Acrescentamos que não apenas são agregados novos direitos como indicam as teorias sobretudo da dimensão, mas os mesmos (direitos) são relidos à luz de paradigmas (gramáticas de praticas sociais) jurídicos (visões exemplares de uma comunidade jurídica). Portanto, só para se ter um exemplo no séc. 20 não só surgem efetivamente os direitos sociais, mas também são relidos (reinterpretados) os direitos individuais. (FERNANDES, 2019, p. 23).

Cada geração foi associada, na Conferência proferida por Vasak, a um dos componentes do dístico da Revolução Francesa: "liberté, egalité et fraternité" (liberdade, igualdade e fraternidade). Assim, a primeira geração seria composta por direitos referentes à "liberdade"; a segunda geração retrataria os direitos que apontam para a "igualdade"; finalmente, a terceira geração seria composta por direitos atinentes à solidariedade social ("fraternidade") (RAMOS, 2017, p. 56).

Os direitos fundamentais são a espinha dorsal de qualquer sistema jurídico democrático. A sua proteção e efetivação são essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana e promover a justiça social. No Brasil, esses direitos estão assegurados pela Constituição de 1988, que prevê sua aplicabilidade e define os instrumentos legais para sua defesa. O operador do direito deve, portanto, estar preparado para interpretar esses direitos de maneira sistêmica, reconhecendo sua interdependência e buscando sua efetividade em todas as esferas da sociedade. Somente por meio do respeito e da proteção dos direitos fundamentais será possível construir um Estado verdadeiramente democrático e justo, em que os direitos dos indivíduos sejam sempre respeitados e garantidos.

4 Conclusão

Em conclusão, os direitos fundamentais representam não apenas uma simples categoria jurídica, mas a essência do Estado democrático de direito, sendo indispensáveis para a preservação da dignidade humana, a promoção da igualdade e a garantia de liberdades essenciais. Sua consagração na Constituição Federal de 1988 não se limita a um enunciado normativo, mas constitui uma verdadeira cláusula pétrea que sustenta as bases de nossa democracia. Os direitos fundamentais são as estruturas invisíveis que permitem a qualquer cidadão viver de forma livre, digna e com o pleno exercício de sua cidadania, em um ambiente onde as leis e os princípios constitucionais não são apenas respeitados, mas efetivamente aplicados.

Para os operadores do direito, a compreensão e a aplicação desses direitos transcendem a mera análise teórica, exigindo uma responsabilidade ética e política intransigente. A prática jurídica, seja na advocacia, na magistratura ou no Ministério Público, não pode ser dissociada do compromisso com os direitos fundamentais, pois estes não são apenas normas abstratas, mas princípios norteadores de qualquer decisão ou ação no sistema jurídico. As liberdades fundamentais, os direitos sociais, as garantias processuais e a proteção à dignidade humana são a base sobre a

qual a justiça deve ser construída, e somente por meio de sua interpretação e aplicação corretas é que o operador do direito poderá atuar como verdadeiro guardião da justiça e da equidade.

Ademais, a integração dos direitos fundamentais com as diversas áreas do direito revela uma complexa e intrínseca interdependência que exige uma abordagem interdisciplinar. O direito penal, por exemplo, não pode ser reduzido à simples aplicação de punições; deve sempre considerar as garantias constitucionais, como a ampla defesa e o contraditório, elementos que asseguram a justiça em sua forma mais genuína. No direito civil, questões como a proteção à vida, à saúde e à propriedade não podem ser entendidas isoladamente, mas devem ser articuladas com os direitos fundamentais, buscando soluções que respeitem a dignidade humana e promovam uma convivência harmônica entre os indivíduos. O direito do trabalho, ao tratar da proteção dos trabalhadores, também deve ser visto como um reflexo da aplicação dos direitos fundamentais, onde a justiça social não é apenas uma exigência legal, mas uma obrigação ética que visa garantir o bem-estar dos cidadãos em sua vida laboral. O direito ambiental, igualmente, não pode ser visto como uma disciplina isolada, mas sim como um reflexo da necessidade de garantir o direito à qualidade de vida e ao meio ambiente equilibrado, direitos esses que, em última análise, são fundamentais para assegurar a continuidade da dignidade humana.

Diante desse panorama, os operadores do direito devem ser capazes de adotar uma visão holística, na qual as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas de maneira a preservar e fortalecer os direitos fundamentais, sem qualquer forma de relativização ou diminuição de seu alcance. A compreensão profunda dos direitos fundamentais exige não apenas uma análise jurídica, mas também uma sensibilidade ética e social que permita a construção de soluções que atendam às reais necessidades da sociedade contemporânea. A dinâmica das questões sociais, tecnológicas e ambientais exige dos profissionais do direito uma adaptabilidade contínua, para que a legislação possa se manter eficaz frente aos novos desafios que surgem com o tempo.

A tarefa de aplicar os direitos fundamentais de forma plena e eficaz é, portanto, uma responsabilidade que vai além da técnica jurídica: é uma questão de cidadania e de respeito aos valores mais essenciais que sustentam a convivência democrática. O operador do direito, ao abraçar essa responsabilidade, desempenha um papel crucial na manutenção do Estado democrático de direito, que só se mantém forte e vital quando seus princípios fundamentais são continuamente respeitados e promovidos. Esse

compromisso com a aplicação justa e equilibrada dos direitos fundamentais é a verdadeira medida da qualidade de nosso sistema jurídico, pois é através dele que a sociedade se reconcilia com seus próprios valores e garante a justiça não apenas como uma idealização abstrata, mas como uma realidade concreta e acessível a todos.

Portanto, a importância de compreender, proteger e aplicar os direitos fundamentais não pode ser subestimada. Estes direitos são a chave para um Estado democrático de direito verdadeiramente inclusivo, justo e equânime. O fortalecimento da cultura de respeito aos direitos fundamentais é, assim, um imperativo para todos os profissionais da área jurídica, que têm a responsabilidade de garantir que as normas jurídicas não sejam apenas aplicadas, mas vividas de forma a assegurar o pleno exercício da dignidade humana e a realização da justiça em sua forma mais abrangente e verdadeira.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de direito administrativo*, vol. 217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul./set.1999.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Franciso J. Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodrígues; Miguel Ángel Presno Linera; Benito Alaéz Corral; Ignacio Fernández Sarasola. Madrid: Tecnos, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en Mexico*. 2. ed. México DF: Editorial Porruá, 2006.

CASADO FILHO, Napoleão. *Direitos humanos e fundamentais.* 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos.* – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1968.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. Caderno de comunicações. *Revista do curso de mestrado em direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, n° 2, ano 5, jan. 2001.

DIEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional.* 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FUSTER, Blanca Martínez de Vallejo. Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. J. Ballesteros (org.). Madrid: Tecnos, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Sampaio (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Trad. por Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias:* la ley del más débil. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibánez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004. p.37.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini. Teoria processual da Constituição. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/35/edicao-1/teoria-processual-da- constituição

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* Editora Saraiva,

2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais. Conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. Volume IV.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões.* Editora Campus Concursos, 2013, pgs. 189, 192, 193, 198,199, 201.

NEUMANN, Gerald L. Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance. *Stanford law review*, v. 55., mai./2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. 20. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 1988. Volume III/1.

STERN, Klaus. *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. J. Isensee-P. Kirchhof (org.), Heidelberg: C. F. Müller, 1992. Volume V.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista jurídica, Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. Volume I.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem? . Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4247, 16 fev. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/31948. Acesso em: 24 out. 2020.

VILLAR, Gregorio Cámara. El sistema de los derechos y las libertades fundamentales. *Manual de derecho constitucional*. Francisco Balaguer Callejón (coord.). Madrid: Tecnos, 2005. Volume II.

Capítulo 26

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO – UMA ANÁLISE JURÍDICA E SOCIAL

Daniel Petrocelli[1]
Bruna Ferreira se Souza Bessa[2]
Rafaella Monteiro de Barros da Silva[3]
Roberto Costa Neto[4]

1 Introdução

O trabalho visa compreender sobre como é tratada a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, à luz da temática legal, jurisprudencial e social. Como se comporta o poder judiciário e a sociedade diante de questões tão basilares para o desenvolvimento humano, que é o afeto.

Os pais têm a obrigação de estabelecer vínculo de afeto com os filhos sob pena de responsabilização civil? De um lado, a liberdade dos genitores de manifestar/ estabelecer, ou não, um vínculo de afeto com o seu filho, e

1 Mestrando em Direito e Finanças na COPPEAD-UFRJ. Especialista em Direito Empresarial e Econômico - UFJF. Graduado em Direito - Faculdade Vianna Júnior. Professor de Direito Civil (Parte Geral e Obrigações, Reais), Direito do Consumidor e Direito Eleitoral na Faculdade São José no Rio de Janeiro (desde 2017). Editor Jurídico no GEN - Grupo Editorial Nacional, atuando nos selos da Editora Forense, Método e Atlas (2010-2015). Professor de Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil nos Cursos de Pós Graduação e Preparatório para Concursos do Curso Fórum (RJ) até 2019.

2 Bacharel em Direito pela Universidade São José, Rio de Janeiro, com conclusão em 2024. Dedicando-se a pesquisa sobre a Responsabilidade Civil por abandono afetivo, analisando juridicamente e socialmente.

3 Bacharel em Direito pela Universidade São José localizada no Rio de Janeiro/RJ.; Conclusão em 2024. No presente momento em atuação à demandas na área do Direito Médico e Saúde Suplementar. Bem como, dedica-se à pesquisas sobre Direito de Família, analisando os laços afetivos de forma social, jurídica e saúde psicológica.

4 Advogado com atuação na área Cível e Previdenciária, com experiência em demandas envolvendo revisão contratual, direito do consumidor, e benefícios previdenciários. Bem como, dedica-se à pesquisas envolvendo as questões do Direito de Família. Graduado em Direito pela Universidade São José (2020–2024), é atualmente pós-graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

do outro lado a solidariedade que confere ao filho o direito de ser atendido em suas necessidades existenciais. O que deve prevalecer? (Pancieri, 2021).

As questões de gênero também serão abordadas. Existe a mesma cobrança social e jurídica a pais e mães na relação na criação e no cuidado de seus filhos? Os temas mais relevantes sobre o assunto serão levantados, questionados e solucionados.

O abandono afetivo, é entendido como a ausência ou negligência emocional por parte de pais ou responsáveis. O Fato tem se destacado como um tema de crescente relevância tanto no âmbito jurídico quanto no psicológico e social. Suas ramificações atravessam diversas esferas da vida, deixando sequelas profundas e duradouras.

Para a elaboração da pesquisa, utilizou-se o método dedutivo, pois observou-se todo o material disponível para estudo, para então extrair uma conclusão, apresentada neste trabalho, ao final. Como metodologia, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial

Neste contexto, o presente trabalho propõe a analisar os diferentes aspectos relacionados ao abandono afetivo, investigando suas causas, consequências e possíveis formas de intervenção e reparação.

Por meio de uma abordagem interdisciplinar que combina elementos do Direito, da Psicologia e da Sociologia, buscando compreender essa complexa realidade. Fornecendo subsídios teóricos e práticos que possam orientar tanto profissionais quanto instituições na prevenção e no enfrentamento dessa realidade.

2 O abandono afetivo e suas implicações jurídicas e Psicológicas nasrelações familiares

2.1 Proteção Legal e Direitos Fundamentais no Direito de Família

No seio das relações familiares, o afeto e o cuidado são pilares fundamentais para o desenvolvimento saudável e equilibrado dos indivíduos, especialmente das crianças e dos adolescentes. No entanto, em muitos casos, esses laços afetivos são fragilizados ou rompidos, dando origem a uma problemática complexa: o abandono afetivo.

Porém, Segundo uma pesquisa, realizada em 2012, pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (Ibope), em parceria com a Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, apontou que apenas 12% da população considera o afeto importante para o desenvolvimento da criança.

Logo, pode perceber-se que há uma enorme lacuna de descaso para um tema tão relevante.

De acordo com os artigos 3 e 4 da Lei 8.069/1990, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Frisando que é dever da família garantir com prioridade proteção e socorro em quaisquer circunstâncias e a efetivação desses direitos fundamentais.

A lei 8.069/1990 traz a garantia dos direitos fundamentais da criança ou adolescentes e que nenhum deles, será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Sendo punível com indenização ou a possibilidade da supressão do sobrenome paterno/materno, conforme o recurso especial (RESP 1.304.718-SP1),deu provimento a essa retirada pelo abandono afetivo e material.

2.2 Aspectos psicológicos do abandono afetivo e sua relevância

O abandono afetivo traz diversos danos psicológicos, como sintoma de rejeição, dificuldade em estabelecer relacionamentos saudáveis, culpa, problemas de ansiedade, depressão e baixa autoestima, sendo um dos sintomas mais comuns de acordo com estudos dos psicólogos. Infelizmente, esses impactos gerados não se limitam apenas à infância e adolescência, podendo ser levados até a vida adulta, caso não seja superado esse trauma através de tratamentos psicológicos.

O abandono familiar durante a infância e adolescência, quando não são tratados da maneira correta geram adultos inseguros. Fazendo com que desenvolvam uma tendência para estarem em relacionamentos considerados abusivos, onde se submetem a agressões, ofensas e uma vida infeliz, pelo fato da carência emocional produzida ainda nos seus primeiros anos de existência

Antes de abordar o abandono paterno, vale relembrar a função do pai no desenvolvimento infantil à luz da psicanálise. De modo geral, para Freud (1920), o período no qual o pai exerce sua maior importância na vida do filho é na fase fálica ocorrendo entre o terceiro e quinto anos de vida. O homem tem a função de realizar a imposição da lei, favorecendo que haja a formação, por parte da criança, do senso de moralidade (NAFFAH NETO, 1997; ROUDINESCO E PLON, 1998).

Na fase do concernimento a criança consegue identificar o pai e a mãe como pessoas inteiras, as quais frustram e também acalentam. O filho direciona aos pais seus sentimentos e impulsos de agressividade, os quais costumam ser seguidos por um sentimento de culpa e atos de reparação. A presença do pai favorece que a criança experimente seus instintos sem ser empobrecida pelo medo, e este processo ajuda o indivíduo a conhecer-se, controlar-se, integrar sua destrutividade e desenvolver um senso de responsabilidade e moralidade. Além disso, a criança cria bases para o sentimento de ambivalência, importantes para o processo que se segue (WINNICOTT; 1949; ROSA, 2014; NAFFAH NETO, 2012).

Rosa (2014) afirma que no período das relações triangulares a criança conhece as riquezas e dificuldades das relações humanas, preparando-se para relacionamentos mais complexos. Nela, o pai deve ser um homem real e presente, deve conhecer seu filho, ter uma presença amistosa e assídua, para então conquistar o direito a ter firmeza sobre a criança, só então podendo introduzir códigos sociais e morais. Visto que o pai exerce um importante papel no desenvolvimento de seus filhos, torna-se necessário salientar que o distanciamento dessa figura é prejudicial à saúde física e mental do sujeito.

Vale ressaltar que a ausência física não é o mais penoso para os filhos, mas sim o fato desta figura tê-los abandonado, o que gera sentimentos de menos valia, insegurança e baixa autoestima, oriundos de uma sensação de rejeição por quem deveria oferecer amor e cuidado (SGANZERLA E LEVANDOWSKI, 2010; LIMA, 2012).

2.3 Tutela jurídica da afetividade nas relações familiares: abordagens e perspectivas

É importante entender que o afeto, não necessariamente está ligado ao sentimento pois o cuidado pode existir independente de compaixão nas relações de filiação o que se torna essencial é o afeto como ação, ou seja, a afetividade, e nãoapenas como sentimento

Normalmente o sentimento está ligado as relações, o que não quer dizer que eleseja essencial para afetividade, como ações de cuidado dos pais com os filhos que é essencial e previsto nos princípios constitucionais. Immanuel Kant, já trazia esse entendimento em sua obra " Fundamentação da Metafísica dos Costumes" vejamos:

> O amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação ele uma aversão natural e invencível amor prático e não patológico, que

> reside na vontade e não na tendência da sensibilidade, em princípios de ação e não em compaixão lânguida. E esse amor que pode ser ordenado.

Foi de suma importância a Ministra Nancy Andrighi, relatora no REsp nº 1.159.242, em um processo do STJ, citar a seguinte frase: "Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.". Pois é exatamente isso que o direito de família e o Estado garantem para a criança e o adolescente.

3 A responsabilidade civil pelo abandono familiar

3.1 A aplicação da responsabilização civil e o impacto das mesmas nas relações familiares

Trazendo o conceito de responsabilidade para a esfera civil, pode-se observar que se trata da aplicação direta de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, por ação praticada por ela mesma, ou pela pessoa que ela representa, pelo citado a ela pertencente ou por imposição legal (TARTUCE, 2017).

O questionamento que se faz é se estas medidas não acabariam por premiar o genitor infrator, prejudicando e deixando sem resposta a questão da reparação civil por abandono, pois como já se viu aos filhos em formação é de fundamental importância o convívio saudável com seus genitores, o afeto, o sentimento deacolhimento (MADALENO, 2010).

É oportuno registrar, neste momento, a importância de fazer-se, inicialmente, pequena digressão quanto ao instituto da responsabilidade civil e à possibilidade de sua aplicação no âmbito das relações intrafamiliares.

Para Sérgio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil denota: [...] Em sentido etimológico, a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71).

Sérgio Cavalieri Filho, no seu livro Programa de responsabilidade civil, define o ato ilícito como uma conduta contrária ao direito, sem qualquer referência ao elemento psicológico ou subjetivo. O abandono afetivo é um exemplo de descumprimento dos deveres parentais, que são estabelecidos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código

Civil. O abandono afetivo pode ser considerado um ilícito civil, passível de reparação, e os pais podem ser responsabilizados civilmente por ele.

É tema recorrente a tríade que configura a responsabilidade civil: a) conduta humana: que pode ser comissiva ou omissiva sempre voltada a uma finalidade específica; b) o dano: violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja extrapatrimonial (violação a um direito da personalidade); c) nexo de causalidade: liame necessário entre a conduta humana e o dano. Além dos três elementos acima descritos, configuradores da responsabilidade civil em qualquer de suas modalidades, é imprescindível, ainda, não se esquecer do elemento anímico, a culpa, de caráter eventual, compreendido como a violação de um dever jurídico preexistente.

Segundo Sergio Cavalieri Filho, no anseio de buscar a obrigação do causador do dano à devida reparação tem como inspiração o mais elementar sentimento de justiça. De sorte que, existindo dano causado pelo ato ilícito, há rompimento do equilíbrio jurídico econômico que existia antes, entre agente e a vítima. Existe uma necessidade fundamental de ser restabelecido o anterior equilíbrio, recolocando-se no statu quo ante. Imperativo é o princípio da restitutio in integrum, ou seja, o mais perto possível, repor a vítima ao estado anterior ao dano causado, pois, segundo o mestre aqui referido, "indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto; limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados".

Elucidativa a abordagem de Maria Berenice Dias: Não se podendo mais ignorar essa realidade, passou-se a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida [...] (2010, p. 452).

Segundo Cristiane De Marchi, a culpa como condição essencial do dever de indenizar sempre foi a única regra e, durante muito tempo, era satisfatória sua função na responsabilidade civil. A culpa sempre foi uma categoria jurídica muito estudada, em todo o mundo, tendo como papel central na doutrina. No Brasil, a responsabilidade objetiva ingressou de fato no nosso ordenamento jurídico positivo por meio de diplomas especiais, e assim, sendo inserida no Código Civil, no artigo. 927, parágrafo único.

Ou seja, foco do sistema jurídico passa a ser a reparação dos danos, estipulando que todos devem arcar com os riscos de suas atividades, e

todo conflito de responsabilidade civil é baseado em um conflito entre responsabilidade subjetiva e objetiva, além da importantee legalmente garantida ajuda material, carinho, atenção e afeto, sob pena de se caracterizar o abandono afetivo do filho.

3.2 O papel do poder judiciário na proteção dos direitos afetivos das crianças edos adolescentes

A filiação gera direitos e deveres aos genitores com as crianças e adolescentes, os refletem os princípios Constitucionais: O princípio da dignidade vem consagrado da seguinte forma no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 que trata dos direitos fundamentais.Este princípio também está transcrito no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990), reforçando novamente a sua importância:

> Art. 15: A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.'

Nesse contexto, Washington Monteiro oferece uma reflexão sobre a relevância da dignidade da pessoa humana no direito de família, considerando-a a essência do ser humano.

> Nas relações familiares acentua-se a necessidade de tutela dos direitos da personalidade, por meio da proteção à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a família deve ser havida como centro de preservação da pessoa, da essência do ser humano, antes mesmo de ser tida como célula básica da sociedade.

Portanto, a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, é um dos fatos geradores do abandono afetivo, desrespeitando o direito que as crianças e adolescentes possuem, que vai além da obrigação dos pais de ações materiais.

Com isso, além da evolução do Direito de Família, a nova fase do Direito Brasileiro demandava a criação de novos institutos para assegurar a proteção dos mais vulneráveis, especialmente aqueles em situação de fragilidade. Nesse contexto, crianças e adolescentes, que dependem de sua filiação para a subsistência e estão em processo de formação de suas personalidades, se encaixam nessa categoria.

As observações de Rosana Amara Girardi Fachin são extremamenterelevantes para o assunto; vejamos: "De acordo com a constituição, o modelo institucional de família é atenuado para residir na

relação entre pais e filhos o poder paterno que está centrado na ideia de proteção. A paridade de direitos e deveres tanto do pai quanto da mãe está em assegurar aos filhos os todos os cuidados necessários para o desenvolver de suas potencialidades para a educação, formação moral e profissional".

3.3 As decisões e jurisprudência referente condenações sobre a responsabilidade civil em casos concretos

A jurisprudência sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo é complexa, havendo posicionamentos divergentes e que podem variar, porém há um entendimento crescendo do cabimento da indenização em casos de abandono afetivo, pela Terceira Turma do STJ.

Segundo decisão do STJ, ao julgar o Recurso Especial 1.159.242 SP; "Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos".

Em síntese, o STJ entendeu que o ato de amar é uma opção, entretanto existe um dever previsto no ordenamento jurídico de cuidar e proteger a sua prole . Contudo, a finalidade deste tipo de ação não é o de obrigar a amar ou indenizar a falta de amor, mas de amparar a vítima pelo dano sofrido decorrente de omissão, uma vez que o objetivo da ação é exclusivamente ao cumprimento do dever que tem o pai com o filho, na forma material, já que o amor não foi dado ao filho. A reparação civil só deve ser oriunda dos danos causados pelo não exercício do poder familiar, uma vez que a omissão gera danos que prejudicam o desenvolvimento pleno da criança e adolescente, podendo ainda gerar sequelas para uma vida inteira (GARROT; KEITEL, 2015).

Os pais possuem obrigação para com os filhos, mesmo que não sintam essa necessidade afetiva. Como no entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo,em uma decisão proferida no último ano (2021):

> DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. Espontaneidade do afeto que não se confunde com o dever jurídico de cuidado, decorrente da relação paterno-filial. Caracterização de abandono afetivo . Elementos de informação constantes dos autos demonstram que o réu deixou, voluntariamente, de conviver com o filho menor, causando-lhe prejuízos de ordem extrapatrimonial. Réu revel, que mora próximo à residência do filho, mas não o visita e nem paga alimentos regulares. Desnecessidade da produção de prova pericial para constatar o mal que tal comportamento causa à criança de 7 anos, reatado por testemunha e pela própria genitora. Devida a fixação de indenização por danos morais no valor de

> R$ 15.000,00, a fim de reparar o sofrimento comprovadamente causado ao demandante. Ação procedente. Recurso provido. (TJ-SP - AC: 10172226320198260562 SP 1017222- 63.2019.8.26.0562, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 10/09/2021, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/09/2021)

Para a corrente que segue entendendo pela impossibilidade da reparação civil, ressalta-se o argumento de que a reparação pecuniária do abandono afetivo provocaria uma monetarização do amor. Esse é o pensamento de Lizete Schuh, ao relatar que "[...] a simples indenização poderá representar um caráter meramente punitivo, reafirmando, cada vez mais, o quadro de mercantilização nas relações familiares."

No entanto, defende-se que a indenização, nestes casos, tem o intuito pedagógico, e não somente punitivo, à medida que também visa inibir futuras omissões dos pais em relação aos seus filhos. Importa destacar, por oportuno, que outras controvérsias surgem, até mesmo dentro dos adeptos da teoria da responsabilização civil nos casos de abandono afetivo, a exemplo do tipo de caráter que seria assumido pela indenização (MACHADO, 2012).

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça entende:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leiase, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, surgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam os filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-

> se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido." (STJ, REsp: 1159242/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 24.04.2012, Data de Publicação: DJ 10.05.2012).

4 Conclusão

Portanto, diante do trabalho apresentado que teve o enfoque principal as relações familiares e as nuances que delas decorrem, o objetivo principal foi abordar como a família é um pilar essencial para construção dos indivíduos, e como a falta de uma família bem estruturada em valores morais e afetivos cria uma sociedade doente, com pessoas emocionalmente despreparadas para conviver coletivamente.

O tema tratado visa escancarar uma realidade que é pouco abordada no país e no mundo jurídico, porém, muito vivido no dia a dia de muitos. Pois, boa parte dos cidadãos desconhece os seus direitos básicos e os direitos de sua prole. Diversos casos de abandono afetivo não são sequer levados ao poder judiciário.

Muitas vezes isso ocorre pelo fato dos titulares do direito e dos profissionais do ramo não estarem habituados com tal situação. A questão de não haver uma lei específica que regule o tema, delimitando o que é o abandono, as hipóteses em que ele ocorre e estipulando sanções claras no caso de realização da infração, dificultando até mesmo os magistrados a proferir suas sentenças.

Este fato traz uma lacuna enorme, pois um tema tão fundamental por não ter uma legislação específica fica a critério do entendimento subjetivo dos Tribunais. Logo, acaba trazendo uma insegurança jurídica aos cidadãos.

Portanto, entende-se que a exploração recorrente deste assunto traz para sociedade a discussão e a relevância do tema. Com isso, haverá uma conscientização das vítimas e até mesmo dos ofensores, que em grande parte das vezes reproduz o abandono que viveu enquanto menor, e por não ter tido um acompanhamento correto e adequado acaba reproduzindo em seu leito familiar o que viveu na infância. Sendo assim, entende-se que havendo um debate e um ensinamento aos pais sobre esse tema tão delicado, haverá um impacto positivo nas famílias brasileiras, reduzindo substancialmente os casos de abandono afetivo.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: SenadoFederal, 1988

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 13. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O Novo Direito de Família.** 4. ed. SãoPaulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12. ed. SãoPaulo: Atlas, 2014.

MARCHI, Cristiane De. **Responsabilidade Civil nos Contratos Familiares.** SãoPaulo: RT, 2010.

CUNHA, Paulo Ferreira da; FERNANDES, Maria Lucília Ribeiro; DIAS, Roseli Cavalcante. **Manual de Direito de Família.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LARENZ, Karl. **Direito Civil:** Parte Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua).** Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/educacao/17270-pnad- continua.html?=&t=o-que-e.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Responsabilidade Civil. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRUNO, Denise Duarte. Direito de Visita: Direito de convivência. In: **Direito de Família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia.** Coord. Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 319.

CANEZIN, Claudete Carvalho, Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 36, jun. /jul. 2006, p. 79.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. **Revista**

Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago. / set. 2005, p. 124.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Disponível em http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288. Acesso em 22.03.11.

TJ-SP - AC:10172226320198260562 SP 1017222- 63.2019.8.26.0562, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 10/09/2021,1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/09/2021 STJ, REsp: 1159242/SP, Relª Minª Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 24 04.2012, Data de Publicação: DJ 10.05.2012.

TJ-DF 00053551220168070017 DF 0005355-12.2016.8.07.0017, Relator: SONÍRIA ROCHA CAMPOS D'ASSUNÇÃO Data de Julgamento: 14/10/2021, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 27/10/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada.

TJ-SP -AC:10006699720178260274 SP 1000669-97.2017.8.26.0274, Relator: Fernanda Gomes Camacho, Data de Julgamento: 11/03/2020, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/03/2020

STJ – REsp: 1579021 RS 2016/0011196-8, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 19/10/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data dePublicação: DJe 29/11/2017.

Capítulo 27

DESAFIO DE ASSOCIAÇÕES DE CLASSES PROFISSIONAIS

Livea Farah[1]
Jorge Luiz Lopes Merlim[2]

1 Introdução

As associações de classe profissionais, assim como todas as associações regidas pelo Direito Civil, são pessoas jurídicas de direito privado, de caráter filantrópico, sem fins lucrativos, que representam profissionais de áreas específicas, e reúnem essas pessoas em prol do bem estar, do social, da cultura, filantropia, e/ou ainda, realização de processos produtivos de bens e serviços coletivos, além da defesa mútua de seus interesses, e também, as conquistas relacionadas à representatividade da classe.

Classe social é um grupo dentro de uma sociedade que se diferencia em virtude de suas características culturais, econômicas e políticas. A classe social é composta por indivíduos que ocupam posição próxima da escala de produção.

O artigo 5º, XVII da CRFB/88 trata da liberdade para criar ou participar de associações, contanto que sejam para fins lícitos, não paramilitares es sem fins lucrativos, e o direito de associação está ligado diretamente à liberdade de expressão e o Estado.

As associações são livres e o Estado não interfere na sua criação, conforme art. 5º, XVII da CRFB/88, o seu funcionamento conforme o art. 5º, XIX da CRFB/88, como também não obriga a permanência ou saída de qualquer pessoa ligada a essa organização, que é uma garantia do estado democrático de direito, conforme art.5º, XX da CRFB/88.

O Código Civil descreve as características de uma associação do artigo 53 ao 61, e associação não deve ter fins lucrativos e precisa de um Estatuto, e não há entre os associados direitos e obrigações recíprocos.

---

1 Advogada, especialista em direito privado com ênfase em direito empresarial e entidades do terceiro setor, professora, mestre em políticas públicas, parecerista, palestrante.

2 Advogado, especialista e m Direito Privado

O Enunciado nº 534 do CJF diz que as associações podem desenvolver atividades, desde que a sua finalidade principal não seja esse o objetivo. As associações podem comercializar refeições, camisas, dentre outros, gerando, dessa forma, uma renda mas que a mesma não seja lucro para os associados.

A ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) anteriormente proibia as associações e demais organizações do Terceiro Setor de comercializarem, serem intermediários na contratação de planos de saúde para os seus associados, mas a partir do ano de 2011 modificou a Resolução Normativa que impedia esse processo.

As Associações de Classe, de bairro, igrejas, clubes, dentre outras, eram proibidas de oferecer, aos seus membros associados, esse tipo de serviço, o objetivo da proibição da ANS era coibir abusos e eliminar o problema de falsos planos de saúde coletivos oferecidos por algumas dessas instituições, que, sem vínculo de representação com o usuário causava-lhe prejuízo ou reajustes abusivos. Em 2011 a ANS publicou uma Resolução Normativa, no Diário Oficial da União (DOU), autorizando essas instituições contratar planos de saúde coletivos de assistência de saúde, desde que, comprovada a capacidade de operação no segmento, obedecendo as Normas Reguladoras da ANS, já que é função das Associações prestar assistência.

O objetivo geral é estender a participação de novos associados externo ao quadro associativo, nos contratos de Planos de Saúde Coletivos, alterando o Estatuto, a fim de gerar receitas para a organização, e transformar essa receita em benefícios e serviços de assistencialismo para o grupo e a sociedade.

Os objetivos específicos estão assim descritos:

- **Revisar** junto à ANS as regras de aplicabilidade de contratação de Planos de Saúde Coletivos para as Associações de Classes;
- **Inserir** as novas regras de contratação nos Estatutos associativos, formalizando, dessa forma, o processo de recepção;
- **Viabilizar** a participação de novas classes sociais nos contratos de adesão dos planos coletivos;
- **Permitir** a participação de terceiros externos, sem vínculo associativo;
- **Associar** novas classes ao quadro associativo;
- **Gerar** receitas para a sobrevivência da Instituição;
- **Ampliar** a participação nos serviços de assistencialismo.

A justificativa do trabalho tem a finalidade de mostrar a dificuldade que as Associações de Classes têm para inserir no seu quadro associativo novas classes sociais, a fim de que possam usufruir dos serviços de contratação dos planos coletivos oferecidos pelas instituições.

Esse trabalho tem a finalidade de negociar a abertura junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar a modificação das Resoluções Normativas, a fim de que as Instituições possam recepcionar novas classes externas em seu quadro social.

Sem a possibilidade dessa proposta as Associações de Classes, com seu quadro associativo cada vez mais reduzido e restrito aos seus associados, caminham para uma estagnação ou paralização de suas atividades, deixando de atender as demandas sociais e os objetivos para os quais foram criadas, ficando, dessa forma, sem competitividade no mercado.

O objetivo é permitir a oferta de Planos de Saúde Coletivos por Adesão a qualquer membro de uma Associação de Classe, sem a necessidade de vínculo profissional, restrição regulada pela ANS, e para que isso aconteça se fazem necessárias alterações das Resoluções Normativas da ANS, que limitam a participação de associados sem o vínculo profissional nesses planos, mesmo que estes façam parte do quadro associativo, esta situação acarreta em redução do número de associados e consequentemente o aumento da sinistralidade que promove aumentos abusivos, nos reajustes de preços dos planos, no momento da renovação dos contratos, reduzindo a possibilidade da Associação de competir com outras sociedades no mercado que possuem ofertas mais atraentes.

O projeto tem a finalidade de apontar as dificuldades que as Associações Profissionais enfrentam para inserir em seu corpo associativo novas classes sociais, a fim de que possam usufruir dos serviços de contratação de planos de saúde oferecidos por essas Instituições, sem o vínculo empregatício.

Esse trabalho tem a finalidade de buscar alternativas, junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, para modificar as Resoluções Normativas – RN, para que as Associações de Classes possam recepcionar novas classes externas em seus quadros sociais, com propostas de fusão com outras associações, e receber em seu quadro associativo pessoas sem o vínculo profissional para que possam contratar planos de saúde, usufruindo dos serviços de assistencialismo, e a possibilidade da Instituição buscar receitas no mercado ofertando preços competitivos.

Sem essa proposta as Associações, com seus quadros cada vez mais restritos e reduzidos caminham para a estagnação ou paralização de suas atividades, deixando de atender as demandas sociais e os objetivos pelas quais foram criadas.

2 Fundamentação teórica

As Associações são Pessoas Jurídicas de Direito Privado, que são constituídas por pessoas que se reúnem com objetivos comuns para a realização de atividades sem fins lucrativos, ficando evidenciado o seu aspecto pessoal (*universitas personarem*). A finalidade de uma Associação é eventualmente a realização de negócios lícitos para a manutenção do seu patrimônio e assistência social, sem a destinação dos ganhos para os associados (GONÇALVES, Carlos Roberto, pg. 168-169).

Embora não apresentem natureza de fins de fins lucrativos, as Associações não estão impedidas de realizarem atividades econômicas para a manutenção de suas atividades.

As Associações são entidades de direito privado, formada pela união de indivíduos com o propósito de realizarem fins não econômicos.

Note-se que, pelo fato de não perseguir escopo lucrativo, a associação não está impedida de gerar renda que sirva para a manutenção de suas atividades e pagamento do seu quadro funcional. Pelo contrário, o que se deve observar é que, em uma associação, os seus membros não pretendem partilhar lucros ou dividendos, como ocorre entre os sócios nas sociedades civis e mercantis. A receita gerada deve ser revertida em benefício da própria associação, visando à melhoria de sua atividade. Por isso, o ato constitutivo da associação (Estatuto) não deve impor, entre os próprios associados, *direitos e obrigações recíprocos*, como aconteceria se se tratasse de um contrato social, firmado entre sócios (art. 53, parágrafo único, do Código Civil/02).

A Constituição Federal dá plena liberdade da Associação desenvolver atividades econômicas, lícitas, para assegurar o trabalho de assistencialismo para os seus associados, extensivos à sociedade.

As Associações podem desenvolver qualquer atividade econômica, conforme estabelecido na Constituição Federal, desde que seja atividade lícita, e não haja desvio de finalidade.

É importante que o Estatuto estabeleça a proveniência dos fundos, que podem derivar de contribuições iniciais e periódicas dos próprios associados ou de doações de terceiros. Nada impede que a Associação exerça

alguma atividade que lhe forneça meios financeiros, sem que com isso se descaracterizem suas finalidades. O exame será muito mais do caso concreto. Assim, por exemplo, uma agremiação esportiva ou social pode cobrar por serviços de locação de suas dependências para eventos; pode vender lembranças e uniformes; pode cobrar pelos serviços de fisioterapia; exames médicos; etc. O que importa verificar é se não existe desvio de finalidade. (VENOSA, Silvio de Salvo, pg. 281).

É tão expressiva a participação de uma Associação na sociedade pois além do trabalho social desenvolvido contribui, ainda, para a geração de postos de empregos.

Os recursos movimentados por essas organizações alcançaram progressivamente impressionantes. Na Itália, 18% dessas associações apresentavam despesas superiores aos 100 milhões; 23% delas tinham despesas anuais entre 11 e 100 milhões e 67,97% apresentavam despesas não superiores aos 10 milhões. (LEONARDO, Rodrigo Xavier, pg. 70).

No Brasil temos Associação, que sozinha, movimenta 44 milhões com contratos de Planos de Saúde Coletivos por Adesão. Logo, reduzir a importância das Associações profissionais limitando suas atividades ao Terceiro Setor é o mesmo que restringir a liberdade associativa à algumas atividades, totalmente contrário com a amplitude da liberdade (LEONARDO, Rodrigo Xavier, pg. 81).

A autonomia pessoal que a liberdade de associação possibilita, no entanto, atinge o ser humano não como unidade isolada, mas também como um ser pertencente e amante em um determinado contexto social. Sob esse ponto de vista, a atual configuração da liberdade de associação exige do Estado, para além da mera abstenção, uma série de prestações positivas. (VENOSA, Silvio de Salvo, pg. 106).

As Associações não econômicas, sem fins lucrativos representam uma das mais importantes expressões do princípio da dignidade humana da pessoa humana (Silvio de Salvo Venosa), e são um produto da liberdade da iniciativa econômica, que para alcançar objetivos que integram o ordenamento jurídico se utilizam do poder de associação.

A liberdade para a constituição e a participação em uma associação decorre diretamente da dignidade da pessoa humana. Projeta-se a partir da autonomia e da autodeterminação que se reconhece à pessoa humana que, em vez de salientar o indivíduo numa solitária condição de sujeito de direito, perspectiva o indivíduo como alguém que interage em grupos

sociais e se define a partir desses diversos grupos que, ao longo da vida, ajuda a constituir e transformar. (VENOSA, Silvio de Salvo, pg. 185).

E como objetivo as Associações devem buscar o desenvolvimento de finalidades não econômicas, pois o Direito Brasileiro não impede que essas organizações ofereçam serviços para angariar recursos para sua própria manutenção e assistencialismo, logo é importante uma Legislação que possibilidade maior liberdade de contratação e oferta de seus serviços para a sociedade, em geral, competindo, forma justa, com outras organizações dentro do mercado.

As Associações podem perseguir finalidades não econômicas, o que não impede a associação de, eventualmente, desenvolver atividades lucrativas. (VENOSA, Silvio de Salvo, pg. 233).

A grande dificuldade que as Associações de Classe encontram junto à ANS é a impossibilidade de contratar novos associados, visto que, o regulamento da Agência Reguladora não permite a participação nos contratos de planos de saúde coletivos nas associações, de pessoas que não tenham vínculo com elas, pois é necessário fazer parte da mesma classe de atividades, não sendo permitida a entrada de outras. Com o mercado cada mais competitivo as associações ficam limitadas, não conseguindo estender os seus contratos, acarretando, dessa forma, uma queda acentuada em suas receitas, interferindo diretamente no assistencialismo, nos benefícios e serviços para os seus associados, diminuindo, inclusive, a qualidade e ofertas desses serviços. A ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar precisa dar mais flexibilidade para as Associações de Classes para que possam recepcionar, no seu quadro associativo, pessoas de outras classes trabalhistas para que usufruam dos contratos de planos de saúde coletivos e os benefícios oferecidos aos associados.

3 Desenvolvimento

Com a sede do governo português em 1808, século XIX, foi criada a primeira associação comercial do Rio de Janeiro (1820), face às grandes transformações econômicas e políticas que o Brasil estava passando.[3] Essas associações surgiram visando o interesse comum dos associados a fim de alcançar os objetivos que fossem benéficos aos seus membros. As associações comerciais surgem nesse contexto na defesa dos interesses comerciais de seus associados. Com a centralização do governo na era Vargas (1930 –

3 Disponível em: https://www.acecurriculos.com.brcomo-surgiram -as-associacoes. Acesso em: 01/05/2024

1945) as associações comerciais perderam sua importância, mas a partir de 1960 com o desenvolvimento do setor empresarial as associações se multiplicaram e diversificaram por todo o país, desenvolveram seus perfis e passaram a ser entidades privadas sem fins lucrativos que têm como objetivo o desenvolvimento econômico e empresarial, principalmente o interesse de seus associados nas regiões onde atuam.

São vários os tipos de associações, porém as Associações de Classe fazem parte desse estudo.

As Associações de Classe são entidades filantrópicas, pessoas jurídicas de direito privado, de caráter social, sem fins lucrativos, conforme artigo 53 do Código Civil[4], que visam compartilhar seus interesses para alcançar seus objetivos, não estão sujeitas à falência, e sim à solvência, conforme artigo 2º, II, da Lei 11.101 de 2005.[5]

A Associação de Classe é formada por um grupo que busca o interesse mútuo e a representatividade de seus associados, o Estado não interfere na sua criação e as Associações podem praticar algumas atividades comerciais, desde que o lucro não seja repassado aos associados, conforme o Código Civil do artigo 53 ao 61 e o Enunciado nº 537 CJF.

A partir de 2011 a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) publicou, em Diário Oficial, uma Resolução Normativa autorizando as Associações de Classe a contratar planos de saúde coletivos por adesão, desde que comprovada a capacidade operacional, que beneficiou, também as demais Organizações do 3º setor.

As regras de contratação são estabelecidas pela Resolução Normativa nº 557 de 2022, e as condições de admissibilidade pela RN nº 028 de 2022, no TEMA II, letra D.

Existem 03 (três) tipos de planos de saúde: os individuais, os coletivos empresariais e os coletivos por adesão.

Os planos de saúde individuais podem ser contratados diretamente com uma corretora, é um plano de saúde pessoa física e o índice de reajuste é determinado pela ANS, não se aplica às Associações de Classe e demais entidades do 3º setor, ficando estes limitados aos planos coletivos por adesão. Devido ao controle de reajuste determinado pela ANS as corretoras e operadoras, na grande maioria, não oferecem esse serviço.

Os planos empresariais são contratados para os funcionários das empresas, que, em vias de regra, pagam parte desse plano, o funcionário

4 Disponível em: Código Civil – Lei 10.406/02

5 Disponível em: Lei de Falência e Recuperação Judicial – Lei 11.101 de 2005

não tem liberdade de escolha com relação ao plano, e se por algum motivo é desligado da empresa perde o benefício, e por ser um plano de saúde coletivo o reajuste é negociado entre a empresa e a operadora do plano, a ANS é omissa nesse aspecto.

Os planos de saúde coletivos por adesão, que são contratados pelas Associações, ficam limitados ao vínculo de seus associados à organização, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS não permite a inclusão nos planos coletivos por adesão de pessoas que não tenham esse vínculo[6]. Os reajustes de preços não são controlados pela ANS, deixando livre negociação entre as partes, o que determina valores muito acima dos índices oficiais, a ANS é omissa em relação a esse fato.

Enfrentando as dificuldades de negociações de reajuste de preços aliado ao fato de não poderem incluir em seu quadro social pessoas de outras classes as Associações de Classe ficam sem alternativas, pois seu quadro social tem a tendência natural ao envelhecimento e encolhimento, que contribui para o aumento da sinistralidade, e a tendência é o encerramento do contrato que provoca um impacto social negativo. Onde alocar os beneficiários desses planos cuja idade estão acima dos 60 anos? As operadoras não aceitam em seus planos de saúde pessoas acima dos 60 anos!!

Uma mudança nas Resoluções Normativas da ANS que autorize a contratação, por parte das Associações de Classe, de pessoas que não tenham vínculo, resolveria parte do problema, dessa forma é possível aumentar o quadro social, consequentemente diminuir a sinistralidade, favorecendo as negociações de reajustes, sem que a organização perca a sua identidade e a sua essência.

Uma Associação de Classe é fundada com base na história laboral de um grupo e muitos aspectos são determinantes, como por exemplo, o convívio no ambiente de trabalho, os ideais que são comuns, os objetivos e a essência associativa. Os novos associados entrariam como sócios participativos, não teriam direito aos benefícios associativos, como também não teriam direitos políticos, pois são prerrogativas dos sócios efetivos natos, teriam o vínculo associativo, somente, para que possam contratar serviços de planos de saúde coletivos por adesão por um preço menor, e isso somente seria possível através de uma taxa de adesão como sócio participante, mas para que isso aconteça é necessário que a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, mude suas Resoluções Normativas.

6 Disponível em https://www.cjf.jus.brcjfjornadas-cejvI.jor

Importante observar que existência da ANS para exercer função essencialmente pública não é exclusiva no Brasil, existem sistemas jurídicos organizacionais como por exemplo: Austrália e Estados Unidos, onde essa semelhança é perceptível. Com o objetivo de manutenção e promoção do acesso à saúde, existe semelhança na criação de um órgão controlador vinculado ao Estado, através da regulação do setor e edição de normas jurídicas, que são as Resoluções Normativas – RN. Enunciados auxiliam na padronização dos julgados, são entendimentos aprovados pelos órgãos julgadores para nortear decisões futuras.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) a partir de 2011 modificou a Resolução Normativa que proibia as associações e demais organizações do Terceiro Setor de comercializarem e serem intermediárias na contratação de planos de saúde coletivos para seus associados.

O objetivo da proibição da ANS era coibir abusos e eliminar o problema de falsos planos de saúde coletivos oferecidos por instituições como associações e classe, de bairro, igrejas, clubes, dentre outras, que sem o vínculo de representação com o usuário causava-lhe prejuízo ou ajustes abusivos. A autorização para essas instituições contratar planos de saúde coletivos e assistência à saúde foi publicada em uma Resolução Normativa, no Diário Oficial da União (DOU), desde que, comprovada a capacidade de operação no segmento, obedecendo as Normas da ANS.

Os planos de saúde coletivos por adesão possuem algumas características importantes, não há um controle rígido da ANS sobre o contrato, o reajuste é negociado entre a operadora e o beneficiário, os reajustes são abusivos, a ANS é omissa nesse aspecto pois controla apenas os planos individuais, e o encerramento do contrato é unilateral, isso quer dizer, caso não haja um acordo o contrato é resolvido, e isso é feito a qualquer momento, unilateralmente.

Existem dois tipos de planos por adesão, os coletivos por adesão contratados por pessoa jurídica de caráter social, classista ou profissional, como associações de classe, conselhos e sindicatos, e os empresariais que contratam os serviços de assistência para os seus funcionários a depender do vínculo empregatício ou estatutário. Os planos coletivos por adesão admitem como dependentes dos funcionários ou associados os seus familiares até o 3º grau consanguíneo, e 2º grau por afinidade, companheiro ou cônjuge, conforme previsto na legislação.

O contrato do plano coletivo só pode ser interrompido, sem o consentimento da organização, no caso de fraude ou se houver uma justificativa legal, ainda assim o contrato pode ser interrompido, de forma

unilateral, após 12 meses de celebração, sendo que a organização deve ser informada, pelos menos, 60 dias de antecedência do término. As regras de condição de suspensão ou rescisão dos serviços devem estar previstos no próprio contrato, o que nem sempre é respeitado pois, em regra, a rescisão é unilateral.

O índice de reajuste dos planos coletivos por adesão é definido conforme cláusulas contratuais, esse índice, após ser definido, deve ser comunicado à ANS, ressaltando que é livre a negociação, e o reajuste que prevalece, em regra, é o proposto pela operadora do plano de saúde.

E no meio de toda essa confusão está a Associação de Classe que além de sofrer reajustes abusivos, ainda enfrenta a limitação de contratação para seu quadro social, pois a ANS além ser omissa, pois não tem uma regulamentação própria para planos coletivos por adesão, só permite a contratação se houver vínculo, agravando ainda mais o quadro de sobrevivência das Associações.

4 Considerações finais

Ao analisar as medidas a serem adotadas para a problemática que enfrentam as Associações de Classe percebe-se que a grande dificuldade está na regulamentação por parte da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar, em autorizar, através de mudanças nas RN (Resoluções Normativas) para que as Associações de Classe contratem Planos de Saúde Coletivos por Adesão para pessoas que não tenham vínculo associativo mas que possam usufruir desse benefício fazendo parte de um grupo organizado, no caso em questão as Associações de Classes.

As Associações ficam limitadas ao seu quadro associativo, não havendo renovação do seu quadro há a tendência ao envelhecimento e diminuição do número de associados, dessa forma aumenta a faixa etária e a sinistralidade, fatores importantes que fazem parte da renovação contratual, o que provoca índices de reajustes extremamente elevados.

Com a possibilidade de inserção de novas classes sociais e de pessoas, que não têm vínculo empregatício com as Associações de Classe, através de mudança nas Resoluções Normativas da ANS, viabilizando as contratações, dá a oportunidade para as Associações aumentarem seu quadro social, livrando-se do fantasma da insolvência, oferta de serviços e benefícios sociais, não como forma de repasse financeiro, o que não é permitido por lei, mas sim sob a forma de benefícios, e também aumentando os serviços sociais para a coletividade.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, tem um posicionamento de que os planos de saúde coletivos por adesão devem ficam à margem de determinadas questões de grande importância, como por exemplo a negociação do reajuste de preço do serviço no ato da renovação contratual, devendo-se observar que o plano de saúde individual tem o seu reajuste homologado pela ANS, no entanto no plano de saúde coletivo por adesão a ANS é omissa, deixando livre negociação entre as partes onde sempre vai prevalecer o índice proposto pela Administradora do plano, sob pena de ter o contrato não renovado ou cancelado de forma unilateral.

A proposta do trabalho é evidenciar a possibilidade da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar alterar suas Resoluções Normativas para que as Associações de Classes constituídas, que se enquadram nas exigências e requisitos da Agência, possam recepcionar em seus quadros associativos outras classes sociais, como por exemplo às dos profissionais liberais, pois estão vinculados à uma atividade específica,e de pessoas que não tenham, ambos, vínculo profissional ou empregatício, e portanto, poderiam aderir à uma Associação de Classe, As Associações ampliariam os serviços sociais para a coletividade, os associados teriam uma melhoria em seu rol de benefícios, todos os associados, sem distinção de classe ou profissão poderiam contratar planos de saúde oferecidos pela Organização, com valores atraente, e o mais importante é que a Associação não perderia a essência pela qual foi criada, mantendo-se em atividade sem o "fantasma" da insolvência.

Visto que qualquer atividade lícita pode ser desenvolvida pelas Associações Profissionais, uma mudança nas Resoluções Normativas para que seus serviços sejam oferecidos ao público em geral, competindo com as demais sociedades, que visam a lucratividade e possuem preços mais atraentes em função de reajustes menores, as Associações precisam de um tratamento diferenciado daquele regulado pela ANS colocando-as no mesmo nível de competividade com as demais organizações, não ficando restrita as suas ofertas somente àqueles que possuem vínculo profissional com a Instituição, conforme preconiza a Agência Nacional de Saúde Suplementar através de suas Resoluções Normativas. Há, portanto, um conflito de normas e interesses, por um lado a Constituição Federal dando liberdade para as atividades econômicas lícitas associativas, dentro dos limites estabelecidos na Lei, e por outro, a relativização e restrição dessas atividades pela ANS que atinge diretamente a saúde financeira da Associação, interferindo diretamente no assistencialismo, benefícios, serviços, e na sua existência

Referências

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Associações.** 2. ed. São Paulo: Ed. Thomson Reuters, 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** Parte Geral. Volume 1. 18. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2018.

STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil.** Parte Geral. Volume1. 14. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível: https//www.planalto.gov.brconstituiçãoconstituição. Acesso em 30/05/2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil Brasileiro. Disponível em: https//www.planalto.gov.brccivil_03leis. Acesso em: 30/05/2024.

BRASIL. **Lei 9.961 de 28 de janeiro de 2000.** Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Disponível em; https//www.gov.brccivil_03leisl9961.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. **Resolução Normativa nº 028 de 16 de dezembro de 2022.** Disponível em: https//www.ans.gov.brcomponentlegislativo. Acesso em 29/03/2024.

Capítulo 28

A LOCAÇÃO URBANA E A ATIVIDADE DE AIRBNB: CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO EUROPEU, COM ÊNFASE NA PRIMAZIA DA REGRA CONDOMINIAL

Daniel Petrocelli[1]

1 Introdução

Nos últimos anos, o setor imobiliário tem sido fortemente impactado pelas inovações tecnológicas e pelas novas formas de ocupação urbana. Nesse contexto, o surgimento e a consolidação de plataformas digitais como o Airbnb trouxeram desafios inéditos ao Direito Civil e, em especial, ao Direito Imobiliário. O que antes era considerado uma locação por temporada, disciplinada por normas claras e tradicionais, passou a assumir feições de uma atividade econômica com características próprias e marcadamente empresariais.

No centro desse debate, encontra-se o papel da regra condominial frente a esse novo cenário. Até que ponto o condômino pode dispor livremente de sua unidade? É possível restringir ou proibir a utilização da propriedade privada para hospedagem de curta duração em nome da coletividade? Essas questões vêm sendo objeto de debates intensos na doutrina e nos tribunais, tanto no Brasil quanto na Europa.

Este trabalho propõe uma análise crítica e comparativa entre o ordenamento jurídico brasileiro e o europeu no que diz respeito à locação urbana e à atividade do Airbnb, com especial atenção à convenção condominial como instrumento legítimo de regulação do uso da propriedade em ambientes coletivos. A tese central defendida é que, em condomínios

1 Mestrando em Direito e Finanças na COPPEAD-UFRJ. Especialista em Direito Empresarial e Econômico - UFJF. Graduado em Direito - Faculdade Vianna Júnior. Professor de Direito Civil (Parte Geral e Obrigações, Reais), Direito do Consumidor e Direito Eleitoral na Faculdade São José no Rio de Janeiro (desde 2017). Editor Jurídico no GEN - Grupo Editorial Nacional, atuando nos selos da Editora Forense, Método e Atlas (2010-2015). Professor de Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil nos Cursos de Pós Graduação e Preparatório para Concursos do Curso Fórum (RJ) até 2019.

residenciais, deve prevalecer a vontade da coletividade, expressa na convenção, sobre o interesse individual de exploração econômica.

2 A locação urbana no direito brasileiro: conceitos, tipologias e finalidades

A locação urbana é disciplinada no Brasil pela Lei nº 8.245/1991, que estabelece os direitos e deveres tanto do locador quanto do locatário, tendo como pano de fundo a proteção ao direito à moradia, a estabilidade nas relações jurídicas e a função social da propriedade. A legislação prevê três modalidades principais de locação: residencial, não residencial e por temporada.

A locação residencial, como o próprio nome sugere, destina-se à moradia do locatário e possui um regime jurídico voltado à proteção da permanência no imóvel. A locação não residencial é utilizada para atividades comerciais, profissionais ou industriais, e a locação por temporada — ponto central do presente estudo — caracteriza-se por sua natureza transitória, voltada a finalidades específicas como lazer, estudos ou tratamento de saúde, com prazo máximo de 90 dias.

No entanto, a popularização de plataformas digitais trouxe uma nova dimensão à locação por temporada, transformando-a, muitas vezes, em verdadeira atividade econômica, com alta rotatividade de hóspedes, ausência de vínculo entre as partes e intermediação automatizada. Esses elementos desviam a locação digitalizada do modelo contratual tradicional e aproximam-na da prestação de serviços.

Doutrinadores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam que a locação por aplicativos não pode ser confundida com o contrato típico previsto na Lei do Inquilinato. Em muitos casos, o que se observa é a prática de uma atividade análoga à hotelaria, que escapa ao regime civil locatício e deve ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor e da legislação sobre turismo e serviços.

Ademais, o Código Civil, em seu artigo 1.228, §1º, dispõe que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com sua função social. Essa diretriz ganha contornos ainda mais significativos no âmbito do condomínio edilício, onde o uso de uma unidade individual pode afetar diretamente os demais moradores.

A convenção condominial, por sua vez, possui natureza normativa e é obrigatória a todos os condôminos, conforme estabelece o artigo 1.333

do Código Civil. Trata-se de manifestação legítima da autonomia privada coletiva, e sua força jurídica permite restringir ou até vedar atividades que contrariem a destinação do edifício.

Doutrina clássica e moderna converge nesse ponto. Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira e Silvio de Salvo Venosa sustentam a legitimidade da convenção como estatuto de convivência, dotado de eficácia normativa. A jurisprudência tem consolidado esse entendimento, reconhecendo que a utilização reiterada de unidades para hospedagem temporária, quando contrária à convenção, representa infração passível de sanção.

O projeto de lei 179/2021, em tramitação no Congresso Nacional, propõe um marco regulatório para essa nova realidade, mas enquanto não houver legislação específica, cabe à hermenêutica civil constitucional compatibilizar os princípios da autonomia privada, da função social da propriedade e da dignidade da convivência urbana.

3 O Airbnb e o direito comparado: desafios legislativos e jurisprudenciais

A emergência da chamada "economia do compartilhamento", particularmente representada pelas plataformas digitais de hospedagem como o Airbnb, impôs ao Direito contemporâneo uma série de desafios inéditos. A tradicional distinção entre locação civil e prestação de serviços passou a ser questionada diante de novas formas de exploração da propriedade, que unem tecnologia, informalidade e alta rotatividade.

No Brasil, a legislação vigente — especialmente a Lei nº 8.245/91 — não foi concebida para lidar com essa nova realidade. Ao invés de vínculos pessoais e contratuais estáveis, o que se observa na prática é um modelo impessoal e altamente automatizado, em que o locador sequer conhece o locatário, e a plataforma atua como verdadeira intermediadora.

Esse panorama encontra eco também na Europa. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no emblemático caso Airbnb Ireland v. France, entendeu que a empresa opera como "prestadora de serviços da sociedade da informação", permitindo que legislações locais imponham restrições com base em políticas urbanas e habitacionais. A lição que se extrai desse julgamento é a de que a liberdade econômica deve conviver com os princípios da solidariedade urbana e da função social da propriedade.

4 A experiência europeia: regulação e proteção da coletividade condominial

O impacto da atividade de locação de curto prazo por meio de plataformas digitais nas cidades europeias foi tão intenso quanto repentino. Cidades com séculos de tradição urbanística se viram pressionadas a adaptar suas legislações a uma nova realidade que alterou profundamente os modos de habitar e conviver.

A primeira reação veio do setor habitacional: em diversos centros urbanos, sobretudo turísticos, a conversão em massa de imóveis residenciais em hospedagens ocasionais gerou escassez de oferta, elevação dos aluguéis tradicionais e processos de gentrificação acelerada. A segunda resposta foi social: bairros inteiros perderam sua identidade, sua coesão comunitária e sua vocação residencial.

Diante desse cenário, o Direito foi forçado a agir com rapidez, e a via escolhida foi o fortalecimento da regulação local — especialmente por meio de normas urbanísticas, códigos habitacionais e, sobretudo, da valorização da autonomia condominial.

4.1 França

Em Paris, o aumento vertiginoso da oferta de imóveis via Airbnb levou a prefeitura a adotar medidas rigorosas. O uso de unidades residenciais para fins de hospedagem temporária passou a exigir registro prévio junto às autoridades municipais, com limite anual de 120 dias quando se tratar da residência principal do anfitrião.

O Tribunal de Cassação francês, em jurisprudência reiterada, consolidou o entendimento de que a exploração comercial de um imóvel sob a forma de hospedagem rotativa, sem autorização condominial e em desacordo com a convenção, configura violação à cláusula de uso exclusivo para habitação, permitindo a proibição e o ajuizamento de medidas sancionatórias.

4.2 Alemanha

Na Alemanha, a capital Berlim foi uma das pioneiras ao reconhecer que a destinação econômica de imóveis por plataformas digitais configura "uso indevido" do espaço urbano. Com base na norma conhecida como

Zweckentfremdungsverbot, a cidade proibiu a utilização de residências para hospedagem de curta duração sem autorização expressa.

As multas por descumprimento superam 100 mil euros, e os condomínios gozam de ampla margem para, por meio de deliberação em assembleia ou previsão no regulamento interno, impedir esse tipo de uso com base na defesa da finalidade residencial e da boa convivência entre vizinhos.

4.3 Espanha e Portugal

Na Espanha, as Comunidades Autônomas detêm competência para legislar sobre o uso do solo e da moradia, o que permitiu a criação de marcos locais para contenção do Airbnb. Barcelona, enfrentando saturação turística e desertificação habitacional em zonas históricas como El Born e Gòtic, passou a exigir licença municipal para qualquer atividade de hospedagem temporária, vinculando a autorização à aprovação pela comunidade condominial.

Em Portugal, a Lei n.º 62/2018 regulamentou o "alojamento local", permitindo expressamente que a assembleia de condóminos proíba ou condicione a atividade, com base no princípio da autodeterminação condominial. O Tribunal da Relação de Lisboa, em diversas decisões, reconheceu a validade de cláusulas restritivas em prédios exclusivamente residenciais, afirmando que o uso para hospedagem compromete o fim habitacional e a segurança jurídica da coletividade.

Essas experiências, longe de restringirem a inovação, demonstram que a convivência urbana só é possível quando pautada por regras claras e pela preservação do caráter das unidades residenciais. O condomínio, portanto, assume papel central como núcleo normativo da vida em comum.

5 A realidade brasileira: entre a propriedade individual e a função social

No Brasil, a tensão entre o direito individual à propriedade e o dever de respeitar a coletividade no âmbito condominial encontra campo fértil na discussão sobre a atividade do Airbnb. De um lado, argumenta-se que o proprietário é livre para dispor de sua unidade; de outro, sustenta-se que essa liberdade encontra limites jurídicos e fáticos quando a exploração compromete o sossego, a segurança e a natureza do condomínio.

5.1 Fundamento constitucional e civil

A Constituição Federal assegura, no art. 5º, XXII, o direito de propriedade, mas logo no inciso seguinte — art. 5º, XXIII — condiciona esse direito à função social. O Código Civil, no art. 1.228, §1º, reafirma esse comando ao determinar que "o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, respeitadas as exigências da função social".

No âmbito condominial, a função social ganha contornos mais específicos: proteger a integridade do coletivo, resguardar a finalidade da edificação e evitar conflitos que comprometam a vida em comum. Nesse ponto, a convenção condominial funciona como manifestação legítima da autonomia privada coletiva, com força normativa vinculante (art. 1.333 do CC).

5.2 Jurisprudência nacional

A jurisprudência brasileira já começa a firmar diretrizes mais claras sobre o tema. O TJSP, no Agravo de Instrumento nº 2271750-36.2019.8.26.0000, reconheceu que a atividade de hospedagem por meio do Airbnb pode ser considerada comercial e incompatível com a destinação residencial, autorizando o condomínio a proibir sua prática com base na convenção.

O STJ, por sua vez, embora ainda não tenha enfrentado o tema diretamente em sede de recurso repetitivo, tem dado sinais de que valoriza a força da convenção condominial como instrumento de regulação do uso das unidades.

5.3 Implicações práticas

A prática de hospedagem rotativa sem controle interno gera consequências diretas para a vida dos moradores: aumento do fluxo de pessoas estranhas, insegurança, elevação dos custos condominiais, descaracterização do ambiente residencial e conflitos constantes sobre ruído, limpeza, uso de áreas comuns e responsabilidade civil.

A utilização reiterada da unidade para essa finalidade pode configurar infração ao dever previsto no art. 1.336, IV, do CC — de não prejudicar o sossego, a salubridade e a segurança —, autorizando a aplicação de multas

e, em casos extremos, o ajuizamento de ação cominatória ou mesmo de expulsão por conduta antissocial, nos termos do art. 1.337, parágrafo único.

6 A Convergência de sistemas: lições do direito europeu ao Brasil

As cidades europeias — que enfrentam há anos os efeitos do turismo excessivo, da gentrificação e da especulação imobiliária — perceberam que o Airbnb, se não regulamentado, compromete a estrutura de bairros inteiros, esvazia a moradia local e transforma edifícios residenciais em hotéis informais.

E os impactos não são teóricos: são visíveis nas ruas, nos prédios, nos rostos dos vizinhos. Em Barcelona, bairros como El Raval e Gòtic viram aluguéis triplicarem, enquanto famílias tradicionais foram empurradas para fora do centro. Em Lisboa, o Bairro Alto foi esvaziado de moradores permanentes. Em Paris, a prefeitura declarou guerra ao Airbnb, com fiscais inspecionando imóveis para impedir a "hotelização" do tecido urbano.

Essas respostas não vieram apenas do poder público, mas também das comunidades condominiais, que passaram a utilizar os regulamentos internos como instrumentos legítimos de defesa da vida coletiva.

Na França, a jurisprudência consolidou que convenções condominiais podem limitar ou vedar o uso das unidades para hospedagem rotativa. Em Berlim, a proibição municipal ao uso comercial das unidades residenciais fortaleceu a autonomia condominial, legitimando restrições internas. Já em Lisboa, os próprios condôminos passaram a exercer poder de veto com respaldo da legislação nacional sobre alojamento local.

O Brasil, embora em estágio ainda embrionário, deve caminhar na mesma direção: não como imitador cego, mas como intérprete lúcido de uma realidade que exige equilíbrio entre inovação e ordem urbana. A convenção condominial, nesse cenário, não é barreira ao progresso — é ferramenta de sustentabilidade social.

7 Airbnb como atividade empresarial: a falácia da simples locação

A narrativa segundo a qual o Airbnb se resume a uma nova modalidade de locação é, no mínimo, incompleta — e em muitos casos, ilusória. A estrutura da plataforma, a forma como os imóveis são anunciados, o volume

de usuários, a rotatividade e a finalidade claramente lucrativa revelam algo mais: uma verdadeira atividade empresarial disfarçada de uso doméstico.

Nos termos do artigo 966 do Código Civil, empresário é quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Ao aplicar esse conceito à realidade da hospedagem por plataformas digitais, não é difícil concluir que o anfitrião profissional, que aluga com frequência e com fins econômicos, está atuando como prestador de serviços, não como simples locador.

Essa distinção é fundamental por diversas razões: altera o regime jurídico aplicável (passa a incidir o Código de Defesa do Consumidor), impõe obrigações tributárias e fiscais, e, acima de tudo, modifica a percepção da coletividade sobre o uso da unidade.

Condôminos que desejam viver em ambiente residencial não são obrigados a conviver com a instabilidade, insegurança e desgaste causados por fluxos contínuos de hóspedes desconhecidos. Se há um contrato civil típico, há proteção ao uso habitual; se há atividade econômica, há responsabilidade ampliada — e limites também.

A jurisprudência europeia já reconheceu essa natureza híbrida, como no caso "Airbnb Ireland v. France" (TJUE, 2019), admitindo a imposição de regras locais e reforçando que a liberdade de prestação de serviços não é ilimitada quando colide com a proteção da moradia e da coesão urbana.

8 A defesa da regra condominial: uma necessidade constitucional e civilizatória

A convenção condominial representa o pacto coletivo que viabiliza a vida em comum. Sua violação representa mais do que um descumprimento contratual: é uma afronta à própria lógica da convivência em ambientes compartilhados.

A propriedade privada, embora assegurada constitucionalmente, não é um direito absoluto. Deve ser exercida em consonância com a função social (art. 5º, XXIII) e com os limites estabelecidos pela coletividade à qual pertence.

Ao tratar da convivência em condomínios, o Código Civil não apenas legitima, mas estimula a regulamentação interna como forma de preservar o bem-estar comum. A convenção condominial, registrada e aprovada por maioria qualificada, possui força obrigatória e conteúdo normativo. Trata-se

da concretização da autonomia privada coletiva — aquela que transforma o condomínio em um espaço normativamente organizado.

Na Europa, essa compreensão já é consolidada. No Brasil, vem se fortalecendo com decisões dos tribunais que reconhecem a legitimidade das restrições ao uso para hospedagem temporária, sempre que fundadas em convenções válidas.

A liberdade econômica não pode sobrepor-se ao direito à tranquilidade, à segurança e à previsibilidade que caracterizam o condomínio residencial. O jurista que ignora a força normativa da convenção condominial fragiliza os alicerces da convivência urbana. O jurista que a protege, defende a civilização.

9 Conclusão

O mundo jurídico, em sua essência, é um instrumento de organização da vida em sociedade. E quando a sociedade muda — seja por causa da tecnologia, da economia ou da cultura —, o Direito é chamado a refletir, reinterpretar e, se necessário, redefinir seus institutos fundamentais.

A locação urbana, historicamente marcada por vínculos estáveis, relações interpessoais e equilíbrio de direitos, encontra-se diante de um novo paradigma: a hospedagem digitalizada, veloz, impessoal e orientada quase exclusivamente pelo lucro. Trata-se de uma revolução silenciosa, mas de impactos profundos — e que não pode ser ignorada pelo jurista.

A partir da análise comparativa entre Brasil e Europa, torna-se evidente que o condomínio deve ser compreendido não apenas como espaço físico compartilhado, mas como um pacto de convivência com base jurídica, social e moral. A convenção condominial, nesse contexto, é mais do que um documento: é a expressão normativa de uma coletividade que busca preservar o sossego, a segurança e a dignidade de seus moradores.

Negar força à regra condominial em nome de uma suposta liberdade de exploração econômica é subverter a função social da propriedade e comprometer os pilares da vida em comum. O direito de usar e dispor da propriedade é garantido, sim — mas jamais à revelia do coletivo ao qual ela se insere.

Cabe ao intérprete contemporâneo, portanto, reconhecer a complexidade do fenômeno, valorizar a autonomia privada coletiva e, acima de tudo, defender que inovação sem responsabilidade não é progresso — é retrocesso mascarado de modernidade.

Referências

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. atual. por Rui Stoco. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: contratos. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2023. v. 3.

OLIVEIRA, Ubirajara Pereira de. Locação predial urbana: Lei nº 8.245/91 comentada. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 out. 1991.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008. Política Nacional de Turismo.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.819.075/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 13/03/2020.

FRANÇA. Code de la Construction et de l'Habitation. Disponible em: https://www.legifrance.gouv.fr. Acesso em: 5 abr. 2025.

ESPANHA. Generalitat de Catalunya. Decret 75/2020, de 4 d'agost. Regula el régimen jurídico de las viviendas de uso turístico.

LEITE, George Salomão. Airbnb, direito e cidades: perspectivas para uma regulação sustentável. Revista de Direito Urbanístico, vol. 3, n. 1, 2022.

Capítulo 29

PREVISIBILIDADE CONTRATUAL DOS RISCOS NOS PROCEDIMENTOS ESTÉTICOS E A OBRIGAÇÃO DE RESULTADO MÉDICO: PARÂMETROS E LIMITES PARA UMA CORRETA PREVISÃO CONTRATUAL DOS RISCOS[1]

Lucas Gradanschi[2]
José Carlos Kraemer Bortoloti[3]

1 Introdução

A presente pesquisa discorre acerca do tipo de responsabilidade civil emanada das cirurgias estéticas com finalidade específica, bem como elenca os pressupostos que embasam a responsabilização do profissional em se tratando de resultado não esperado pelo paciente. Aborda igualmente os fundamentos contratuais essenciais previstos no contrato de prestação de serviços e termo de consentimento livre esclarecido à procura de uma efetiva segurança jurídica do profissional da medicina nos casos em que, supostamente, tenha ocorrido erro médico.

Questiona-se: pode a previsão contratual de prestação de serviços com a delimitação dos riscos contratuais equilibrar a responsabilidade e a isenção de responsabilidade médica? Além de responder esta indagação, o presente artigo visa elencar os tipos de responsabilização civil acerca de atividades médicas; demonstrar as diferenças nas cirurgias estéticas reparadoras e cosméticas; elencar os elementos presentes nas regras de conduta médica; demonstrar a importância do firmamento do Termo de Consentimento Livre Esclarecido (TCLE), bem como as consequências de sua ausência na relação médico-paciente; e por fim, identificar nas decisões

1 O presente texto é originário do tema de trabalho de conclusão de curso do autor e orientado pelo co-autor.

2 Graduação em Direito pela Escola de Direito da Atitus Educação. Advogado. E-mail:

3 Pós-doutor em Direito (PPGD/Atitus Educação). Doutor em Direito (UNESA RJ), com doutorado sanduíche na Universidade de Lisboa, Portugal. Professor da Escola de Direito da Atitus Educação/Campus Santa Teresinha. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen/CEPAS – PPGD Atitus Educação. Advogado. Julgador da 1ª Turma do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/RS. E-mail: jose.bortoloti@atitus.edu.br.

do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul os fundamentos que atribuem a responsabilidade civil do médico pelo resultado não esperado nos procedimentos estéticos.

No primeiro capítulo "Responsabilidade Civil Profissional", serão abordados os tipos de responsabilidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro. No capítulo seguinte, abordar-se-ão os elementos contratuais e a previsão dos riscos nos procedimentos estéticos com finalidade específica, momento em que serão elencadas as referidas cláusulas acerca desta prestação de serviço e a possibilidade de isenção de responsabilidade do profissional, bem como será evidenciada, novamente, a importância do termo de consentimento.

Como opções metodológicas, o método de pesquisa exploratória, delineada pelos procedimentos bibliográfico, documental e jurisprudencial, com emprego do método hipotético-dedutivo, abordando as seguintes hipóteses: o médico não pode ser responsabilizado pelo resultado não esperado pelo paciente quando houver previsibilidade contratual apontando especificidades do caso em questão; o profissional não é amparado em relação aos riscos do contrato de prestação de serviços, uma vez que por ser tratar de procedimento com finalidade puramente estética exerce obrigação de resultado e, desse modo, deve arcar quando diante de resultado insatisfatório da cirurgia estética, com presunção relativa de sua culpa; e por fim, o profissional pode ser isento de responsabilização quando os riscos contratuais estipulados pelo contrato e dependentes exclusivamente do zelo do próprio paciente não forem observados.

2 Responsabilidade civil profissional: contexto geral de previsão

Como é sabido, vive-se em um Estado de Direito, dessa forma, é dever de toda sociedade, sem exceções, observar as leis e obrigações nele abrangentes. Dentre elas, a responsabilidade civil se destaca como umas das mais presentes no nosso cotidiano, estando estritamente ligada a compensação de um dano injustamente causado a outrem, seja este moral, material, estético, ou por perda de uma chance. Esta compensação visa, ainda que parcialmente, restaurar o desequilíbrio causado.

Uma vez configurada a responsabilidade civil, deverão ser observados critérios ao dever de indenizar o dano infringido. Flávio Tartuce (2024, p. 1.148) ensina que podem ser apontadas a existência de quatro pressupostos

ao dever de indenizar, sendo esses; a conduta humana; a culpa genérica ou *lato sensu*; nexo de causalidade, e ainda, o dano ou prejuízo causado.

No que tange as espécies de danos em que se pode requerer a reparação ao causador, conforme supramencionado, haverá a reparação ao dano moral, material ou patrimonial, estético, e ainda por perda de uma chance. Ainda nas palavras de Tartuce (2024, p. 1.186), o dano patrimonial ou material constitui prejuízo, ou perda que atinja o patrimônio corpóreo de alguém.

Já o dano moral, estabelece a Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso X, 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" (BRASIL, 1988). Ainda, nas palavras de Nelson Rosenvald (2022, p. 669) o dano moral pode ser conceituado como uma lesão a interesse existencial concretamente merecedor de tutela.

No tocante ao dano estético, cita Tartuce (2024, p. 1.234):

> [...] Repise-se que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo há tempos que o dano estético é algo distinto do dano moral, pois há no primeiro uma "alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa". Já no dano moral há um "sofrimento mental - dor da mente psíquica, pertencente ao foro íntimo". O dano estético seria visível, "porque concretizado na deformidade" [...].

O dano por perda de uma chance, conforme Anderson Schreiber (2020, p. 886), propõe que a vítima seja ressarcida sempre que configurada a perda de uma oportunidade de obter certa vantagem ou evitar certo prejuízo. Introduz-se a "chance" no terreno do dano reparável, com o propósito de assegurar à vítima o ressarcimento integral das perdas sofridas.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, são adotadas as teorias de responsabilidade civil subjetiva e objetiva. No que diz respeito à responsabilidade subjetiva, esta irá depender exclusivamente da comprovação de culpa ou dolo, além do dano e do nexo causal. Por outro lado, a responsabilidade objetiva, aplicada em situações específicas, independe da demonstração de culpa, bastando apenas a demonstração do dano e do nexo causal. (Rosenvald, 2022, p. 502).

Em se tratando de responsabilidade civil profissional em seu sentido amplo, ou seja, amparando os casos em que a prestação de serviços não se rege por um resultado esperado, aplica-se a norma da teoria de responsabilização subjetiva, haja vista que não houve um contrato de prestação de serviços especificando estritamente o resultado a ser obtido. (Tartuce, 2024, p. 1.821).

O próximo ponto importante a ser analisado é a culpa do agente causador do dano. Atualmente, tem-se como culpa o desvio de conduta do qual decorre um dano. Iuri Bolesina, (2019, p. 141) ensina que esta, em sentido amplo, emana no comportamento voluntário que desvia de um dever de conduta qual é imposto pelo direito, bem como tal comportamento desviante, intencionalmente ou por erro de conduta, viola o dever geral de não-lesar outrem. Nesse mesmo sentido, estabelece o Código Civil, nos artigos 186 e 927, que o indivíduo que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, nascendo assim, a obrigação de reparação (BRASIL. Lei nº 10.406/2002).

Para melhor análise, insta salientar que se entende por imprudência a falta de cuidado acrescida de uma ação dolosa, a negligência pode ser elencada como a falta de ação somada ao descuido do agente causador, e a imperícia por sua vez, refere-se à falta de aptidão técnica, teórica ou prática para o exercício de determinada atividade profissional. Embasando este apontamento, discorre Código Civil, no seu artigo 951 que, os profissionais liberais, especificamente, podem ser responsabilizados por danos decorrentes de sua atuação, caso haja imprudência, negligência ou imperícia, onde se inclui a falta de qualificação ou treinamento adequado para o exercício da função.

O último elemento do ato ilícito a ser analisado é o nexo da causalidade, sendo este o elo entre a conduta culposa do agente e o dano sofrido. Ao passo que para a doutrina se trate de um conceito lógico e não jurídico, tem-se buscado qualificar o nexo causal que seria aceito pelo direito como apto a produzir, juntamente com os outros elementos do ato ilícito, a obrigação de indenizar. (Schreiber, 2020, p. 900).

Por derradeiro, ao se concluir esta primeira análise acerca da responsabilidade civil, o aprofundamento do tema do presente trabalho se torna mais palpável, haja vista que se acentua os principais pontos que elucidam a sua linha de raciocínio.

Conclui-se, inicialmente, que a responsabilidade civil advinda de contratos de prestação de serviços sem resultado específico, qual seja no seu sentido geral de previsão, é subjetiva, ao passo que não houve um acordo com uma finalidade estritamente estabelecida, restando necessária a comprovação de culpa ou dolo do agente, bem como o dano e o nexo causal existente para que o causador do dano possar ser responsabilizado pelo resultado danoso.

2.1 A responsabilidade civil dos profissionais da medicina

Os profissionais da medicina devem seguir um conjunto de deveres e obrigações. Essa profissão, assim como a dos operantes do direito, possui uma doutrina acerca da sua orientação moral e jurídica, bem como sua relação com os doentes, os colegas e a sociedade, ao passo que se busca demonstrar o comportamento do profissional com base na ética e na lei. Esta doutrina é chamada de Deontologia Médica. (França, 2017, p. 1.328).

No tocante à responsabilização civil do médico, tem-se por definição, igualmente, a obrigação do profissional à reparação de um dano causado ao seu paciente. Este dano pode ser causado por: negligência; imprudência ou imperícia, temas que já foram abordados e explicados anteriormente. Concomitante ao que dispõe os artigos 186 e 927 do Código Civil, ainda dispõe o Código de Ética Médica, no seu art. 1º, a vedação ao médico de causar dano ao paciente, seja este por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. (BRASIL, 2019, p. 21).

Não obstante, para melhor se entender como é aplicada a responsabilização civil ao profissional, há de se explicar as diferenças entre as obrigações aplicadas aos médicos. Conforme evidencia Genival Veloso França (2017, p. 1453), existem no conteúdo das obrigações positivas dois tipos de atribuições ao médico: a obrigação de meio; e a obrigação de resultado.

Nas obrigações de meio, o compromisso existente é da utilização de todos os meios e recursos disponíveis para a obtenção de um resultado satisfatório, não havendo, porém, a culpa do devedor em caso deste não sair conforme o esperado. No que se refere a obrigação de resultado, como é o caso de cirurgia estética não reparadora, entende-se que a culpa é presumida a partir do descumprimento da obrigação, bastando à parte lesada demonstrar a existência do resultado e afirmar a inexecução, cabendo ao médico provar que agiu da maneira esperada.

No que diz respeito às regras de conduta, tem-se: o dever de informação, que dispõe acerca dos esclarecimentos necessários e fundamentais para que os atos do profissional estejam alinhados às especificidades do caso a ser trabalhado, tratando o mesmo com a devida transparência em relação ao seu paciente. Ainda, importa gizar que há o compromisso de informar ao paciente no tocante as peculiaridades do mesmo, bem como aos riscos e cautelas recomendáveis ao seu tratamento. (França, 2017, p. 1424). Salienta-se, em complemento, que o dever informacional se desdobra em duas fases: a primeira de esclarecimento terapêutico; e a segunda, de decisão

ou de escolha esclarecida, ambas devendo ser cumpridas em duas etapas complementares - verbal e escrita.

Em continuidade, tem-se: o dever de atualização profissional, qual versa sobre a constante busca pelo aprimoramento, seja de técnicas ou tratamentos, onde a falta desta caracteriza-se pela negligência do médico; o dever de abstenção de abuso, o qual dispõe sobre a cautela necessária nos atos do profissional no que diz respeito à dignidade humana, excluindo-se as situações em que há a concordância do paciente; e o dever de vigilância, cuidado e assistência, que desfia sobre a atenção do agente de forma a evitar danos que venham a ser alegados como negligência. (França, 2017, p. 1426).

Contudo, ainda que em situações muito específicas, ocorrem vezes em que o dano causado ao paciente advém deste próprio, ou ainda, de terceiros à relação do tratamento. Nestes casos, o resultado danoso obtido surge de descumprimentos às recomendações de cuidados e orientações ao paciente incumbidas, sendo estas de suma importância para obtenção de um resultado satisfatório ao tratamento realizado.

Pela análise do mencionado, conclui-se que a responsabilidade civil do médico em seu sentido amplo, ao passo que não se trata de prestação de serviço com resultado específico esperado, rege-se pela teoria de responsabilização pela ótica subjetiva que, e conforme mencionado, necessita de comprovação dos pressupostos ao dever de indenizar elencados anteriormente. De outra banda, ao se analisar a responsabilidade civil do médico contratado para a realização de um procedimento de fim, como nos casos de procedimentos estéticos não terapêuticos, ocorre, a responsabilização subjetiva com culpa presumida do profissional contratado.

2.2 A responsabilidade pelo resultado em procedimentos médicos estéticos

Conforme exposto, para a doutrina abordada, a responsabilidade civil que nasce de um resultado danoso advindo de uma cirurgia estética embelezadora é subjetiva com culpa presumida. Salienta-se que o entendimento do Poder Judiciário diverge, inclusive, daquele adotado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) no que tange à assunção de obrigação de resultado.

O avanço da medicina somado às constantes mudanças nos padrões de beleza da atualidade, resultaram no exacerbado aumento na procura por procedimentos estéticos embelezadores nos últimos anos. O mercado

global de medicina estética foi avaliado em US$ 82,46 bilhões em 2023, com perspectiva de crescimento anual composta (CAGR) de 8,3% de 2024 a 2030, isso é o que demonstra um levantamento feito em 2023 pela Grand View Research.[4]

Dessa forma, torna-se de suma importância elencar e diferenciar os procedimentos estéticos existentes, uma vez que a responsabilidade civil que emana de cada um é diferente para a apreciação de parte da doutrina e jurisprudência.

A chamada cirurgia estética reparadora tem por objetivo a correção de deformidades ou de déficits funcionais, parciais ou totais, onde se faz necessário o uso de recursos técnicos da cirurgia plástica, quais buscam resgatar as funções anatômicas à forma mais original possível. (Revista Saúde, 2023, v. 49, nº 2). Nesse caso, tem-se o entendimento que se trata de uma obrigação de meio, sendo que a responsabilidade emanada deste é subjetiva, haja vista os difíceis momentos enfrentados pelos profissionais desta especialidade. (França, 2017, p. 1478).

A cirurgia plástica estética ou cosmética trata-se de um procedimento que visa a melhoria de algum aspecto físico do paciente, de forma a colaborar com a saúde mental deste, haja vista que com ela se obtém uma melhora da aparência, autoestima, bem como tem grande influência na sua qualidade de vida[5]. Dessa forma, por versar acerca de uma finalidade embelezadora, qual seja, "puramente estética", sendo que o resultado é específico e foi prometido pelo profissional, o entendimento adotado perante os tribunais é que se trata de uma obrigação de resultado, e logo, com a modalidade responsabilização subjetiva, com culpa presumida.

Corroborando com o exposto, Maria de Fátima Freire de Sá, (Termo de consentimento livre e esclarecido e responsabilidade civil do médico e do hospital, in Responsabilidade civil e medicina, 2021, p. 106), preconiza que, apesar do STJ reconhecer a obrigação de resultado na cirurgia plástica, não se entende por uma automática responsabilização objetiva do profissional, uma vez que a natureza de obrigação de resultado é presumida, cabendo a este demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastá-la.

---

4 Veja-se, nesse sentido, na íntegra: Aesthetic Medicine Market Size & Trends – Disponível em https://www.grandviewresearch.com/industry-analysis/medical-aesthetics-market, acessado em 14 de agosto de 2024.

5 Gabriela Pavoski, citando a Organização Mundial da Saúde, transcreve: "A OMS conceitua saúde como um 'estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade" (Pavoski, 2024, p. 4)

Imprescindível salientar que o tema que versa acerca da obrigação emanada por cada tipo de cirurgia plástica é objeto de amplos debates, sobretudo em razão da ausência dialogo no mesmo sentido entre a doutrina e jurisprudência majoritária, ao passo que para alguns doutrinadores, as cirurgias plásticas sob nenhum aspecto podem ou devem ser consideradas obrigação de resultado, pois ainda que se trate de classificação amplamente difundida, é frequentemente reproduzida de forma equivocada por aqueles menos familiarizados com os avanços doutrinários, limitando-se a reiterar um entendimento que se revela superado à luz da doutrina atual. (Eduardo Dantas, Da necessária revisão do entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade civil do cirurgião plástico, in Responsabilidade civil e medicina, 2021, p. 169).

Em se tratando de cirurgias plásticas, é de suma importância o firmamento de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), levando-se em conta que a intervenção médica sem o consentimento do paciente não é legítima, haja vista se tratar de um procedimento terapêutico, e dessa forma, incumbe ao profissional obter a concordância explícita do paciente, por se tratar da vida, a saúde e integridade deste, bem como para que haja a observância do dever de informação.

Destaca Maria de Fátima Freire de Sá, (Novos olhares sobre a responsabilidade civil na saúde: autonomia, informação e desafios do consentimento na relação médico-paciente, in Responsabilidade civil e medicina, 2021, p. 95):

> A origem do consentimento livre e esclarecido é derivada de fenômenos complementares. Conforme ensinamentos de Carlos María Romeo-Casabona, tem-se, de um lado, a necessidade de reconhecimento e consequente tutela dos direitos dos pacientes; e, de outro lado, a transformação da relação médico-paciente [...]. A posição adotada pelo direito é a de que todo procedimento terapêutico deve contar com a concordância do paciente, pois trata-se, em primeiro lugar, de sua vida, de sua saúde, de sua integridade física. Logo, em regra, não seria legítima qualquer intervenção médica sem o seu consentimento.

À luz dos ensinamentos de França (2017, p. 1450), o TCLE é indispensável para a validade do ato médico. Contudo, para que haja a concordância formal do paciente, a linguagem adotada pelo documento deve ser explícita, coesa e com informações acessíveis à sua compreensão, de forma que esta esteja livre de ilicitudes e vícios. A relação estabelecida entre o profissional e o paciente pelo TCLE torna-se crucial, uma vez que firmado o compromisso e anuência de ambas as partes. Portanto, o que

se sucederá deverá corresponder ao estipulado, e uma vez não observado acarretará, consequências para ambas as partes.

Seguindo esse raciocínio, e reiterando o já abordado anteriormente sobre a responsabilização do profissional, de forma a analisá-lo sob a ótica das cirurgias estéticas, não só o médico possui deveres e obrigações na relação contratual firmada, haja vista que também é incumbido ao paciente ou terceiro, através de orientações, a melhor conduta para o resultado satisfatório esperado, devendo este corroborar para que seja alcançado. Provando-se devidamente o contrário, é possível eximir o médico da responsabilidade pelo resultado não esperado.

Para consolidar ainda mais essa exposição, Rosenvald (2022, p. 658) discorre que após a vítima requerer a responsabilização pelo resultado obtido ao profissional, este não fica proibido de demonstrar pelas formas admitidas em lei que o resultado obtido resultou por motivos de força maior, ou ainda que este decorreu-se através de culpa exclusiva da vítima.

Portando, ratifica-se que para a realização de um procedimento estético, é indispensável o firmamento do TCLE, momento em que ambas as partes se comprometem com a busca do resultado satisfatório do procedimento contratado. Ademais, conforme o entendimento abordado, ao se estar diante de um suposto erro médico a responsabilidade que emana da obrigação é subjetiva com culpa presumida, sendo incumbido ao médico demonstrar existir alguma excludente de sua responsabilização apta a afastá-la.

3 Elementos contratuais e previsão dos riscos em procedimentos estéticos

Conforme abordado anteriormente, a obrigação que nasce entre o médico e o seu paciente em se tratando de um contrato de prestação de serviços com fim pré-determinado, qual seja uma cirurgia estética embelezadora, é de natureza subjetiva com culpa presumida. Contudo, com fundamento no princípio da liberdade contratual, há a possibilidade de se prever que o pacto realizado entre as partes será regulamentado por outras normativas, quais sejam: pelas normas do Código Civil; o Código de Ética Médica; e pela Lei 12 842/2013 (Lei do Ato Médico), de forma a corroborar com a defesa do profissional da saúde. No entanto, ao se optar por essa alternativa, subsiste o risco de a cláusula ser declarada nula, com a consequente aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor ao contrato.

Giza-se que por se tratar de um caminho juridicamente inconcreto, essa pesquisa limitar-se-á a comentar sua possibilidade de aplicação ao contrato de prestação de serviços médicos, não adentrando-se especificamente no seu conteúdo material. Logo, para o desenvolvimento do presente estudo será tomado como base a relação consumerista abordada anteriormente.

Dito isso, acerca da esfera contratual, é válida a estipulação prévia de cláusulas que prevejam a exclusão da responsabilidade do profissional? A título de exemplo: a "previsão de riscos inerentes ao procedimento estético", bem como a disposição que, "o descumprimento de orientações pós-operatórias pelo paciente, é passível de isenção de responsabilidade do profissional, haja vista a conduta do paciente não estar mais sob seu controle direto".

Para que se possa prosseguir com essa análise, necessário abordar o entendimento doutrinário da mesma forma que o jurisprudencial. A esse passo, França (2017, p. 1446) ensina que relação contratual entre paciente e médico está configurada no âmbito das obrigações negociais, igualando-se aos contratos de prestação de serviços, no quadro das atividades liberais.

Elenca-se que o profissional da saúde pode atuar de maneira individual como liberal; empregado; preposto; comitente de pessoa jurídica de direito público ou privado; ou como sócio de uma pessoa jurídica de direito privado. Existe ainda a possibilidade de atuação ao integrar-se a uma equipe com ou sem autonomia de atuação, ou sendo o chefe desta equipe. (França, 2017, p. 1447). No entanto, cabe ressaltar que a presente pesquisa aborda o médico como prestador de serviços particular.

De maneira a reforçar o exposto anteriormente, a doutrina ainda estabelece que, no tocante ao contrato de prestação de serviços firmado entre o profissional e o paciente, tem-se que as obrigações assumidas neste apresentam a responsabilidade positiva contratual. Exemplo à obrigação do profissional ao dever de informar, de comunicar as especificidades da situação clínica para o paciente, bem como o dever de sigilo profissional. (Sá, 2021, p. 101).

Seguindo esse raciocínio, pode-se considerar o TCLE uma ferramenta auxiliar na limitação de responsabilidade do profissional, com força de contrato, uma vez que, conforme elencado anteriormente na presente pesquisa, hão de estar presentes disposições expressas acerca da natureza do procedimento, bem como dos cuidados pré e pós-operatórios? Com o intuito de trazer mais fundamentos sobre o questionamento, Maria de Fátima Freire de Sá, (2021, p 106):

> Já em relação ao uso do TCLE como comprovante da boa prática médica (ii), observa-se que quando o procedimento de obtenção do consentimento livre e esclarecido é feito de forma adequada (informação acerca de todas as possibilidades terapêuticas junto ao caso, as possíveis consequências positivas e negativas reconhecidas pela literatura médica, a utilização de linguagem acessível ao paciente, anuência livre após devido esclarecimento da prática médica), caso ocorra uma das consequências negativas previstas, não há como imputar responsabilidade ao médico ou ao hospital, em especial considerando a iatrogenia.

A resposta para a indagação é que, ainda o TCLE que corrobore para uma mitigação de riscos ao profissional, este não pode ser considerado um contrato em sentido estrito. Vez que à luz da Recomendação CFM, 01/2016 se trata de ato de decisão, concordância e aprovação do paciente, após informações e explicações sobre o procedimento, sob responsabilidade do médico, o que substancia o cumprimento do seu dever ético e jurídico.

Se o TCLE fosse considerado um contrato, cabe salientar que o CDC, no seu art. 25 e 51, elenca cláusulas que devem ser consideradas nulas de pleno direito, no tocante a disposições que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. (BRASIL. Lei nº 8.078/90). A exemplo: é vedada a cláusula que transfira responsabilidades a terceiros; ou que estabeleça obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada.

Por conseguinte, é importante ressaltar que, no contexto de "erro médico", não há fórmula exata capaz de eliminar integralmente os riscos inerentes aos procedimentos estéticos realizados. Contudo, impõe-se ao profissional a rigorosa observância das normas éticas e técnicas aplicáveis à sua profissão e especialidade, aplicadas pelo seu Conselho de Classe, de modo que, ao agir com diligência, contribua para a mitigação desses riscos, reforçando, assim, a eficácia das cláusulas constantes no contrato e no TCLE.

Sobre o tema "erro médico", torna-se igualmente necessário desconstruir a ideia de que todo resultado adverso configura culpa do profissional, conforme aduz França (2017, p. 1481):

> A primeira providência neste sentido é desarmar as pessoas de um certo preconceito de que todo resultado atípico e indesejado no exercício da medicina é da responsabilidade do médico, quando em algumas vezes ele é também vítima. Por isso, impõe-se centrar nossa compreensão na montagem de um desenho epidemiológico do mau resultado, no sentido de apontar não apenas seu diagnóstico, mas também fomentar a promoção de uma política de condutas, meios e mecanismos que seja eficaz na correção destes desvios.

Dessa forma, pode-se concluir que, muito embora o TCLE não tenha natureza contratual, o firmamento deste documento é de suma importância para a regulação das expectativas e responsabilidades e expectativas entre as partes. Ademais, cláusulas contratuais de não responsabilidade do profissional não podem ser aplicadas para eximir o médico de suas atribuições, uma vez se tratando de um contrato de relação de consumo (Tartuce, 2024, p. 1.338).

3.1 A posição do TJ sobre a responsabilidade médica nos procedimentos médicos estéticos e a previsibilidade dos riscos no termo de Consentimento Livre Esclarecido

Corroborando ao exposto anteriormente no tocante a responsabilidade médica, onde grande parte da doutrina estabelece a responsabilidade do profissional sob a ótica subjetiva, com presunção de culpa do profissional, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), majoritariamente assevera que, segundo o código consumerista brasileiro no seu art. 14, §4º, a responsabilidade emanada por relações de consumo de profissionais é subjetiva. Contudo, em se tratando de procedimentos estéticos com finalidade específica, qual seja a cirurgia plástica onde o cirurgião assume a obrigação de resultado, pode haver causas excludentes de sua responsabilidade.

É o que se extrai da decisão proferida em 5 de outubro 2023 na apelação cível nº 5000085-41.2013.8.21.0047/RS[6]:

> Sob esse viés, é de se ressaltar que a responsabilidade dos médicos, no caso das cirurgias plásticas, com objetivo estético (como é a hipótese dos autos) é de resultado. No entanto, ainda que a responsabilidade do médico, em tais casos, seja considerada como de resultado, há possibilidade de causas excludentes da responsabilidade.

Aduz-se que nesses casos a culpa do médico é presumida a partir do descumprimento do resultado prometido, uma vez que se está diante de um procedimento de resultado. Todavia, pode o profissional elidir-se de tal alegação ao provar que sua conduta estava dentro das normas previstas para a realização do procedimento contratado. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça gaúcho compactua com o entendimento doutrinário trazido na presente pesquisa[7] no sentido de inversão do ônus da prova em relação à

6 TJRS, Nona Câmara Cível, apelação cível nº 5000085-41.2013.8.21.0047/RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary.

7 "Para consolidar ainda mais essa exposição, Rosenvald (2022, p. 658) discorre que após a vítima

culpa, cabendo ao profissional demonstrar que agiu de maneira correta, ou que prove a ocorrência de causa diversa:

> Nas cirurgias plásticas estéticas, de forma geral, se presume a culpa do cirurgião pelo não alcance do resultado proposto, pois esta intervenção objetiva a mudança de padrão estético da pessoa, ao embelezamento puro e simples, constituindo, portanto, obrigação de resultado. E assim, por possuir a cirurgia plástica para fins estéticos obrigação de resultado, a culpa se presume a partir do descumprimento, bastando à parte lesada, no caso a paciente, demonstrar a existência da obrigação e afirmar a inexecução. Por outro lado, incumbe ao profissional médico ou à pessoa jurídica prestadora do serviço, provar sua diligência e elidir tal presunção, evidenciando a ocorrência de causa diversa ou a ausência de falha na prestação do serviço.

abe ressaltar que, mesmo as decisões mais antigas após o atual Código de Processo Civil proferidas pelo tribunal até as mais recentes tratando desse assunto, definem que o cirurgião possui responsabilidade subjetiva com culpa presumida, uma vez que se está diante de um método cirúrgico com promessa de um resultado específico.

Isso é o que preconizam as decisões proferidas pela Décima Câmara Cível, na apelação cível nº 5031850-37.2014.8.21.0001/RS exarada pelo desembargador relator Marcelo Cezar Muller, julgada em 28/09/2023, bem como na decisão proferida pela Nona Câmara Cível, na apelação cível nº 70066215864 exarada pelo Desembargador relator Eugênio Facchini Neto, julgada em 18/09/2015.

Os julgados proferidos, assim como o entendimento doutrinário trazido, estabelecem uma modalidade de responsabilização antagônica à objetiva. Esta incumbe ao agente causador do dano o ônus de provar que agiu da maneira esperada, eximindo o paciente da obrigação de evidenciar o suposto erro de conduta imputado ao cirurgião. (Rosenvald, 2022, p. 657).

É relevante frisar que no que diz respeito ao tipo de encargo atrelado às cirurgias estéticas com o fim determinado, qual seja de embelezamento, é majoritário o entendimento do TJRS que se trata de uma obrigação de resultado, e não de meio, conforme destaca a doutrina abordada na presente pesquisa. Nesse sentido destacam-se os seguintes julgados:

> O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física afinar o nariz, eliminar as rugas do rosto etc. Nesses casos, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse

requerer a responsabilização pelo resultado obtido ao profissional, este não fica proibido de demonstrar pelas formas admitidas em lei que o resultado obtido resultou por motivos de força maior, ou ainda que este decorreu-se através de culpa exclusiva da vítima." p. 14.

> resultado não é possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia [8].
>
> E assim, por possuir a cirurgia plástica para fins estéticos obrigação de resultado, a culpa se presume a partir do descumprimento, bastando à parte lesada, no caso a paciente, demonstrar a existência da obrigação e afirmar a inexecução[9] .
>
> Nas cirurgias plásticas estéticas, de forma geral, se presume a culpa do cirurgião pelo não alcance do resultado comumente esperado com a cirurgia proposta, pois esta intervenção objetiva a mudança de padrão estético da pessoa, ao embelezamento puro e simples, constituindo, portanto, obrigação de resultado[10] .

Entretanto, muito embora a jurisprudência majoritária compactue com o entendimento doutrinário trazido à baila na presente pesquisa, giza-se novamente que há muitas críticas a esse raciocínio por parte de doutrinadores, argumentando que toda atividade médica exige julgamento clínico e, portanto, não se compatibiliza com o conceito clássico de obrigação de resultado.

Dito isso, passa-se a tratar acerca da importância do TCLE nos casos concretos julgados pelo Tribunal. Deve-se elucidar neste momento que, conforme já abordado anteriormente, o referido termo é de suma importância para a relação de consumo existente entre médico e paciente, uma vez que esclarece ao paciente todas as informações relevantes sobre o seu procedimento, se cumprindo assim, parte do dever de informação.

O não cumprimento do dever de informação, bem como a omissão de dados relevantes ao caso concreto, pode implicar na responsabilização do profissional pelo risco inerente da cirurgia, bem como servirá como fundamento para embasar a responsabilidade deste. Isso é o que preveem as decisões proferidas pela Quinta Câmara Cível, na apelação cível nº 70065261067 exarada pelo Desembargador relator Jorge André Pereira Gailhard, julgada em 28/09/2016, bem como a decisão da Décima Câmara Cível, na apelação cível nº 5031850-37.2014.8.21.0001/RS exarada pelo Desembargador relator Marcelo Cezar Mulle, julgada em 28/09/2023.

Esclarecida a importância do dever de informação atrelada ao TCLE, dá-se início à abordagem acerca da possibilidade de o termo de

---

8 Veja-se, na íntegra: TJRS, Quinta Câmara Cível, apelação cível nº 70077065811, relator: Jorge André Pereira Gailhard. Julgado em 25/04/2018.

9 Veja-se, na íntegra: TJRS, Nona Câmara Cível, apelação cível nº 5020157-56.2014.8.21.0001/RS. relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 25/08/2021.

10 Veja-se, na íntegra: TJRS, Nona Câmara Cível, apelação cível nº 5045703-40.2019.8.21.0001/RS. relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 09/12/2021.

consentimento isentar a responsabilidade do médico cirurgião. Conforme previamente abordado, o firmamento do referido termo tende a auxiliar na limitação de responsabilidade do profissional ao passo que, hão de estar presentes disposições expressas acerca da natureza do procedimento, bem como dos cuidados pré e pós-operatórios.

As doutrinas[11] trazidas ao presente artigo entendem que não somente o médico possui o compromisso com o resultado, mas também o paciente deve tê-lo. O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é que, ao ser firmado o TCLE o paciente está ciente das adversidades que o procedimento cirúrgico possui, e assim, deu a sua anuência quanto aos seus riscos, referindo-se à possibilidade superveniente de aumento de cicatrizes, ou ainda sobre a hipótese de ser submetida a outro procedimento para correção de imperfeições que possam surgir. Sobre esse tema, destaca-se a seguinte decisão prolatada na Nona Câmara Cível, apelação cível nº 5000085-41.2013.8.21.0047/RS, pelo Desembargador relator Tasso Caubi Soares Delabary em 05/10/2023.

No que cerne a possibilidade de submissão do paciente a outro procedimento complementar é concordância entre a maioria dos médicos e peritos, que se trata de uma praxe a qual o cirurgião deve obrigatoriamente informar ao seu paciente no termo de consentimento. Importa frisar que se essa disposição contratual se concretizar não significa que houve erro procedimental na cirurgia, haja vista que se torna fundamental realizar ajustes caso o paciente esteja insatisfeito com o resultado ou com algum ponto particular do procedimento. Isso se preconiza conforme as decisões inframencionadas:

> Ainda, esclareceu a expert que a segunda cirurgia realizada tratou-se de revisão da primeira, sendo que **toda cirurgia plástica pode necessitar de cirurgia complementar (retoque), situação da qual a autora foi orientada e estava ciente, conforme termos de consentimento assinados.** [...] Na cirurgia plástica é de praxe não cobrar por cirurgias complementares que sejam relacionadas a algum procedimento.[12] (grifo nosso)
>
> Ainda, o fato de ser necessário **a realização de um procedimento de revisão para que se alcançasse inteiramente a satisfação da autora, por si só, não significa que tenha ocorrido erro do profissional da medicina,** tratando-se de circunstância que, por vezes, se mostra

11 Por todos, GODINHO, Adriano Marteleto. Responsabilidade civil e medicina. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021 e FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina legal. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

12 Veja-se, na íntegra: TJRS, Quinta Câmara Cível, apelação cível nº 70077065811, relator: Jorge André Pereira Gailhard. Julgado em 25/04/2018.

> necessária para adaptar eventual insatisfação do paciente quanto ao resultado ou algum aspecto específico, conforme atestado pelo laudo pericial.[13] (grifo nosso)
>
> Cumpre consignar, ainda, que **o fato de ser necessária a realização de um procedimento de revisão para que se alcançasse inteiramente a satisfação da autora quanto ao aspecto da cicatriz, por si só, não significa que tenha ocorrido erro do profissional da medicina**, tratando-se de circunstância que, por vezes, se mostra necessária para adaptar eventual insatisfação do paciente quanto ao resultado final [...].[14] (grifo nosso)

Por oportuno e a título de informação, segue abaixo um trecho do termo de consentimento firmado entre um médico e uma paciente em uma cirurgia de abdominoplastia transcorrida na decisão da Nona Câmara Cível na apelação nº 5020157-56.2014.8.21.0001/RS, que refere à ciência da parte acerca da ocorrência de uma cirurgia adicional causada por eventuais complicações existentes durante a mesma.

> Estou consciente de que durante o ato operatório ou mesmo no pós-operatório imediato podem ocorrer eventos (intercorrências ou complicações) que, mesmo com a realização de exames de rotina solicitados pelo médico antes da cirurgia, não podem ser previstos. Na ocorrência desta situação, entendo e concordo que podem ser necessários procedimentos adicionais ou diferentes daqueles inicialmente programados tanto em termos de técnica ou tática cirúrgica empregadas quanto de cuidados ou novas internações no período pós-operatório precoce ou tardio. [...].

No caso apresentado em tela, o médico foi eximido de responsabilidade uma vez que não se fizeram presentes os pressupostos ao dever de indenizar, qual seja, conduta negligente, imprudente ou imperita do profissional.

Portanto, para o TJRS somente o firmamento do termo de consentimento com as devidas disposições acerca dos procedimentos e riscos da cirurgia não são capazes de eximi-lo da responsabilidade sobre o resultado insatisfatório, uma vez que este deverá prosseguir com as corretas disposições que o procedimento contratado exige. Contudo, fica claro que a falta de informação é causa imperiosa ao dever de indenizar.

3.2 A autonomia privada contratual na estipulação dos riscos como segurança jurídica

13 Veja-se, na íntegra: TJRS, Nona Câmara Cível, apelação cível nº 5000085-41.2013.8.21.0047/RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 27/09/2023.

14 Veja-se, na íntegra: TJRS, Nona Câmara Cível, apelação cível nº 5020157-56.2014.8.21.0001/RS. relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 25/08/2021.

Com base nos ensinamentos de Nelson Rosenvald (2022, p. 749) a autonomia privada pode ser elucidada como a vontade do suporte fático, contudo acrescida à regulamentação legal com a finalidade de realização dos interesses dignos sob tutela.

Trazendo a autonomia privada para o âmbito da saúde, observa-se uma mudança no tocante ao paternalismo médico, qual seja, a forma a qual o profissional tende tomar as decisões no lugar do paciente. Isto está sendo substituído, ainda que gradativamente, por uma relação dialógica entre as partes. (Schulman, 2021, p. 45).

Destaca Vitor Almeida, (2021, p. 47).

> O respeito aos pacientes e a sua vontade é o fundamento legitimador da exigência do consentimento submetido às práticas, procedimentos, intervenções médicas. Dessa forma, com a existência, sob o prisma bioético, da primazia do princípio do respeito à autonomia do paciente envolvido numa intervenção clínica, afirma-se que a pessoa tem competência e direito à escolha autônoma, devendo-se, ao menos, se considerar, na díade médico-paciente, a decisão como compartilhada.

Passada esta análise, cumpre ressaltar que, conforme elucidado sobre os pressupostos do profissional da medicina, tamanha é a importância do firmamento do TCLE nos procedimentos estéticos de resultado, que se transforma em obrigação para a segurança do médico tanto quanto para o seu paciente. Isso decorre do entendimento majoritário do Tribunal de Justiça bem como doutrinário, quais aludem que a falta do dever de informação, ou a mera insuficiência deste, preconiza a responsabilização do médico.

Para evitar tautologia, o ponto nodal desta abordagem é que, no âmbito das cirurgias estéticas, é imprescindível que estejam previstas as possibilidades quais podem resultar a intervenção cirúrgica, devendo prever, igualmente, as especificidades de cada caso trabalhado. Entretanto, não basta somente a informação genérica dos riscos ou procedimento, é incumbido ao profissional a máxima adequação da linguagem técnica para que seja claramente compreendido, observando-se a idade do paciente, a capacidade cognitiva, maturidade, entre outros. (Schulman, 2021, p. 45).

Isso demonstra que, ao se deparar com um resultado não esperado em procedimentos estéticos, esse elemento pode ser fundamental para a segurança jurídica do profissional, tanto pelo fato de versar acerca de condições supervenientes à cirurgia, como o surgimento e extensões de cicatrizes, tanto quanto dos cuidados pré e pós-operatórios. O paciente, ao demonstrar sua vontade e anuência no firmamento do termo de consentimento, demonstra

estar ciente das circunstâncias as quais se submeterá, bem como da previsão de cirurgia complementar caso se faça necessário.

Como se verifica no interessante caso da apelação cível nº 5000085-41.2013.8.21.0047/RS já abordada nesta pesquisa, qual trata de cirurgia plástica embelezadora de lipoaspiração, abdominoplastia e mamoplastia. No feito, a paciente refere que não ficara satisfeita com a forma e tamanho de seus seios, tampouco com as cicatrizes emanadas deste e da lipoaspiração realizada. O profissional alertou que com o passar do tempo tais aspectos melhorariam, porém, após muita insistência da paciente, concordou na realização de nova intervenção, firmando novo TCLE para corrigir as irregularidades do abdômen e das costas; reduzir as mamas em cerca de 30%, substituindo as próteses em tamanho menor, entre outras.

Após a realização de nova cirurgia, a pretensão da paciente ainda não fora alcançada, momento o qual agendou consultas as quais não compareceu. Após conversa entre as partes, ficou combinada a nova troca das próteses de silicone às expensas da paciente, bem como o retoque da lipoaspiração e a retirada de pele supra-umbilical na cicatriz da mamoplastia sem custo.

Realizadas as cirurgias, foram constatados diversas atitudes contrárias ao TCLE firmado. A paciente não estava fazendo o uso de modeladores, bem como não compareceu para retirada dos pontos, os quais informou que haviam sido retirados por outro profissional.

No tocante a segunda cirurgia, o profissional alegou que teve que retirar mais pele das mamas, o que justificaria o aumento das alegadas cicatrizes, e a insatisfação da autora quanto ao resultado, muito se deve ao fato de ter se eximido dos seus deveres e cuidados pós-operatórios.

Após este intróito cumpre destacar que o desembargador relator do caso não conheceu do recurso da paciente, pela não constatação de erro médico, bem como pela ciência da paciente sobre eminentes peculiaridades supervenientes do seu caso. Ademais, segundo o relator, o dever de informação do profissional se cumpriu com o firmamento dos termos de consentimento.

Ante o narrado, conclui-se que a autonomia privada do paciente, ao passo que consentida com os riscos inerentes ao procedimento estético de resultado através do TCLE, é uma ferramenta de extrema importância, ainda que auxiliar, e assim se torna na medida que sozinha não é capaz de eximir o médico de sua responsabilidade para com o seu assistido, haja vista

que ainda precisa agir em conformidade com as prerrogativas estabelecidas pelos ditames médicos.

Contudo, o caso exposto reforça a tese de previsão dos riscos, ainda que no TCLE, como segurança jurídica, pois ainda que o profissional agisse de forma correta, e não informasse o seu paciente dos riscos que a nova cirurgia pudesse ocasionar, muito provavelmente estaríamos diante de outro tipo de decisão pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

4 Considerações finais

O tema abordado na presente pesquisa, conforme demonstrado, gera grande debate entre a doutrina e a jurisprudência em decorrência de sua tamanha complexidade e diversidade de interpretações. Este vem sendo amplamente discutido em razão de se tratar de um assunto hodierno, em extrema crescente nos últimos anos. Torna-se imperiosa a análise detalhada para fins de informação aos profissionais atuantes na área de cirurgias estéticas, para que a partir disto, seja possível uma mitigação dos riscos os quais permeiam esta ceara de procedimentos.

Dada a complexidade e relevância da previsibilidade contratual dos riscos nos procedimentos estéticos e a obrigação de resultado médico: parâmetros e limites para uma correta previsão contratual dos riscos, busca-se elucidar as atitudes pré e pós-operatórias corretas a serem tomadas pelo médico.

Diante a problemática abordada, foram levantadas três hipóteses centrais a servirem de alicerce a pesquisa realizada, a saber; o médico não pode ser responsabilizado pelo resultado não esperado pelo paciente quando houver previsibilidade contratual apontando especificidades do caso em questão; o profissional não é amparado em relação aos riscos do contrato de prestação de serviços, uma vez que por ser tratar de procedimento com finalidade puramente estética exerce obrigação de resultado e, desse modo, deve arcar quando diante de resultado insatisfatório da cirurgia estética, com presunção relativa de sua culpa; e por fim, o profissional pode ser isento de responsabilização quando os riscos contratuais estipulados no contrato e dependentes exclusivamente do zelo do próprio paciente não forem observados.

Com base na pesquisa realizada, passemos à análise da primeira hipótese abordada, qual seja, a impossibilidade de responsabilização do profissional pelo resultado não esperado diante de preliminar abordagem do caso específico. Pode-se concluir que esta é aceita em partes, haja vista

que a previsibilidade dos riscos pelo médico e o firmamento do TCLE são de imprescindível valor para que seja cumprido o dever de informação pelo profissional, e como outrora demonstrado, a não verificação da informação sobre o caso específico do paciente enseja a responsabilização do profissional. Contudo, somente a previsibilidade dos riscos não exime o médico de sua responsabilidade de agir conforme os parâmetros esperados da cirurgia realizada, mas ainda contribui para a mitigação desta em caso de não verificação de erro médico.

Já na hipótese que trata sobre a impossibilidade de amparo do profissional pelos riscos do contrato de prestação de serviços, visto se tratar de procedimento estético com obrigação de resultado, conclui-se que deve ser rechaçada, sustentando-se pelo fato de que, conforme demonstrado, para ser verificada a responsabilidade do profissional devem estar presentes os pressupostos ao dever de indenizar, qual sejam; conduta negligente, imprudente ou imperita do médico. Em não se verificando essas premissas, não há como configurar erro médico.

Ademais, o paciente, ao anuir com o termo de consentimento e suas disposições, igualmente possui obrigações para o resultado útil do procedimento contratado, ainda que a jurisprudência não seja específica ao tratar sobre a responsabilidade do contratante, o que se pode verificar nas decisões abordadas no capítulo 3.1, as quais eximem o profissional da medicina da responsabilidade onde o paciente não anuiu para essa finalidade.

Logo, o médico pode sim ser isento de responsabilização quando se verificar no caso concreto que não houve conduta negligente, imprudente ou imperita, bem como de atitudes não corroborativas do paciente. Cabe abordar que há uma linha, ainda que tênue, do aceitável ou não em procedimentos estéticos, e a sua verificação observará o resultado esperado do procedimento concomitantemente às especificidades do caso em questão, devendo estar previamente acordado no termo de consentimento.

A terceira e última hipótese, fundamentada no sentido de que o profissional pode ser eximido da responsabilidade inerente aos riscos contratuais estipulados no contrato uma vez não observado zelo dependente do próprio paciente foi parcialmente aceita. Conforme exposto no capítulo 2.1 e 2.2, o resultado danoso obtido devidamente comprovado e emergente de descumprimentos às recomendações de cuidados e orientações estipuladas em contrato e TCLE ao paciente incumbidas corroboram para a não responsabilização do profissional da medicina haja vista não estarem ao seu controle.

Em suma, a hipótese em questão é parcialmente aceita em razão da incumbência do profissional provar que procedeu dentro dos limites esperados para a realização do procedimento ou então que prove a causa externa a qual se deu o resultado não esperado. Mais uma vez prova-se a importância do firmamento do termo com as especificações e orientações de cuidados a serem tomados pelo assistido antes, durante e depois da cirurgia, bem como o acompanhamento de cada caso e a sua evolução, para que assim se possa evidenciar de maneira contundente e embasada os atos médicos e os cuidados do seu contratante.

Por derradeiro, conclui-se que tão importante quanto o dever de informação do TCLE, são as provas produzidas do acompanhamento ao paciente, qual seja, prontuário, fotos de sua evolução, bem como a anamnese, uma vez que demonstram as condições do mesmo antes de ser submetido à cirurgia, de forma a embasar e fomentar o disposto no termo de consentimento.

Referências

Aesthetic Medicine Market Size, Share & Trends Analysis Report By Procedure Type (Invasive Procedures, Non-invasive Procedures), By Region (North America, Asia Pacific, Europe), And Segment Forecasts, 2024 - 2030. Disponível em: https://www.grandviewresearch.com/industry-analysis/medical-aesthetics-market. Acesso em: 14 de agosto de 2024.

BEIER, Mônica. **Revista médica de Minas Gerais**, 2010. Disponível em: https://encurtador.com.br/134pP. Acesso em: 22 out. 2024.

BOLESINA, Iuri. **Responsabilidade Civil**. Erechim: Deviant, 2019.

BORTOLOTI, J. C. K.; PAVOSKI, G.; VESOLOSKI, S. P. **O direito fundamental social à saúde como qualidade de vida: a experiência da Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares.** Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, v. 35, n. 159, p. 51–68, 2024. Disponível em: https://revista.trf3.jus.br/index.php/rtrf3/article/view/501. Acesso em: 14 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. **Código de Ética Médica**: Resolução CFM n° 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM n° 2.222/2018 e

2.226/2019. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil** - Volume Único. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2022.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

GODINHO, Adriano Marteleto; DANTAS, Eduardo; SCHULMAN, Gabriel; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Responsabilidade civil e medicina**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.

MOSTARDEIRO, L. R.; JUREMA, H. G. de M.; PITOL, G.; CUNHA, A. F. da; MENEZES, L. O. de. **Cirurgia plástica reparadora: uma análise do Sistema Único de Saúde**. Saúde (Santa Maria), v. 49, n. 2, p. e45229, 2024. DOI: 10.5902/2236583445229. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/revistasaude/article/view/45229. Acesso em: 14 ago. 2024.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil**: contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2024.

TJRS, Décima Câmara Cível, **apelação cível nº 5031850-37.2014.8.21.0001/RS**, Relator: Marcelo Cezar Mulle. Julgado em 28/09/2023.

TJRS, Nona Câmara Cível, **apelação cível nº 5000085-41.2013.8.21.0047/RS**, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 27/09/2023.

TJRS, Nona Câmara Cível, **apelação cível nº 5020157-56.2014.8.21.0001/RS,** relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 25/08/2021.

TJRS, Nona Câmara Cível, **apelação cível nº 5045703-40.2019.8.21.0001/RS,** relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em 09/12/2021.

TJRS, Nona Câmara Cível, **apelação cível nº 70066215864**, relator: Eugênio Facchini Neto. Julgada em 16/09/2015.

TJRS, Quinta Câmara Cível, **apelação cível nº 70065261067**, relator: Jorge André Pereira Gailhard. Julgado em 28/09/2016.

TJRS, Quinta Câmara Cível, **apelação cível nº 70077065811**, relator: Jorge André Pereira Gailhard. Julgado em 25/04/2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação CFM nº 01/2016: recomendações aos médicos sobre sua atuação em redes sociais e aplicativos de mensagens. Brasília: CFM, 2016. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/RecomendacaoCFM1_2016.pdf. Acesso em: 15 abr. 2025.

Capítulo 30

A ATUAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL NO ENFRENTAMENTO AO FEMINICÍDIO: EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS E DESAFIOS NO PROCESSO JUDICIAL

Ana Claudia da Silva Melo do Nascimento[1]
Mara Aparecida Costa Sousa Monteiro[2]

1 Introdução

O feminicídio, enquanto um fenômeno de violência extrema contra as mulheres, tem se tornado um dos principais temas no âmbito do direito penal e processual penal no Brasil. A sua tipificação como um crime hediondo, por meio da Lei nº 13.104/2015, representa um marco jurídico importante no enfrentamento da violência de gênero e, ao mesmo tempo, um reflexo das crescentes demandas da sociedade por um sistema de justiça mais eficiente e sensível às questões de desigualdade entre homens e mulheres. A temática do feminicídio, portanto, é fundamental para o direito atual, pois evidencia a necessidade de uma abordagem específica e contundente para proteger as mulheres vítimas de violência.

Discutir o feminicídio no contexto jurídico é imprescindível, pois envolve não apenas a punição dos agressores, mas também a garantia de que a justiça seja célere e efetiva na proteção das vítimas, evitando que o crime se repita ou leve à morte. A introdução dessa figura jurídica específica no Código Penal Brasileiro reforça a necessidade de um processo penal mais atento às questões de gênero, refletindo um compromisso do legislador com a dignidade e segurança da mulher. A importância de falar sobre feminicídio, portanto, vai além da mera tipificação, pois envolve a construção de um sistema de justiça mais justo e protetivo para as mulheres.

A Lei nº 13.104/2015, que alterou o Código Penal para incluir o feminicídio como qualificadora do homicídio, foi um passo essencial

1 Mestranda em Criminologia; Perita Grafodocumentoscópica TJSP. E-mail: anamelo.diligencias@gmail.com
2 Mestranda em Criminologia; Advogada inscrita na OAB/MG 213788. E-mail: dramaramonteiro@gmail.com

no fortalecimento do combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Ela surge como resposta à crescente demanda social por medidas mais rigorosas diante da violência de gênero, que se manifesta não apenas em agressões físicas, mas também em agressões psicológicas, morais e patrimoniais. A implementação dessa lei é um reflexo da luta por uma sociedade mais equitativa, em que o respeito aos direitos das mulheres seja garantido e as práticas violentas sejam punidas com a severidade necessária.

Com o artigo que aqui se propõe, busca-se refletir sobre os impactos dessa tipificação no Direito Processual Penal e na efetividade da justiça, discutindo como as medidas protetivas e o tratamento das vítimas de feminicídio têm sido aplicados na prática judicial. O objetivo é analisar criticamente a aplicação da lei e os desafios encontrados, a fim de contribuir para o aprimoramento do sistema jurídico no combate a esse tipo de violência. Queremos, assim, entender até que ponto o Direito Processual Penal tem sido eficaz na prevenção e punição do feminicídio, e quais medidas podem ser adotadas para garantir uma resposta mais célere e justa às vítimas.

2 O feminicídio e a necessidade de medidas específicas no processo penal

O feminicídio, como qualificador do homicídio, foi introduzido no Código Penal pela Lei nº 13.104/2015, sendo considerado uma forma de violência extrema contra a mulher, motivada por desigualdade de gênero. A tipificação específica do feminicídio revela a necessidade de um tratamento mais rigoroso para crimes cometidos contra as mulheres, visando coibir a violência baseada em relações de poder desiguais. Segundo Cunha (2020), a tipificação é fundamental, pois "dá visibilidade ao fenômeno da violência de gênero e assegura uma resposta penal mais condizente com a gravidade do crime". Contudo, a efetividade dessa tipificação depende da atuação eficiente do Direito Processual Penal na coleta de provas e na condução dos processos judiciais, o que muitas vezes é comprometido pela falta de recursos ou de preparo especializado nas delegacias e tribunais.

Além disso, a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), ao estabelecer medidas protetivas de urgência, proporciona um mecanismo importante para interromper a violência contra a mulher e evitar o feminicídio. No entanto, a aplicação dessas medidas nem sempre se revela eficaz. De acordo com Lima (2021), "a efetividade das medidas protetivas está diretamente ligada à capacidade do sistema judicial em implementá-las de forma rápida e eficiente, o que muitas vezes esbarra na morosidade processual e na falta de

estrutura das delegacias especializadas". O sistema processual penal, ao lidar com a violência doméstica e o feminicídio, precisa garantir não apenas a punição, mas também a proteção das vítimas, criando um ambiente seguro para que possam depor e buscar a justiça.

Um dos maiores desafios no combate ao feminicídio no âmbito do Direito Processual Penal é a resistência cultural e a naturalização da violência doméstica. Para Silva (2022), "muitos profissionais do sistema de justiça, incluindo policiais e juízes, ainda enxergam o feminicídio como um crime isolado, desconsiderando seu caráter estrutural e sistêmico". A formação inadequada dos operadores do direito e a falta de sensibilização para as questões de gênero podem comprometer a efetividade da resposta judicial, desde a fase de investigação até o julgamento do caso. A falta de um treinamento especializado para lidar com as vítimas de violência doméstica também contribui para a revitimização e para a lentidão nos processos, aspectos que são diretamente relacionados à demora na aplicação das medidas protetivas.

Em muitos casos, as medidas protetivas de urgência, embora previstas em lei, não são aplicadas de forma eficaz. A violência psicológica, que muitas vezes precede o feminicídio, é mais difícil de ser identificada e comprovada no processo penal, dificultando a adoção de medidas protetivas imediatas. Segundo Araújo (2023), "a dificuldade em comprovar os efeitos da violência psicológica e a relutância das vítimas em denunciar o agressor são obstáculos que retardam a implementação das medidas protetivas, expondo as mulheres ao risco iminente de feminicídio". A Lei Maria da Penha prevê uma série de medidas, como o afastamento do agressor, mas estas dependem da efetividade do sistema processual penal para garantir sua execução.

As medidas protetivas de urgência são uma das principais ferramentas para evitar a repetição da violência e, por conseguinte, o feminicídio. Entretanto, conforme destacado por Freitas (2020), "a aplicação dessas medidas muitas vezes não é acompanhada de um monitoramento adequado, o que enfraquece sua eficácia". O afastamento do agressor, por exemplo, é uma medida que depende da fiscalização e do acompanhamento de sua efetividade, sendo uma das principais dificuldades encontradas no processo judicial. A falta de recursos adequados, como equipes especializadas ou unidades de monitoramento, dificulta a plena aplicação dessas medidas.

Ainda assim, é importante destacar que, apesar das dificuldades, há avanços significativos no campo processual penal. Para Costa (2022), "a ampliação das possibilidades de medidas protetivas e o reforço da sua

aplicação, especialmente no âmbito das varas especializadas, contribuem para uma resposta mais célere e assertiva do sistema judicial". As varas especializadas, quando bem estruturadas, podem representar um avanço importante na forma como os processos de feminicídio são conduzidos, proporcionando uma resposta mais rápida e com maior sensibilidade às necessidades das vítimas.

2.1 A morosidade judicial e os desafios da efetividade processual no feminicídio

Um dos maiores obstáculos no enfrentamento do feminicídio é a morosidade processual, que frequentemente retarda a punição dos agressores e a aplicação das medidas protetivas. Como aponta Andrade (2021), "a demora na análise e decisão dos pedidos de medidas protetivas pode ser fatal, principalmente quando há risco iminente de feminicídio". A lentidão nos processos judiciais, a escassez de recursos e a sobrecarga do sistema judiciário prejudicam a celeridade da justiça, expondo as mulheres a situações de vulnerabilidade prolongada. A morosidade do sistema é um reflexo de uma estrutura deficiente, que ainda carece de investimentos em capacitação e agilidade no atendimento dos casos.

Além disso, a falta de articulação eficiente entre as esferas de proteção — como a polícia, os tribunais e os serviços sociais — compromete a eficácia das medidas protetivas. Segundo Almeida (2020), "é preciso uma integração mais eficiente entre as instituições para garantir que as medidas protetivas sejam cumpridas de forma integral e eficaz". Essa integração inclui não apenas o monitoramento constante da situação da vítima, mas também a atuação rápida diante de qualquer violação das ordens de proteção, a fim de evitar o agravamento da violência e, em casos extremos, o feminicídio.

Nos últimos anos, diversas mudanças legislativas foram implementadas para melhorar o tratamento das vítimas de violência doméstica, como a Lei nº 13.104/2015, que tipifica o feminicídio como um crime hediondo. Contudo, a implementação dessas normas ainda encontra resistências, principalmente devido a limitações estruturais no sistema de justiça. De acordo com Soares (2022), "a alteração no Código Penal foi um avanço importante, mas sua aplicação plena depende de um sistema judicial que compreenda a gravidade do feminicídio e tenha condições de tratá-lo com a seriedade que o caso exige". A falta de infraestrutura, como a escassez de delegacias especializadas, dificulta a implementação eficaz dessas normas e compromete a resposta do Estado.

Além da resistência estrutural, outro desafio significativo no combate ao feminicídio é a falta de recursos adequados, como pessoal treinado e tecnologias apropriadas para monitorar as medidas protetivas. Essas lacunas afetam diretamente a efetividade das leis criadas para proteger as mulheres. Segundo Almeida (2020), "a implementação de políticas públicas para o enfrentamento da violência de gênero precisa ser acompanhada de investimentos contínuos em infraestrutura e capacitação

dos profissionais da área». Sem esses investimentos, o risco de falhas no cumprimento das medidas protetivas aumenta consideravelmente.

Outro ponto crítico que precisa ser abordado é a necessidade de uma mudança cultural dentro do sistema jurídico. Como destaca Santos (2021), "a efetividade da legislação não se dá apenas pela criação de normas mais severas, mas pela mudança na percepção dos operadores do direito sobre a gravidade das violências de gênero". A conscientização dos operadores do direito sobre as especificidades e as consequências do feminicídio é fundamental para que as leis sejam aplicadas com a seriedade necessária para prevenir esses crimes e garantir a proteção das vítimas.

Portanto, o enfrentamento do feminicídio requer uma abordagem holística que envolva não apenas a criação de leis mais rigorosas, mas também a transformação da cultura jurídica e o fortalecimento das instituições responsáveis pela aplicação da justiça. A mudança de mentalidade, a capacitação dos profissionais do sistema judiciário e o investimento em infraestrutura são essenciais para garantir que as medidas protetivas sejam eficazes e que a resposta do Estado à violência contra a mulher seja realmente eficaz e célere.

Finalmente, a implementação bem-sucedida das medidas protetivas e a punição eficiente dos agressores dependem de um sistema judiciário integrado e comprometido com a proteção dos direitos das mulheres. A aplicação integral da Lei Maria da Penha e a tipificação do feminicídio são apenas o primeiro passo. O maior desafio é garantir que essas leis não sejam apenas um texto na legislação, mas que se traduzam em ações concretas que, de fato, promovam a justiça e a segurança para as mulheres em situação de risco.

3 Considerações finais

O combate ao feminicídio no Brasil depende de uma atuação efetiva do Direito Processual Penal, com foco na proteção da vítima e na punição do agressor. As medidas protetivas de urgência, previstas pela Lei Maria da

Penha, representam um avanço importante, mas sua eficácia é constantemente comprometida pela morosidade do processo judicial e pela falta de recursos adequados para sua implementação. Para garantir a segurança das mulheres e evitar o feminicídio, é necessário aprimorar o sistema judicial, incluindo a capacitação dos profissionais envolvidos no processo penal e a criação de infraestrutura para monitoramento das medidas protetivas.

Além disso, a tipificação do feminicídio e a criação de varas especializadas são passos importantes para garantir uma resposta mais rápida e eficiente. Contudo, a mudança cultural dentro do sistema de justiça é essencial para que a legislação tenha o impacto desejado. É preciso que os operadores do direito compreendam a magnitude do feminicídio e a complexidade das relações de violência doméstica para que as medidas protetivas sejam implementadas de forma ágil e eficaz.

Por fim, é imprescindível que o sistema de justiça não apenas busque a punição dos agressores, mas também ofereça suporte integral às vítimas, com uma abordagem sensível à realidade de cada caso. A efetividade das medidas protetivas depende de uma atuação integrada entre as diferentes instituições responsáveis pela proteção da mulher, incluindo a polícia, o judiciário e os serviços de apoio social. Portanto, o enfrentamento ao feminicídio no Brasil requer um esforço conjunto e contínuo das autoridades e da sociedade para garantir que as vítimas de violência doméstica possam viver sem medo e com a proteção que lhes é devida.

Referências

ALMEIDA, Júlia. **Integração Institucional na Proteção às Mulheres.** 2020.

ANDRADE, Felipe. **A Morosidade Judicial no Enfrentamento ao Feminicídio.** 2021.

ARAÚJO, Maria Clara. **O Impacto da Lei Maria da Penha no Sistema de Justiça Penal.** 2023.

COSTA, Luís. **Feminicídio e Processo Penal: Desafios e Propostas.** 2022.

CUNHA, André. **Feminicídio:** Análise da Tipificação Penal e suas Implicações. 2020.

FREITAS, Sérgio. **Medidas Protetivas e a Efetividade no Combate à Violência Doméstica.** 2020.

GOMES, João. **Direito Penal e Processual Penal no Combate à Violência de Gênero.** 2022.

MARTINS, Patrícia. **A Atuação das Varas Especializadas no Combate ao Feminicídio.** 2021.

LIMA, Renata. **Violência de Gênero e o Processo Penal.** 2021.

SOARES, Carolina. **Avanços Legislativos no Combate ao Feminicídio.** 2022.

SANTOS, José. **Mudança Cultural no Sistema de Justiça:** O Feminicídio como Prioridade. 2021.

Capítulo 31

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO NOVO CPC: INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Ian Haroldo Silva Miranda
Luís Miguel Afonso Gonçalves

1 Introdução

Compreende-se, inicialmente que, com o advento do Código Processual Civil de 2015, inúmeros instrumentos processuais de grande relevo foram apresentados e tornaram-se passíveis de aplicação no âmbito jurídico moderno. Dentre tais inovações, tem-se a denominada "estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente".

Embora se trate de um mecanismo inovador perante a seara processualista hodierna, diversos doutrinadores e juristas questionam os elementos precípuos que são ligados ao referido instituto, ou seja, os prazos para cessar a estabilização, os recursos que podem ser interpostos e outros caracteres de grande relevo. Dentro dessa celeuma, infere-se: a estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente contribui para o acesso à justiça e para a concessão da prestação jurisdicional de forma efetiva? Para responder à tal indagação, tem-se a visão de juristas, estudiosos e processualistas do âmbito cível e processual civil.

Para cumprimento dos objetivos específicos, realiza-se uma análise acerca do instituto da tutela jurisdicional, uma diferenciação entre tutela provisória e definitiva, trata-se sobre as técnicas de cognição sumária ou exauriente e, ademais, pondera-se sobre a tutela provisória em caráter antecedente.

De forma mais específica, vislumbra-se no capítulo principal os questionamentos de maior relevo que são feitos por doutrinadores e juristas acerca da estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente.

Por intermédio da conclusão, são retomados os principais argumentos expostos pela pesquisa e a visão pessoal do discente acerca da temática em comento.

Com relação à metodologia adotada, enfatiza-se a utilização de mecanismos bibliográficos, doutrinários e jurisprudenciais, haja vista que se trata de um tema predominantemente teórico, ou seja, que se distancia do âmbito prático e das pesquisas de campo.

2 O instituto da tutela jurisdicional: análise conceitual e elementos basilares

Compreende-se, inicialmente, que a denominada "tutela jurisdicional" possui origens ligadas ao contexto do liberalismo capitalista, predominante no século XIX. Nesse esteio, tem-se que a sua função precípua constituía em afirmar o papel desenvolvido pelo ente público e seus representantes, qual seja, o de aplicar o direito à hipótese apresentada, sem quaisquer traços de interpretações:

> A ciência do direito processual tem origem no contexto do liberalismo capitalista, em meados do século XIX. Sua função era afirmar o papel dos Estados países que estavam se consolidando e, consequentemente, confiar a jurisdição aos juízes. Estes nada mais eram que braços dos governantes, devendo apenas aplicar o direito à hipótese, sem interpretá-lo. [...] até o presente, a segurança e a certeza do direito são buscadas pelo processo civil: mais do que no século XIX, essa busca é ainda mais premente, pois o Poder Judiciário atende não apenas os interesses da burguesia, que hoje equivaleria ao empresário, mas também ao interesse de milhares de cidadãos que lhe recorrem diariamente (SILVA, 2018, p. 23).

No contexto avençado, tem-se que no passado, os cidadãos que possuíam conflitos sociais poderiam se valer de mecanismos próprios para resolução de tais questões, denominando-se tal instituto como "autotutela". Contudo, com o passar dos anos e a partir da nítida evolução social e jurídica, o mencionado instituto tornou-se incompatível com os valores, direitos e garantias, sendo vedada a sua prática. Desse modo, tem-se que o Estado pegou para si o ônus de resolver os conflitos e impasses existentes entre os jurisdicionados.

Desse modo, segundo Delgado (2020), a ação judicial, hodiernamente constitui-se como um instrumento capaz de provocar o ente público, para que esse atue no âmbito do conflito de interesses dos jurisdicionados e, consequentemente, se efetiva por intermédio da tutela ao fim do processo.

A tutela jurisdicional, portanto, trata-se da própria atividade desenvolvida e dos resultados obtidos:

> A tutela jurisdicional está relacionada com o da atividade propriamente dita de atuar a jurisdição e com o de resultado dessa atividade. Prestar tutela jurisdicional, ou, para usar a linguagem constitucional, apreciar as lesões ou ameaças a direitos, significa, em última análise, formular juízo sobre a existência dos direitos reclamados e, mais que isso, impor medidas necessárias à manutenção ou reparação dos direitos reconhecidos (ZAVASCKI, 2009, p. 06).

É importante ressaltar que a se perfaz do próprio direito atinente às partes, seja ele de natureza fundamental, penal, trabalhista, civilista, dentre outras. Ademais, compreende-se que, uma vez que a tutela jurisdicional é desempenhada em prol dos cidadãos, mister que ela seja realizada pelo próprio Estado, que será o responsável pela análise da demanda, por um julgamento imparcial e equânime, em consonância com o conteúdo previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Magna Carta de 1988, *in verbis:*

> 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:
>
> […] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...] (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo âmbito de análise, tem-se que a doutrina moderna divide o instituto da tutela em definitiva e provisória, sendo necessária uma breve análise das diferenças precípuas entre as modalidades em comento.

2.1 Tutela provisória e definitiva: principais diferenças

Segundo o entendimento de Didier, Braga e Oliveira (2017), a "tutela" constitui-se como um instrumento de proteção, de guarda ao direito de alguém. Nesse prumo, observa-se que a mencionada tutela pode ser concedida em momentos processuais distintos, sendo classificada como definitiva ou provisória:

> A tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz pode ser definitiva ou provisória [...] a tutela definitiva é aquela obtida com base em cognição exauriente, com profundo debate acerca do objeto da decisão, garantindo-se o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. É predisposta a produzir resultados imutáveis, cristalizados pela coisa julgada (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 647).

Com subsídio no contexto exposto, compreende-se que a tutela jurisdicional definitiva se trata de um procedimento mais apurado, com profunda análise e observância dos princípios processuais hodiernos (como por exemplo, o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa) (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2017).

De outro modo, tem-se a denominada "tutela jurisdicional provisória", que, segundo Didier, Braga e Oliveira (2017) consiste em uma medida temporária, ou seja, que pode ser modificada a qualquer tempo, por intermédio da denominada "decisão interlocutória" (decisão tomada pelo magistrado ao longo do processo).

2.2 Técnicas de cognição sumária ou exauriente: elementos preponderantes

Com relação às técnicas que podem ser aplicadas em âmbito de uma tutela, tem-se que tal diferenciação é necessária para fins de compreensão da questão da estabilização em face da formação de coisa julgada, aplicando-se em casos de tutela provisória de urgência antecipada.

Nesse aspecto, segundo Neves (2017), o pedido de tutela antecipada pode ocorrer em momentos processuais distintos, ou seja, poderá ser requerido no início do feito ou durante o trâmite processual. Dessa forma, tem-se da denominada "técnica de cognição sumária" e a "técnica de cognição exauriente".

Consoante preleciona Figueiredo (2016), a cognição exauriente necessita de uma concretização ampla do contraditório, ou seja, tem-se nesse momento um processo em que as partes já discutiram todos os pormenores que envolvem à lide e produziram as provas precípuas para fins de comprovação daquele direito. Ademais, nesse momento processual, o magistrado já poderá analisar o feito de uma forma mais aprofundada, possibilitando o alcance de uma decisão mais acertada e satisfatória:

> A cognição exauriente pressupõe a completa realização prévia do contraditório e por isso se permite às partes a ampla discussão da causa e produção das provas, com o que, consequentemente, o juiz, na decisão final, pode promover aprofundado, mediante o pleno debate processual, exame dos fatos, permitindo à decisão maior perspectiva de acerto quanto à solução do mérito, desaguando-se na imutabilidade da solução pela formação da coisa julgada. (FIGUEIREDO, 2016, p. 247)

Tem-se, segundo Figueiredo (2016) que a cognição sumária, diferentemente da cognição exauriente, é concedida em um momento

mais recente daquele processo, ou seja, quando ainda não se tem uma ideia concreta acerca do contraditório, do acervo probatório formado pelos litigantes. Trata-se, sobremodo, de uma forma de simplificar e acelerar a prestação jurisdicional, sem, contudo, aprofundar-se nos pormenores processuais e nos direitos ali discutidos.

2.3 A tutela provisória em caráter antecedente: breves considerações

Compreende-se, nesse sentido, que a denominada "tutela provisória em caráter antecedente" constitui-se como toda ação proposta de forma urgente, antes que se tenha uma apreciação mais apurada pelo julgador. Dessa forma, por intermédio desse instrumento, o juiz poderá deferir de forma antecipada os pedidos realizados pelo autor, principalmente nos casos em que ao se aguardar pela sentença, poderá ocasionar em um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (NEVES, 2017). Tem-se, sobremodo, uma forma de proporcionar a imediata realização da prestação jurisdicional. Acerca desse assunto, prelecionam Braga, Didier Júnior e Oliveira que: "a tutela de urgência satisfativa (antecipada) antecedente é aquela requerida dentro do processo em que se pretende pedir a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos, mas antes da formulação do pedido de tutela final".

Além dos elementos supracitados, Dias (2018) ressalta que o instituto em comento "trata-se de uma inovação do novo sistema legal. Anteriormente existiam apenas pedidos satisfativos incidentais que, portanto, eram formulados no corpo da petição inicial" (DIAS, 2018, p. 119). Nesse esteio, tem-se que o artigo 303 previsto no Código de Processo Civil, prevê que o autor, diante da urgência imposta, protocole uma petição inicial, indique o pedido de tutela definitiva, o direito pelo qual se objetiva a ação, o perigo do dano ou do risco ao resultado útil do processo, além do valor da causa e dos demais elementos precípuos:

> Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo [...] (BRASIL, 2015).

Segundo preleciona Dias (2018), no âmbito de uma tutela antecedente, jamais existirá um processo autônomo para apuração de tal pedido. Caso o magistrado compreenda que faltam elementos necessários à configuração da peça inicial, poderá determinar que seja emendada a

inicial, para fins de nova análise. Desse modo, os autos seguirão por um procedimento comum.

É importante destacar também que, caso o magistrado compreenda que existem elementos necessários para configuração e concessão da tutela antecipada, a medida será deferida e o autor terá um prazo de 15 dias ou mais para aditar a peça inicial. Contudo, caso não o faça, o processo será extinto sem qualquer análise do mérito, em consonância com o artigo 303, §2º do CPC.

No contexto apresentado, aduz Dinamarco (2017) que o autor, durante o prazo para complemento da petição inicial, poderá confirmar o pedido de tutela definitivo e reforçar os argumentos de plausibilidade de direito, para que se tenha o deferimento do pedido principal. Dessa forma, terá uma nova possibilidade de juntar aos autos todo o acervo probatório que já existia antes do pedido antecedente e que não fora juntado em um momento oportuno. Diante disso, Dinamarco (2017) considera que o direito de concessão de uma tutela antecipada em caráter antecedente depende da existência dos requisitos básicos de tal medida e, sobremodo, da possibilidade de existência do direito pleiteado e do notável risco de perecimento desse direito, ao longo do trâmite processual.

3 A estabilização da tutela antecipada e o código processual civil vigente

É sabido que, consoante Paim (2022), no mundo jurídico sempre há uma busca pela atenuação dos fatídicos efeitos ocasionados ao bem jurídico ou à prestação jurisdicional com o decorrer do tempo. Desse modo, vige uma constante procura por mecanismos capazes de conceder uma prestação jurisdicional ou a garantia de um direito de modo célere e efetivo:

> Torna-se imperiosa a busca pela atenuação dos nefastos efeitos do tempo para a concretização do direito material em jogo. A grande dificuldade está em permitir a aceleração procedimental com respeito às garantias fundamentais das partes envolvidas, repartindo-se o ônus do tempo do processo. Há substanciais diferenças entre os muitos conflitos submetidos ao crivo do Poder Judiciário. Assim, por exemplo, a necessidade de um doente terminal ser atendido pelo sistema de saúde não pode ser jamais comparada à demanda pela satisfação de um crédito pecuniário, a demonstrar a inexistência de um tempo único. Ademais, vivemos em uma sociedade de massas, em que os direitos antigamente de mera natureza privada passam a conviver com direitos sociais, coletivos, difusos que "no soportan el transcurso del tempo del processo" (PAIM, 2022, p. 24).

No contexto avençado, observa-se que, com o advento do Código Processual Civil de 2015, diversos elementos processuais inovadores passaram a fazer parte do cotidiano jurídico, principalmente aqueles que viabilizassem uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva. Nesse prumo, dentre tais inovações, tem-se a denominada "estabilização da tutela antecipada", prevista no artigo 304 do diploma legal em comento: "Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art.303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso" (BRASIL, 2015).

Embora se trate de um instituto inovador e de grande importância na seara processual civil brasileira, diversos doutrinadores e juristas brasileiros passaram a questionar sua aplicação em diferentes situações jurídicas vivenciadas pelas partes.

De uma forma geral, vislumbra-se que, nos casos onde o réu, diante de uma decisão que concede tutela antecipada em caráter antecedente, mantém-se inerte, ter-se-á a estabilização dessa medida e, após integralmente efetivada, o processo será finalizado. Diante disso, consoante Wambier (2016), a eficácia da mencionada medida será mantida por tempo indeterminado, sendo passível de alterações apenas por intermédio de uma ação autônoma, que tenha como objetivo a reforma, revisão ou invalidação daquele instrumento, que deverá ser proposta em até dois anos.

Acerca da celeuma em comento, complementa Wambier (2016):

> Exemplificando: concede-se a tutela antecipada antecedente, determinando-se prestação pecuniária mensal de natureza alimentar – e o réu não recorre do provimento antecipatório. Sem que haja nenhuma declaração da existência do direito de alimentos, a ordem de pagamento das prestações periódicas permanecerá em vigor por tempo indeterminado. Para eximir-se do cumprimento de tal comando o réu terá o ônus de promover ação de cognição exauriente e nela obter o reconhecimento da inexistência do dever de prestar alimentos (WAMBIER, 2016, p. 892).

No mesmo sentido, tem-se as ponderações de Medina (2017):

> A decisão que concede a tutela antecipada em caráter antecedente, ainda que tornada estável, não faz coisa julgada material. Não obstante, tal decisão torna-se marcadamente estável quando, ultrapassado o prazo de dois anos, se extingue o direito de ajuizar ação [..] caso não ajuizada a referida ação [..] não conduz que tal pronunciamento faça coisa julgada sobre pedido que antes foi indicado (art. 303, caput do CPC/ 2015) (MEDINA, 2017, p. 365).

Nesse esteio, observa-se que a estabilização pode ser compreendida como: "a estabilização da tutela antecipada é uma generalização da técnica monitória para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida

em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu" (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 685). Ademais, segundo Didier Júnior (2016), existem objetivos inseridos e precípuos para fins de consideração do referido instituto, a saber, o afastamento do perigo da demora por intermédio da tutela de urgência e a concessão dos resultados céleres e efetivos daquele direito pleiteado, mesmo que se esteja diante de uma notável inércia da parte contrária.

No contexto realçado, complementa Bueno (2016) que a tutela antecipada em caráter antecedente, caso seja concedida e não for precedida de nenhum recurso, poderá se tornar estável, conservando seu conteúdo e efeitos enquanto não for revista, reformada ou invalidada:

> Ao disciplinar a "tutela antecipada requerida em caráter antecedente", o art. 304, caput, do novo CPC dispõe que, se a antecipação for concedida, ela "torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso". O processo será extinto, mas, de acordo com o § 2º, "qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada". A decisão antecipatória "conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º" (art. 304, § 3o) e "o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º" (art. 304, § 5º). Sobre a natureza da estabilidade da decisão antecipatória, o § 6º do art. 304 esclarece que "a decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes" (BUENO, 2016, p. 197).

Ademais, o autor supramencionado (BUENO, 2016) preceitua que os objetivos da estabilização consistem em afastar o perigo da demora com a tutela de urgência e oferecer resultados efetivos e imediatos diante da inércia do réu. Trata-se, sobremodo, de se conceder uma prestação jurisdicional célere e efetiva, sem que se tenha que passar por um trâmite processual longo e burocrático.

Consoante Lamy (2018), existem duas circunstâncias para fins de reconhecimento e aplicação da estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente, ou seja, o deferimento da medida e a não interposição de recurso pela parte adversa. Desse modo, uma vez presente os mencionados elementos, não haverá razão para prosseguir com o trâmite processual regular, mesmo que se almeje ver a situação jurídica concedida de forma definitiva. Portanto, uma vez reconhecida a estabilização nessa questão,

somente a propositura de uma nova ação, consoante prevê o artigo 304, § 2º do CPC, poderá ensejar em uma modificação dos resultados vislumbrados:

> Portanto, a única margem dada ao autor no controle da estabilização seria na forma como procedido o pedido de tutela antecipada. Se realizada de forma antecedente, saberia o autor que, independentemente de qualquer outro ato seu, seria viável a estabilização, desde que o réu assim a permitisse, pela não interposição de recurso. Se realizada incidentalmente, mesmo que no momento do pedido inicial, a medida satisfativa continuaria atrelada à decisão final, que lhe confirmasse ou não, deixando de haver a autonomia buscada na estabilização (LAMY, 2018, p. 91).

Nesse sentido, complementa Lamy (2018) que, a única exceção concedida ao autor da demanda, para fins de controle da estabilização, consiste na forma como é formalizado o pedido de tutela antecipada. Nesse esteio, se for realizado de forma antecedente, o autor estará ciente que, para fins de estabilização, será necessário que o réu não interponha nenhum recurso. Caso realizada de forma incidental (durante o trâmite processual), mesmo que durante o início do processo, a medida satisfativa encontra-se vinculada à decisão final, que lhe confirmaria ou não o conteúdo exposto, deixando de existir a autonomia presente no âmbito da estabilização.

Na seara jurisprudencial moderna, o tema em comento também é abordado. Dessa forma, tem-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de análise de um recurso de Agravo de Instrumento, pondera que, para fins de estabilização da medida satisfativa, mister que o autor deixe seu pedido explícito na demanda:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. FORNECIMENTO DE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. INVIABILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA COM BASE NO ART. 303 DO CPC/2015, QUANDO NÃO HOUVER PEDIDO EXPRESSO DA PARTE. IMPOSSIBILIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA.
>
> Tendo em vista que o autor da ação, em sua inicial, não manifestou interesse em se valer do benefício disposto no art. 303, "caput", do CPC/2015, conforme previsão legal contida no art. 303, § 5º, do CPC/2015, é de rigor que seu pedido de tutela de urgência satisfativa em caráter antecedente seja recebido somente nos termos do art. 300, também do CPC/2015. DERAM PROVIMENTO (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70070559612. Relator: desembargador Rui Portanova. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 15 dez. 2016).

Em relação à questão da estabilização da medida satisfativa, observam-se alguns posicionamentos também adotados pela doutrina e jurisprudência

pátria. Nesse esteio, tem-se que tal conteúdo se centra, sobremodo, na técnica empregada e no caráter de urgência ali presente:

> A questão que efetivamente interessa no que tange à antecipação da tutela obtida de forma antecedente é a sua estabilização (art. 304, CPC). Se a antecipação da tutela é concedida [...] a antecipação da tutela tem os seus efeitos estabilizados indefinidamente no tempo, a qual visa a empregar a técnica do contraditório eventual já presente no procedimento monitório com o fim de autonomizar e estabilizar a tutela antecipada fundada na urgência. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO,2017 p. 400).

Acerca dos elementos presentes no atual CPC, relativos à consideração da estabilização da medida em comento, ressalta Lamy (2018) que o referido instrumento deve ter como subsídio o conteúdo previsto na Magna Carta de 1988, possibilitando que sejam discutidas todas as nuances presentes na ação principal. Em outras palavras, tem-se que o autor salienta que a busca pela estabilização deve ser concedida, sem que se tolha o direito de as partes terem uma decisão definitiva:

> Ainda que se entenda que deva ser colocado à disposição do autor um instrumento de continuidade do processo, não é o aludido dispositivo legal que embasaria tal pretensão. Melhor seria uma leitura constitucional do processo, que faça o instituto se amoldar à Constituição, afirmando que a partir do direito de ação impende reconhecer que o autor detém a possibilidade de discutir de forma ampla o direito material posto em jogo e de busca a cognição exauriente, a fim de formar, ao final, a coisa julgada e ver definitivamente resolvida a questão (LAMY, 2018, p. 92).

Desse modo, segundo Lamy (2018) para as partes obterem uma decisão definitiva, ter-se-iam que propor uma nova ação no prazo de dois anos. Ademais, para cessar essa estabilização, mister que o réu interponha um recurso. Tais necessidades, consoante Lamy (2018) vão de encontro com preceitos, princípios e valores constitucionais. Enfatiza-se ainda que a proposição de um recurso deve ser vista como um ônus e não uma obrigação da parte ré, violando, portanto, o direito à ampla defesa.

Acerca desse contexto, tem-se que uma parcela da doutrina e da jurisprudência pátria também coadunam que não existe apenas uma modalidade de recurso para fins de interromper a estabilização da medida satisfativa, mas sim a possibilidade de aplicação de qualquer meio que possa cessar esses efeitos. Tal perspectiva centra-se na possibilidade de resolução da demanda em 1º grau de jurisdição, em uma análise célere e imediata, evitando-se a morosidade do Poder Judiciário

Para fins ilustrativos, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça, em sede de análise de um Recurso Especial, tratou acerca da obrigatoriedade de

interposição de um recurso pela parte ré, para que se evitasse uma possível estabilização da tutela antecipada:

> RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUÍZO DE PRIMEIRO 18 GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU. NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
>
> 1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.
>
> [..]. 4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença. 5. Recurso especial desprovido (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1760966 SP 2018/0145271-6. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 07 dez. 2018).

De forma diversa, tem-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul onde, em sede de análise de um recurso de Apelação, ponderaram que apenas a arguição da parte ré, em preliminar de contestação, já é o bastante para fins de impedimento da estabilização da tutela antecipada:

> APELAÇÃO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO ADMINISTRATIVO. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ESTABILIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELO ENTE ESTATAL QUE IMPÕE O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 304 DO CPC. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.
>
> À luz da instrumentalidade do processo, o conformismo da parte com a decisão que defere a antecipação da tutela em caráter antecedente não se confunde com a ausência de interesse no prosseguimento da demanda e

> seu julgamento de modo exauriente. Assim, ainda que o artigo 304 do CPC disponha que a tutela antecipada não será estabilizada apenas se for interposto o recurso de agravo de instrumento, atribui-se o mesmo efeito à apresentação de contestação. Lição doutrinária. Caso dos autos em que o Estado do Rio Grande do Sul foi citado e ofereceu contestação onde, em preliminar, expressamente pugnou pela não estabilização da tutela antecipada e deduziu defesa de mérito. Por isso, conquanto não interposto o recurso de agravo, não há falar em estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Sentença desconstituída para que a demanda prossiga nos moldes do que dispõe o artigo 303, §1º, I, do CPC. APELO PROVIDO. UNÂNIME (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70075165688. Relator: desembargadora Denise Oliveira Cezar. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 14 dez. 2017).

Diante disso, pode-se vislumbrar que não existem entendimentos uníssonos com relação à medida que o réu poderá tomar, para fins de cessação da estabilização da tutela antecipada. Para fins ilustrativos, observa-se outra decisão proveniente do TJRS, onde tem-se uma aplicação literal do conteúdo presente no artigo 304 do CPC:

> APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. RESSARCIMENTO DE DESPESAS. COBRANÇA DE MATERIAL UTILIZADO EM PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. ABUSIVIDADE RECONHECIDA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL DEVIDA. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA.
>
> Trata-se de recursos de apelação interpostos contra sentença de parcial procedência exarada em ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória por dano moral referente à realização de procedimento cirúrgico. Consoante a exordial, a parte autora sofreu queda da própria altura, sendo encaminhada ao Hospital de Pronto Socorro de Porto Alegre, onde foi diagnosticada com fratura de punho. Referiu ser necessária realização de procedimento cirúrgico, o qual fora agendado. Sustentou ter sido autorizado o pagamento de somente 30% dos custos referentes ao procedimento. Requereu a condenação da ré para que procedesse à realização da cirurgia, sob pena de multa diária, bem como a condenação pelo dano moral suportado. COBERTURA CONTRATUAL.A decisão que antecipou os efeitos da tutela e determinou que a operadora do plano de saúde fornecesse a cobertura na forma postulada na exordial não foi atacada mediante o recurso adequado, não podendo haver outro veredicto de fundo senão o de confirmação da tutela antecipada, entendimento consolidado no art. 304 do atual CPC. Ademais, com a vigência da Lei nº 9.656/98, não há possibilidade de recusa de cobertura de material indispensável ao ato cirúrgico, por força do art. 10, inc. VII, que estabelece que não poderá ser excluído da cobertura o fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios indispensáveis ao ato procedimento.

> In casu, verifica-se sequer existir cláusula que limite o fornecimento do material cirúrgico no contrato. O art. 16, "a", apontada pela requerida como limitadora do fornecimento do material, não dispõe expressamente acerca de eventual exclusão, não podendo ser utilizada para cercear o direito do segurado à realização da cirurgia. Acerca de eventual cobrança de percentual, consoante também defende a requerida, o contrato apenas prevê desconto de 30% nas diárias hospitalares (art. 7º), apontado pela requerida e que sequer possui relação com a análise trazida aos autos. MULTA DIÁRIA - Diante da inércia da ré, também na esfera judicial, a parte autora foi obrigada a realizar o pagamento da integralidade do procedimento, fazendo jus à multa-diária estabelecida no início do processo. DANO MORAL - O descumprimento contratual não gera dever de indenizar, salvo quando os efeitos do inadimplemento, por sua gravidade, exorbitarem o mero aborrecimento diário, atingindo a dignidade do contratante. Não é este o caso. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. APELAÇÃO DA PARTE RÉ DESPROVIDA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70075278622. Relator: desembargador Sylvio José Costa da Silva Tavares. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 14 dez. 2017).

Tem-se, nesse pressuposto, que existem diversos questionamentos acerca da estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente, sendo voltados para o prazo para fins de interrupção da mencionada medida, do recurso que pode ser interposto pela parte ré, da efetividade da medida em comento e outros critérios processuais de grande relevo. Ademais, "além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente" (Enunciados do Fórum Permanente de Processualista Civis, 2017, p. 11). Portanto, para fins de estabilização da mencionada medida, segundo Freire, Barros e Peixoto (2015), mister que o julgador analise todos os requisitos, direitos e garantias ali previstas, para que não haja a prolação de decisões injustas e precipitadas.

4 Conclusão

Com subsídio na pesquisa científica realizada, observa-se que a estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente pode ser muito benéfica às partes, haja vista que possibilita uma antecipação daquele direito pleiteado, a redução de custas processuais, a celeridade e, sobremodo, evita-se toda a morosidade do Poder Judiciário. Em resumo, há uma concessão daquilo que se busca no final de uma ação processual.

Contudo, embora se trate de um instituto de grande importância e valor, mister que o julgador analise todas as nuances presentes na ação,

principalmente se os direitos das partes são respeitados (como por exemplo, o direito ao contraditório e à ampla defesa). Trata-se de questões de grande importância, para que não se tenha a propagação de decisões injustas, precipitadas e maculadas por erros processuais e materiais.

Com base na pesquisa realizada, observa-se que existem diversos questionamentos por parte de doutrinadores e juristas, sobretudo com relação ao recurso que pode ser interposto pela parte ré, para que cessem os efeitos decorrentes da estabilização da tutela antecipada.

Nesse sentido, tem-se que, com base nos referidos posicionamentos, entende-se que o artigo 304 do CPC (onde trata-se sobre o referido instituto), não deixa claro que se trata apenas de um recurso para fins de cessação da estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente. Portanto, mesmo que o réu demonstre sua insatisfação com a concessão da tutela antecipada antecedente, durante a apresentação da peça contestatória, haverá um respaldo para análise do seu pedido. Diante disso, observa-se que, desde que haja um respeito às leis processuais vigentes, há de se considerar válidos os meios utilizados pela parte ré.

Com base nos demais elementos suscitados e questionados pela doutrina e jurisprudência pátria, compreende-se que os fins colimados na estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente superam os óbices vislumbrados por tais juristas, haja vista que há uma nítida redução de custas processuais, efetivação da prestação jurisdicional e em uma preponderância da efetividade jurídica. Dessa forma, uma vez que o magistrado analise e não encontre óbices ao direito pleiteado, deve-se estabilizar a tutela antecipada requerida pela parte.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 08 ago. 2023.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 201**5.Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 08 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1760966 SP 2018/0145271-6**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Diário

Judiciário Eletrônico- DJe, 07 dez. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70070559612.** Relator: desembargador Rui Portanova. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 15 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70075165688**. Relator: desembargadora Denise Oliveira Cezar. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 14 dez. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70075278622.** Relator: desembargador Sylvio José Costa da Silva Tavares. Diário Judiciário Eletrônico- DJe, 14 dez. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2020.

DIAS, Jean Carlos. **Tutelas provisórias no novo CPC:** tutela de urgência: tutela de evidência. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DIDIER, Freddie Jr; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER, Freddie Jr. **Curso de Direito Processual Civil.** 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido; LOPES, Bruno. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2017.

FIGUEIREIDO, Helena Lanna. **Curso jurídico do novo CPC**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2016.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Aspectos polêmicos do novo CPC**. São Paulo: Empório do Direito, 2018.

MARINONI, Guilherme Luiz; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**.

São Paulo: Revista dos Tribunais,2017

NEVES, Daniel. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm,2017.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Estabilização da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STIEGERT, Andressa Hagle Lima. **A Estabilização da tutela de urgência antecipada no novo CPC e o 'mistério' da (não) formação da coisa julgada**. Juiz de Fora. Universidade Federal de Juiz de Fora. 2016. Monografia

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Capítulo 32

PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO COMO FORMA DE PACIFICAÇÃO FAMILIAR

Ana Carolina Teixeira da Silva[1]
Rudinéli Clemente Dick[2]
Lívia Copelli Copatti[3]

1 Introdução

Não é possível precisar desde quando o homem passou a acumular riquezas, propriedades, seja material ou imaterial, tendo como ideia geral, pública e notória, que a partir de então, já organizado em sociedade, após inúmeros conflitos pela posse e propriedade de tais bens, tem-se que urge a necessidade de regramento de suas condutas para com o seu patrimônio e o patrimônio alheio.

Inúmeros são os relatos de famílias que entraram em verdadeiros conflitos pela disputa de determinada herança, onde irmãos que passaram a se odiar em virtude de disputas por patrimônio deixado por seus pais, e em alguns casos extremos, atentar contra a vida ou até mesmo, chegar a tirar a vida de alguém motivado, futilmente, pelo patrimônio.

Assim, o objetivo do presente artigo é analisar quais os instrumentos de planejamento sucessório podem servir como forma de pacificação familiar. Utiliza-se o método dedutivo, técnica de pesquisa bibliográfica e lança-se como problema a seguinte pergunta: Quais os instrumentos de planejamento sucessório podem servir como forma de pacificação familiar?

O trabalho está dividido em dois capítulos, sendo que no inicial a abordagem diz respeito aos princípios que sustentam o direito sucessório brasileiro e, no segundo, analisam-se os principais instrumentos de planejamento sucessório disponíveis na legislação com vistas à pacificação familiar. Ao final do estudo apresenta-se a conclusão e as referências utilizadas.

1 Bacharel em Direito pela ATITUS Educação. E-mail: anacarol.teixeirat@gmail.com
2 Advogado, Bacharel em Direito pela UNIJUI. E-mail: rudineli@hotmail.com
3 Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá – RJ, Docente no Curso de Direito na Atitus Educação. E-mail: liviaccopatti@gmail.com.

2 Princípios basilares do direito sucessório

No direito pátrio encontram-se regras e princípios basilares da sucessão insculpidos expressamente na Constituição Federal, no Código Civil e Código de Processo Civil, dentre os quais podem-se citar: Direito Constitucional à Herança, art. 5º, XXX, da CF (Brasil, 1988); Direito Constitucional à Propriedade, art. 5º, XXII, da CF (Brasil, 1988); Princípio da Igualdade entre irmãos, art. 1.596, do Código Civil (Brasil, 2002); Princípio de Saisine, art. 1.784, do Código Civil (Brasil, 2002); Princípio da intangibilidade da legítima dos herdeiros necessários, artigos 2.002 ao 2.012, do Código Civil (Brasil, 2002).

Assim, esse capítulo tem por objetivo discorrer sobre os princípios que sustentam o direito sucessório, inclusive, o planejamento sucessório

O anseio pela perpetuidade, pela preservação do patrimônio, encontra guarida no ramo do direito sucessório, que possui como fundamento a propriedade. Este é o entendimento de Diniz (2005, p. 6): "Na verdade, poder-se-á dizer que o fundamento do direito sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família" já que "A possibilidade de transferir bens *causa mortis* é um dos corolários do direito de propriedade, uma vez que, caso contrário, a propriedade ficaria despida de um dos seus caracteres, ou seja, a perpetuidade".

Entretanto, tem-se como posicionamento mais adequado, o entendimento de Gustav Radbruch (1961, p. 74, *apud* Diniz, 2007, p. 6), no qual insere o direito sucessório como um agente que traz harmonia entre o interesse individual e o interesse social, desempenhando importante função social ao permitir que o indivíduo progrida e acumule cada vez maior patrimônio, uma vez sendo sabedor que o direito assiste a perpetuidade de tal em favor de seus descendentes, e proporcionalmente, aumenta-se o patrimônio social como um todo

Neste diapasão, o progresso individual do ser humano em laborar para angariar um patrimônio cada vez maior, na certeza de que tal patrimônio será transmitido aos seus descendentes, tem-se a importância do planejamento sucessório, como ferramenta para organizar a transmissão patrimonial, determinando com certa certeza qual herdeiro ficará com determinado bem, podendo inclusive determinar qual filho o sucederá em sua empresa, trazendo estabilidade para essas relações familiares, e com o uso de determinados institutos jurídicos e cláusula gerais e específicas, garantir certa preservação do patrimônio dentro de sua família.

O princípio da igualdade entre irmãos na sucessão, previsto no art. 1.596, do Código Civil (Brasil, 2002), tem correlação intrínseca com a dignidade da pessoa humana, pois diferentemente do que era outrora, no Direito Clássico, onde a sucessão se dava sempre e tão somente em favor do filho primogênito, excluindo-se os demais, sendo de suma importância para à época a existência de um herdeiro homem, não cabendo à filha mulher receber qualquer herança, mesmo ela sendo a primogênita.

O referido princípio também afere a igualdade dentre todos os filhos, sejam consanguíneos ou adotivos, não existindo diferença que havia antigamente entre os legítimos e ilegítimos, garantindo-se dignidade a todos os filhos de maneira igual, sem quaisquer discriminações (Brasil, 2002)

A regra que se deve observar quanto a indisponibilidade de 50% do acervo hereditário quando da existência de herdeiros descendentes necessários, para que se possa dispor em doação para tais, é a garantia legal de possibilidade de correção de desvios e beneficiamento de determinado herdeiro necessário em detrimento de outro pela doação total para este ou aquele, existindo o instituto jurídico da colação previsto nos artigos 2.002 e seguintes do Código Civil (2002), que visa garantir a todos os herdeiros descendentes que concorram à sucessão do ascendente comum, certa dignidade ao possibilitar a conferência e equalização de seus quinhões hereditários, obrigando aqueles que foram beneficiados em vida a trazer à colação.

Resta evidente o intuito do direito em buscar a igualdade entre os descendentes, na lição de Gonçalves (2014, p. 541): "Não se objetiva, com a exigência legal de colacionar os bens recebidos em doação, aumentar a parte disponível, mas apenas igualar as legítimas dos herdeiros, trazendo para o acervo hereditário os valores por eles recebidos".

Portanto, tem-se como regra que a doação de ascendente para descendente é considerada como adiantamento da legítima, excetuando-se a possibilidade, desde que expressa no título de doação, que o bem é oriundo da parte disponível do patrimônio do doador e que está dispensada de colação (Brasil, 2002).

A interpretação do direito sucessório, em especial quanto a sua normatividade infraconstitucional, principalmente em virtude das inúmeras transformações sociais ocorridas nas últimas décadas, por exemplo a ampliação da abrangência do conceito de família, tratando o companheiro em pé de igualdade como se casado fosse (através de interpretação jurisprudencial), deve primar por valores, não somente patrimoniais, mas

também que ensejam a tutela da dignidade da pessoa humana, com previsão no art. 1º, III, da CF (Teixeira, 2022, p. 56).

Continuando em suas palavras, Teixeira (2022, p. 57), ressaltando que o parâmetro dos institutos deve ser a principiologia constitucional protetiva da personalidade, de forma que "é possível que figuras que assumiram tradicionalmente uma função de certo tipo adquiram nova roupagem funcional na ordem constitucional, com fins de complementar a proteção máxima à tutela da pessoa humana"

Pietro Perlingieri, citado por Teixeira (2022, p. 58), traz que a perspectiva funcional da função social do direito sucessório vem sendo relegada a segundo plano pela literatura jurídica, devendo ser reconstruído em consonância com a evolução social e econômica, pois "Quando se fala de sucessão *mortis causa*, não se pode deixar de considerar que a morte é um fato natural, não obstante a sucessão seja um produto da política legislativa".

Chama-se a atenção para a diferenciação da natureza jurídica do evento morte da natureza jurídica do direito sucessório, sendo aquele um evento natural, enquanto este é um produto da lei do homem organizado em sociedade civil. Esta diferenciação é de suma importância para justificar que a interpretação do direito sucessório dever dar-se sempre em consonância com as evoluções sociais e econômicas de um determinado povo.

Como preceitua Teixeira (2022, p. 59-60), nesta mesma senda, o instituto da propriedade também apresenta alterações em sua concepção, ao se coadunar as transformações sociais e econômicas, seja pela admissão na sucessão de bens de diferentes naturezas, como a propriedade incorpórea: propriedade literária, científica, artística e industrial, título de créditos, direitos de ações no mercado de capitais, etc.

Ainda, alguns dos princípios inerentes ao direito sucessório e, por sua vez, ao respectivo planejamento sucessório, objeto da presente pesquisa, restam expressos no Código Civil e Código de Processo Civil, enquanto outros restam abordados como norteadores para a letra da lei.

Tem-se o Princípio de Saisine, evidenciado no art. 1.784, do Código Civil: "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários" (Brasil, 2002). Conceituando o princípio, Venosa (2007, p. 14) refere "O princípio da *saisine* representa uma apreensão possessória autorizada. É uma faculdade de entrar na posse de bens, posse essa atribuída a quem ainda não a tinha".

Outro princípio importantíssimo no planejamento sucessório é o brocardo latino *"tempus regit actum"*, consubstanciado no art. 1.787, do

Código Civil, o qual diz que a lei que regula a sucessão e a legitimação para suceder é aquela vigente quando da abertura da sucessão, ou seja, quando do evento morte (Brasil, 2002). Assim, os atos jurídicos são regidos pela lei vigente no tempo em que são praticados, o que traz a necessidade do planejamento sucessório ser um organismo vivo, pois a cada alteração legislativa, ao operador do direito é obrigação a reavaliação de suas implicações para determinado planejamento.

A igualdade entre irmãos, já referida anteriormente e prevista no art. 1596 do Código Civil (Brasil, 2002) deve ser observada no planejamento sucessório, tendo em vista que a ideia de alguém beneficiar algum filho em detrimento de outro, poderá e deverá ser repelida pelo Poder Judiciário por meio de ação respectiva.

Quanto ao princípio da intangibilidade da legítima ou princípio da intangibilidade da reserva expresso no art. 1.846, do Código Civil, para sua compreensão necessita-se a observância ao art. 1.845, do Código Civil que estatui como herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (Brasil, 2002).

Nos comentários ao art. 1.846 do Código Civil, Nery Junior e Nery (2011, p. 1330) assim preceituam que a Legítima "É a parte do patrimônio de alguém que, sob pena de redução (CC 1966 e CC 1968), não pode ser objeto de disposição testamentária, porque pertencente aos seus herdeiros necessários, de pleno direito" e que a intangibilidade da reserva "[...] garante aos herdeiros necessários a metade dos bens da herança. A legítima é dos herdeiros necessários de pleno direito, salvo se tiverem dela sido privados (deserdados), em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão (CC 1961)".

Também explica Carvalho (2019, p. 524) que "Entre nós, sempre se adotou o sistema da *divisão necessária*, contemplando a liberdade testamentária do autor da herança de forma adstrita aos limites da metade do patrimônio líquido hereditário [...]"

Na sua definição, Carvalho (2019, p. 526) traz juntamente com a proteção legal que os herdeiros necessários possuem legalmente, consubstanciando, novamente, a dignidade da pessoa humana pois "se apresenta como um sucessor a título universal privilegiado, por força do ofício de piedade (*officium pietatis*), isto é, da afeição presumida e do dever de amparo que o autor da herança deve ter em relação a seus familiares mais próximos" sendo garantido pela lei a quota mínima da herança "que, em nosso direito, *ab initio*, se apresenta, em princípio, fixa, invariável, na atualidade correspondente, no mínimo, à metade dos bens do monte

líquido (arts. 1.846 e 1.847, ambos do CC), denominada, repetimos, quota legítima ou legitimaria".

A proteção legal à quota legítima não ocorre somente quando do falecimento do autor da herança, mas também quanto a eventuais doações realizadas em vida, conforme art. 549 do Código Civil: "Art. 549. Nula também é a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento" (Brasil, 2002).

Ainda, deve-se ter em conta o disposto no art. 544, do Código Civil: "A doação de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa em adiantamento do que lhes cabe por herança" (Brasil, 2002). Trazendo à baila que, a princípio, todas as doações que envolvam as figuras constantes no referido artigo, são consideradas adiantamento da legítima, e deverão ser levadas a colação quando do inventário.

Vê-se a indevida utilização do instituto da compra e venda entre ascendente e descendente sem a necessária anuência dos outros descendentes e do cônjuge (companheiro) do alienante, afrontando expressamente o art. 496, do Código Civil, que considera tal como anulável, possuindo prazo decadencial de 2 anos para pleitear a anulação, entendimento jurisprudencial, aplicável inclusive quando esta compra e venda entre ascendente e descendente se dá por interposta pessoa, conforme entendimento assentado no Recurso Especial n.º 1.679.501, acórdão proferido pela Terceira Turma do STJ no ano de 2.020 (Brasil, 2020).

Outro dispositivo legal previsto nos artigos 2.002 ao 2.012 do Código Civil, referente ao instituto da Colação, que consiste na obrigatoriedade de conferir o valor das doações que descendente que concorra à sucessão de ascendente comum, tenha sido beneficiado pela doação deste descendente comum, com o objetivo de igualar as legítimas.

Nos comentários de Nery Junior e Nery (2011, p. 1377) ao art. 2.002, do Código Civil, tem-se que " A colação é obrigatória, após a abertura da herança, para todos os descendentes que concorrem à sucessão do ascendente em comum, que tenham – e qualquer época – recebido desse ascendente comum, doação" cujo objetivo é "tornar possível e factível a igualdade das legítimas, entre todos os herdeiros necessários".

Assim, a lei permite que uma doação realizada de ascendente para descendente saia da parte considerada disponível e seja dispensada de colação, mas para tanto é necessário que esteja tenha sido feita tal menção, seja na escritura pública de doação, seja no testamento. Mas mesmo assim, tal doação deverá ser analisada quando do inventário para calcular se realmente

a doação ficou adstrita ao montante disponível e não tenha avançado à parte da legítima.

Como visto, são vários os princípios inerentes ao direito sucessório e cuja existência também irradia seus efeitos para o planejamento sucessório. Dessa forma, na sequência será tratado sobre o objeto do presente estudo, ou seja, analisar quais os instrumentos de planejamento sucessório podem servir como forma de pacificação familiar.

3 Planejamento sucessório e a preservação do futuro acervo hereditário

O presente capítulo está destinado ao objetivo do trabalho, de forma que se analisam inicialmente, os instrumentos de planejamento sucessório com maior relevância, quais sejam, o testamento, a doação e a holding familiar e, ao final, de que forma podem auxiliar na pacificação familiar.

O testamento é regulado pelos arts. 1.857 e seguintes do Código Civil, tendo a particularidade de ser um ato extremamente formal e solene, possuindo inúmeras regras para serem observadas para se ter validade e produzir os efeitos a que se destina. Possibilitando ao testador, observando a legítima, a testar (dispor) para depois de seu falecimento, acerca de seus bens e direitos, podendo instituir condições, encargos, nomear alguém que observe o cumprimento do testamento ou execute-o.

As formas previstas no Código Civil são ordinárias ou comuns, previstos no art. 1.862: o público; o cerrado; e o particular. Existindo a previsão legal dos tipos especiais ou extraordinárias, nos arts. 1.886 e seguintes: o marítimo; o aeronáutico; o militar (Brasil, 2002). Estes especiais são previstos para situações emergenciais e não denotam qualquer sorte de planejamento, enquanto os tipos ordinários sim, são ferramentais para o objeto do presente trabalho de pesquisa.

O testamento público previsto no art. 1.864 e seguintes do Código Civil, é redigido pelo titular do Tabelionato de Notas em seu respectivo livro, sendo que este irá redigir com fidelidade a vontade do testador, enquanto este poderá se valer de anotações, apontamentos e auxílio de terceiros. Sendo este tipo de testamento que permitirá um melhor trabalho de planejamento sucessório com a elaboração das possibilidades que o testador poderá escolher e manifestar pessoalmente ao Notarial respectivo. Nesta modalidade de testamento é necessária a presença de duas testemunhas (Brasil, 2002).

No testamento particular tem-se o tipo menos formal sem perder o devido rigor, mas pode-se não possuir a eficácia pretendida pelo testador, uma vez que demandará determinado conhecimento legal para que possa dispor sua última vontade respeitando a legislação pertinente, bem como, para que possa a ter realizada a sua última vontade.

Possui previsão legal nos arts. 1.876 e seguintes do Código Civil. E nas palavras de Rosa (2022, p. 118), conceitua-se: "o testamento particular, também denominado hológrafo, constitui a maneira mais econômica de planejamento sucessório, vez que independe do pagamento de qualquer emolumento".

O testamento cerrado, místico ou secreto possuí sua previsão legal nos arts. 1.868 e seguintes do Código Civil, assim descrito por Rosa (2022, p. 124) como de "[...] de baixíssima adesão social, acaba mesclando as duas formas anteriormente estudas, uma vez que é redigido pelo testador, ou por outra pessoa a seu pedido, para, posteriormente, ser entregue ao tabelião, na presença de duas testemunhas". Neste tipo de testamento o tabelião não fará leitura do conteúdo das disposições de última vontade, mas tão somente do auto de aprovação, mas somente verificará a forma do testamento, e após fechará, costurará e lacrá-lo-á com cera. E após tomar notas no respectivo livro, devolvê-lo-á ao testador.

Como já referido o testamento é o instrumento que se reveste de solenidade e formalidade para sua elaboração e validade. Devendo ser observadas inúmeras regras, podendo-se destacar além das já referidas as constantes no art. 1.900, do Código Civil, o cuidado com o conteúdo de suas disposições e cláusulas, salientando que a invalidade de uma cláusula não invalida todo o documento.

Importante destacar a necessidade da correta identificação dos beneficiários, tendo por requisito que este já tenha sido concebido, conforme art. 1.798, do Código Civil. Pode-se também nomear como beneficiário a prole eventual de determinada ou determinadas pessoas, assim preceitua o art. 1.799, I, na forma do art. 1.800, ambos do Código Civil. Poderá ainda ser beneficiado o próprio filho que nascerá após a morte do testador, por meio da fertilização *in vitro*, ou sêmen criopreservado (Brasil, 2002).

Na sequência analisam-se aspectos referentes ao instrumento da doação. A doação é um dos institutos por meio do qual é possível de se empreender dentro da ideia de planejar a própria sucessão futura. A disciplina deste instituto está nos arts. 538 ao 564 do Código Civil, sendo que o primeiro artigo traz o conceito básico do instituto da doação, como

sendo: "o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para outrem". (Brasil, 2002).

São elementos caracterizadores da doação, segundo Farias e Rosenvald (2020, p. 841, *apud* Rosa, 2022, p. 175-176): "i) o animus donandi (intenção do doador de praticar liberalidade); ii) a transferência de bens ou vantagens em favor do donatário; e iii) a aceitação de quem recebe (que não precisa, necessariamente, ser expressa)".

Existem restrições legais à liberalidade na disposição do patrimônio por meio da doação, como elencado por Rosa (2022, p. 176-190): i) a doação inoficiosa; ii) doação universal e reserva de usufruto; e iii) doação em favor do concubino com reflexão frente ao direito de família contemporâneo.

A primeira restrição diz respeito a doação que não respeitar o princípio da proteção à legítima, como já referido anteriormente no presente trabalho, podendo trazer a decretação judicial de nulidade parcial, que incidirá somente naquilo em que ultrapassar a proteção da legítima.

A segunda restrição é pautada na impossibilidade legal de doação da totalidade patrimonial, sem que seja reservada parte ou renda suficiente para a subsistência do doador, entendimento do art. 548 do Código Civil (Brasil, 2002). Esta vedação legal é apresentada precipuamente para aqueles casos em que os ascendentes decidem doar a totalidade de seu patrimônio para sua prole, é por isso que se insta a incidir nesta modalidade de doação, a reserva de usufruto aos doadores. Tal limitação da liberalidade visa a proteção do doador, para que o mesmo não venha a cair na penúria, ficando sem o mínimo necessário para sua sobrevivência.

A reserva de usufruto, neste caso, é uma ferramenta importantíssima no planejamento sucessório, nas palavras de Rosa (2022, p. 186) "evita, ainda, que o disponente acabe ficando desamparado, uma vez que a doação produz efeitos ainda em vida"

Assim, a doação também pode ser um instrumento importante para o planejamento sucessório, facilitando a partilha dos bens e os trâmites pós-morte do doador. Na sequência analisam-se aspectos referentes à holding familiar.

No campo do planejamento sucessório, tem-se apresentado a Holding Familiar como uma solução jurídica inovadora e até mesmo revolucionária. Para se conseguir analisar e aprender a realizar um planejamento sucessório com segurança jurídica, necessita-se tecer considerações quanto a alguns institutos jurídicos que podem ser ou não utilizados, mas que devem ser

sempre analisados para cada caso em concreto, para cada cliente/família que vier necessitar de assessoria jurídica para tal.

Dentre os institutos necessários para isso, tem-se: a doação e o testamento. Estes inseridos na possível holding familiar. Nas palavras de Mamede e Mamede (2022, p. 26-27) "Essencialmente, é preciso repisar que não há uma fórmula mágica. Existem múltiplos caminhos para o planejamento societário e patrimonial, bem como diversas formas que podem ser adotadas para uma sociedade de participação, para uma *holding familiar*".

Precisa-se ter em mente, sempre, que a morte de alguém, não gera efeitos somente à sua família, efeitos estes patrimoniais, mas sim à sociedade como um todo, seja para o fisco, seja para uma sociedade empresária da qual o falecido tenha poder de decisão, seja para com terceiros de boa-fé, credores, por exemplo.

Assim, torna-se um dever, se não legal, mas com certeza social, do operador do direito, realizar um planejamento sucessório embasado na Lei, observando os seus estritos comandos.

Observa Fernandes (2021, p. 406) quanto a complexidade de envolvidos quando o falecido não fez um planejamento sucessório e deixa em sua herança quotas sociais de uma sociedade empresária "Quando não realizado o planejamento de eventos da sucessão da participação pela sociedade, em caso de dúvida ou conflito o intérprete sempre terá que encontrar alguma saída que trate das consequências do falecimento de um sócio", o que, "não necessariamente será aquela desejada pelo autor da herança, ou por seus herdeiros, ou pelos sócios remanescentes".

Portanto, inúmeros são os desdobramentos do falecimento de alguém que deixa bens aos seus sucessores, e por certo que sua real intenção não é deixar ou causar problemas para os seus entes queridos, englobando neste entendimento: família, amigos, sócios, entre outros.

O progresso individual do ser humano em laborar para angariar um patrimônio cada vez maior, na certeza de que tal patrimônio será transmitido aos seus descentes, temos a importância do planejamento sucessório, como ferramenta para organizar a transmissão patrimonial, determinando com certa certeza qual herdeiro ficará com determinado bem, podendo inclusive determinar qual filho o sucederá em sua empresa, trazendo estabilidade para essas relações familiares, e com o uso de determinados institutos jurídicos e cláusula gerais e específicas, garantir certa preservação do patrimônio dentro de sua família.

Ao planejar a sua própria sucessão, o interessado possuirá uma gama de ferramentas legais para possibilitar uma maior preservação de seu acervo patrimonial, e com a previsibilidade que o planejamento traz a quem estipula ou a quem será beneficiário, com as delimitações de quem ficará com o que e de que forma, faz com que os futuros beneficiários não sejam pegos de surpresa quando o evento morte do autor da herança, promovendo, de uma certa forma a pacificação familiar.

Dessa forma, pode-se resumir que as benesses mais salutares do planejamento sucessório é a preservação do acervo hereditário com a proteção do herdeiro e legatário, e a busca de uma maior pacificação familiar entre principalmente os beneficiários da herança.

4 Conclusão

O presente trabalho de pesquisa científica não se pautou em esgotar qualquer dos pontos abordados, mas propiciou um contato mais profundo, instigando a curiosidade pelo estudo do direito das sucessões e seus instrumentos jurídicos que propiciam a realização de um planejamento sucessório visando a perpetuidade do patrimônio familiar conciliada com a sua pacificação.

Percebe-se que vários são os institutos jurídicos que podem ser usados pelo operador do direito que, sempre, imbuído da boa-fé e ética, poderá auxiliar quem queira planejar sua sucessão de um modo que se evite ao máximo problemas futuros para sua família, principalmente problemas que poderão surgir quando já não estiver mais entre os mesmos. Ou seja, esta previsão e provisionamento de como se darão as transferências patrimoniais do acervo hereditário, ou ainda, a antecipação de tal partilha em vida, pode trazer uma segurança maior a todos os envolvidos.

Sabe-se da impossibilidade de se esgotar o tema, e muito maior impossibilidade de garantir com 100% de certeza que, mesmo com um planejamento sucessório pautado na ética, dentro dos ditames legais, em harmonia com os interesses dos envolvidos, não venha a gerar algum transtorno ou até mesmo problema futuro, mas, o objetivo é estudar formas e modos de se evitar ao máximo conflitos familiares e preservar ao máximo a perpetuidade patrimonial familiar.

Entretanto, certo parece ser que, com um planejamento sucessório pautado nos ditames anteriormente referidos, pode o operador do direito ser agente pacificador que traz a possibilidade, ao futuro autor da herança, maior tranquilidade de que sua família, amigos, sócios, etc. não tenham

maiores problemas na sua sucessão patrimonial quando este vier a falecer e que, seus anseios, quereres, vontades, sejam respeitadas quanto ao trato de seu patrimônio.

Pode-se observar que a legislação brasileira em muito já avançou na seara das sucessões quanto aos direitos da pessoa humana, mas, em contraponto, denota-se o descompasso da evolução legislativa em comparativo com a evolução social.

Mas a velocidade vertiginosa que as relações humanas possuem, deixa sempre a lei desatualizada. Cabe assim ao operador do direito se imiscuir de técnicas éticas e acuidade operacional para planejar e entregar um resultado que traga satisfação e eficiência ao cliente e por via de consequência à sociedade. E este pequeno trabalho de pesquisa científica trouxe o primeiro passo.

Referências

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

BRASIL, **Lei n º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

BRASIL. STJ, Terceira Turma. Recurso Especial n.º 1.679.501, Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 10 mar 2020. Acessado em 27 maio 2025. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1920942&num_registro=201700646007&data=20200313&formato=PDF

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões.** 4. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** 3. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 6: direito das sucessões.** 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família.** 16. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7:**

direito das sucessões. 14. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar.** 14. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Atlas, 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado.** 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROSA, Conrado Paulino da. **Planejamento sucessório: teoria e prática.** São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo I,** 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo II,** 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2021.

TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório. Tomo III**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v. VI: direito de família.** 7. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v. VII: direito das sucessões.** 7. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.

Capítulo 33

REFLEXÕES SOBRE SISTEMA DE CONTROLE INTERNO E OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O CASO DO INSTITUTO FEDERAL DE MINAS GERAIS

Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana[1]

1 Introdução

A implantação e a estruturação do Sistema de Controle Interno do Instituto Federal de Minas Gerais (SCI-IFMG) têm sido processos contínuos e fundamentais para assegurar a eficiência administrativa, a integridade pública e a transparência nas ações institucionais. Este artigo tem como objetivo examinar a evolução desse sistema ao longo dos anos, destacando os desafios enfrentados e as soluções implementadas, com ênfase no papel crucial desempenhado pela Auditoria Interna durante esse processo.

O SCI-IFMG está inserido no contexto normativo do Decreto nº 3.591/2000, que regulamenta o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. Esse decreto estabelece diretrizes essenciais para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, consolidando os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência previstos no art. 37 da Constituição Federal.

Para aprimorar o controle interno, o IFMG desenvolveu e adotou diversos sistemas ao longo do tempo. Entre eles, destacam-se o Sistema de Planejamento (SISPLAN) e o Sistema de Descentralização de Crédito (SIDEC), que foram criados para melhorar o monitoramento e a gestão dos recursos. Essas ferramentas tecnológicas possibilitaram maior precisão e eficácia na execução das atividades de planejamento e controle, contribuindo

1 Auditora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais. Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras. Especialista em Auditoria Governamental pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogada. Professora. E-mail: polianamyriam@gmail.com

significativamente para o desenvolvimento de uma cultura de controle e integridade na Instituição.

Entretanto, a Auditoria Interna do IFMG enfrentou desafios significativos durante esse processo. Entre os principais obstáculos estiveram a falta de engajamento inicial dos servidores e a escassez de pessoal capacitado. Para adaptar-se à complexidade crescente das operações institucionais, a auditoria precisou priorizar, com cautela, as áreas de maior risco e investir continuamente na capacitação dos auditores. Este artigo detalha as estratégias adotadas pela Auditoria Interna para superar essas dificuldades, ressaltando sua importância na promoção da transparência, integridade e na eficácia dos processos de controle dentro do IFMG.

Dessa forma, o objetivo deste capítulo é demonstrar como a Auditoria Interna, apesar dos desafios e limitações que enfrenta, tem desempenhado um papel essencial na consolidação e fortalecimento do sistema de controle interno da instituição, garantindo uma gestão pública mais eficiente, íntegra e transparente. Isso será evidenciado por meio de uma comparação entre os dados coletados em uma pesquisa realizada em 2013 com servidores da Instituição e as informações obtidas na pesquisa atual com servidores do Campus Formiga.

2 Desenvolvimento de ferramentas e estratégias para fortalecimento do controle interno e gestão de riscos no IFMG

Segundo Heinz et al. (2019), "a gestão de riscos orçamentários é essencial para a eficiência administrativa, o que reforça a necessidade de um controle abrangente em todas as áreas." Neste aspecto, embora processos de gestão de riscos e controles internos estivessem presentes na instituição, as respostas dos servidores à pesquisa indicam que a existência desses processos não era a regra para a maioria das atividades executadas e não estavam, na ocasião, presentes em todos os setores. Os servidores relataram que os servidores mais antigos dominavam completamente as atividades, enquanto os novos ainda estavam em fase de aprendizagem, seja pela prática diária ou participação em cursos de capacitação. A rotatividade de servidores dificultava o processo, pois o conhecimento, de acordo com um dos entrevistados na pesquisa, não ficava " em alto nível tanto quanto deveria". O volume de trabalho em uma Instituição em processo de consolidação e expansão impedia que servidores mais antigos treinassem novos para desempenhar múltiplas atividades (Santana, 2013).

Em razão dessa situação, que poderia comprometer a qualidade do serviço desenvolvido, foi elaborada uma lista de atividades com prioridades de cada servidor, para que todos os servidores que ingressassem na Instituição ou mudassem de setor soubessem realizar todas as atividades. A iniciativa, que começou na Reitoria, expandiu-se aos Campi. Também se aplicou a estratégia de treinamento de mais de um servidor na mesma função de maneira que, quando um servidor está ausente por qualquer razão, outro assume suas responsabilidades. Assim, todos devem conhecer todas as atividades realizadas pelo setor. No Campus Formiga, os servidores consultados afirmam que o conhecimento das atividades e a capacidade de realizar todas ou a maioria delas é fundamental para o bom desempenho institucional, e que o desempenho dos setores é avaliado por meio de reuniões periódicas para discutir o tema. As reuniões, muitas vezes informais, são vistas pela gestão do Campus como importantes para o "alinhamento das condutas" e são consideradas como ferramenta relevante, dentro do modelo de gestão participativa adotado pela instituição. A maioria dos respondentes apresenta percepção positiva sobre a realização de reuniões para avaliação dos resultados.

Entretanto, ainda hoje a segregação de funções, fundamental para o bom desenvolvimento dos mecanismos de controle interno, merece atenção (Silva, 2013). Se por um lado, diretrizes destacam a importância de garantir que diferentes servidores executem etapas distintas do processo, evitando que um único indivíduo acumule funções críticas que poderiam comprometer a integridade e a eficiência dos controles internos (Silva, 2013), na prática, muitos servidores da Instituição relatam que a segregação é difícil devido à escassez de pessoal em certos setores e à multiplicidade de tarefas.

De acordo com o Manual do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal (Brasil, 2009) "a estrutura das unidades/entidades deve prever a separação entre as funções de autorização/aprovação de operações, execução, controle e contabilização, de tal forma que nenhuma pessoa detenha competências e atribuições em desacordo com este princípio". No mesmo sentido, o Acórdão nº 1.099/2008-TCU-1ª Câmara orienta que se "respeite o princípio administrativo da segregação de funções, adotando providências para que as atividades de compra, pagamento e recebimento de bens e serviços da entidade sejam exercidas por diferentes empregados" (Brasil, 2008). Tais orientações, contudo, esbarram na falta de pessoal e na ausência de processos bem definidos. Nos Campi, a situação é ainda mais crítica, com casos de apenas um servidor por setor. Silva (2013) observa

que a segregação de funções é uma prática fundamental para garantir a integridade dos processos e evitar conflitos de interesse.

Os servidores ouvidos pela pesquisa destacam a importância de estruturar melhor o controle para o bom andamento institucional. Eles mencionam melhorias desde a criação da instituição, mas ainda aquém do ideal, com muitos atos praticados sem conferência adequada. As recomendações constantes nos Relatórios Anuais de Atividades de Auditoria Interna (RAINT) dos anos de 2021[2], 2022[3] e 2023[4] evidenciam essa questão.

Uma forma de controle são os roteiros de atividades e as trilhas de controle, também denominadas checklists. Os roteiros descrevem tarefas com clareza, possibilitando que qualquer servidor execute o processo definido. Consoante demonstrado por Marra, P. R., & da Silva, C. G. P. (2020), as trilhas verificam a conformidade das atividades às normas e padrões institucionais. Na pesquisa realizada em 2013, a percepção sobre a existência de roteiros nos setores era negativa para quase metade dos respondentes. Quanto às trilhas de controle, a maioria reconhecia sua necessidade, mas poucos percebiam sua existência, revelando uma deficiência significativa frente à demanda por esse mecanismo de controle.

A implantação de trilhas de controle já àquela época havia começado em alguns setores, mas não era presente em toda a Instituição, situação desejável e necessária, para fortalecimento do sistema de controle interno e para facilitar a verificação pela auditoria. Embora alguns setores usassem trilhas de controle, esse uso estava restrito a algumas atividades específicas.

A partir das deficiências identificadas por Santana (2013), houve, na Instituição a criação de checklists próprios por alguns setores, bem como a adaptação de trilhas e roteiros elaborados por outros órgãos (como TCU e AGU, por exemplo). Esses instrumentos foram desenvolvidos em conjunto com a Auditoria Interna e as chefias de setor, buscando garantir clareza e objetividade, além de facilitar a execução e conferência das tarefas.

No Campus Formiga, os servidores consultados admitem que, atualmente, há a utilização de trilhas para boa parte das atividades de seus setores, assim como há o emprego de roteiros para a maioria das atividades. No setor de Gestão de Pessoas, utilizam-se também os chamados Procedimentos Operacionais Padrão (POPs), que padronizam as tarefas, garantindo a uniformidade e a qualidade dos processos administrativos. Essa prática facilita o treinamento de novos servidores e assegura que

2 Ver: https://www.ifmg.edu.br/portal/acesso-a-informacao/auditorias/auditoria-raint-2021.pdf
3 Ver: https://www.ifmg.edu.br/portal/acesso-a-informacao/auditorias/auditoria-raint-2022.pdf
4 Ver: https://www.ifmg.edu.br/portal/acesso-a-informacao/auditorias/RAINT2023.pdf

todas as operações sejam realizadas de acordo com as normas estabelecidas, promovendo a eficiência e a transparência nas atividades do setor, com vistas a fortalecer o controle interno e aprimorar a gestão institucional.

Além das trilhas de controle, dos roteiros e dos POPs, outra ferramenta que pode ser vista como forma de aprimoramento dos mecanismos de controle interno do IFMG é o modelo COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission). Esse modelo, que integra a metodologia de gestão de riscos implementada na Instituição e é amplamente reconhecido, é composto por cinco componentes essenciais: ambiente de controle, avaliação de riscos, atividades de controle, informação e comunicação, e monitoramento. Conforme destacado por Souza et al. (2022), o COSO proporciona uma estrutura abrangente para o gerenciamento de riscos e a melhoria dos processos de controle interno, de forma que a adoção deste modelo pode contribuir para o desenvolvimento de sistemas de controle interno mais eficazes na Instituição.

No desenvolvimento das trilhas de controle, roteiros e POPs, observa-se a materialização do princípio da eficiência administrativa, previsto na Constituição Federal. Tais instrumentos garantem padronização, economia de tempo e menor propensão a erros, permitindo maior controle dos atos administrativos e facilitando a atuação da Auditoria Interna, conforme diretrizes do Decreto 3.591/2000. Como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2020), a eficiência deve ser compreendida como a obtenção dos melhores resultados possíveis com os recursos disponíveis, sendo essencial ao bom funcionamento da administração pública.

Ainda, a existência de mecanismos de segregação de funções deve ser compreendida como expressão dos princípios da moralidade e legalidade. É fundamental que os processos administrativos respeitem a separação de competências, evitando a concentração de poderes decisórios, em consonância com os normativos da CGU e com a jurisprudência do TCU.

A atuação da Auditoria Interna, por sua vez, alinha-se ao princípio da legalidade e constitui importante instrumento de fiscalização da gestão pública, conforme disposto no Decreto nº 3.591/2000. O artigo 2º do referido decreto atribui ao sistema de controle interno a responsabilidade de avaliar o cumprimento das metas, a execução dos programas de governo e a conformidade dos atos administrativos com a legislação. Assim, a Auditoria Interna exerce papel estratégico ao garantir a legalidade, a efetividade das políticas públicas e a eficiência da administração. Sua função não se limita à identificação de irregularidades, mas também à orientação técnica dos gestores, fortalecendo os controles internos.

Neste diapasão, o ambiente de controle estabelece a base para a implementação de controles internos eficazes, promovendo uma cultura de integridade e ética dentro da instituição. Segundo destaca o Manual de Gestão de Riscos institucional "um ambiente de controle sólido é essencial para a criação de uma cultura organizacional que valorize a conformidade e a integridade" (IFMG, 2020).

O componente de avaliação de riscos envolve a identificação, análise e avaliação de riscos, selecionando e implementando respostas aos riscos avaliados, monitorando riscos e controles, e comunicando sobre riscos com partes interessadas. Isso é particularmente relevante para o IFMG, onde a complexidade do ambiente e a multiplicidade dos processos de administração, ensino, pesquisa e extensão, requer uma abordagem estruturada para a gestão de riscos. Fonseca, Jorge e Nascimento (2020) observam que "a informação proporcionada no âmbito das auditorias internas é reconhecida como contribuindo para melhorar a eficácia da gestão e ajudar na tomada de decisões."

O componente de informação e comunicação do modelo COSO facilita a comunicação e consulta, permitindo que todas as partes interessadas estejam informadas sobre os riscos e as medidas de controle implementadas. "A comunicação eficaz entre os diferentes níveis da instituição é vital para o sucesso da gestão de riscos e para o fortalecimento dos controles internos" (IFMG, 2021).

Por fim, o monitoramento assegura a observação contínua dos riscos e das ações de mitigação implementadas, com revisões periódicas das estratégias e ajustes conforme necessários, garantindo que a gestão de riscos seja um processo dinâmico e adaptativo. Conforme descrito por Fonseca, Jorge e Nascimento (2020), a auditoria interna contribui para o monitoramento contínuo dos processos e sistemas, garantindo que as ações corretivas sejam realizadas tempestivamente, promovendo a eficácia dos controles internos e a mitigação de riscos. A integração do monitoramento com as atividades gerenciais contínuas permite uma supervisão constante e a adaptação às mudanças nas condições que alterem o nível de exposição a riscos.

No contexto do IFMG, a aplicação do modelo COSO pode fortalecer significativamente os processos de controle interno. A metodologia de gestão de riscos do IFMG, fundamentada em normas técnicas como a ABNT NBR ISO 31000 e COSO, integra a Política de Governança, Gestão de Riscos, Controle Interno e Integridade (PGRCI) do IFMG e está presente

no Manual de Gestão de Riscos, instituído pela Portaria IFMG nº 278, de 04 de março de 2020.

Outro processo de gestão de riscos e promoção da integridade é a criação de uma Ouvidoria institucional. Conforme destacam Josino, Fonteles e Pordeus (2023) estudos sobre governança pública, a Ouvidoria desempenha um papel essencial na detecção precoce de irregularidades e no monitoramento contínuo das atividades institucionais, contribuindo significativamente para a melhoria dos controles internos e a eficácia da governança. Atua ainda como uma ferramenta de controle social que possibilita a identificação e correção de desvios de conduta antes que se transformem em problemas maiores Josino, J. R., Fonteles, J. C. P., & Pordeus, M. P. (2023). A detecção precoce de irregularidades permite a tomada de ações corretivas de maneira ágil, evitando danos mais graves à instituição.

Neste sentido, antes mesmo da criação do IFMG, o então CEFET Bambuí implementou, em 2007, uma Ouvidoria que, inicialmente, funcionou em fase de testes. A Ouvidoria, enquanto instrumento de recebimento de elogios, sugestões, denúncias, reclamações e informações, mostrou-se eficiente como ferramenta de avaliação do desempenho da gestão e contribuição para o aperfeiçoamento dos controles internos. Com a criação do IFMG, o Campus Bambuí manteve sua Ouvidoria em funcionamento (Santana, 2013). Com base nessa experiência, a Ouvidoria Institucional foi instituída em 2014 por meio da portaria nº 686/2014. Inicialmente implantada na Reitoria foi em seguida expandida aos Campi, visando melhorar tanto o atendimento às demandas quanto atuar como ferramenta de fortalecimento do controle interno.

Atualmente, a Ouvidoria do IFMG desempenha um papel relevante na promoção da integridade pública, atuando como um canal direto de comunicação entre a comunidade acadêmica e a administração, consoante se verifica pelas informações disponibilizadas no sítio institucional[5]. Ela recebe, examina e encaminha denúncias, reclamações, sugestões, elogios e solicitações, promovendo a transparência e a participação cidadá na gestão pública. Por meio do atendimento das demandas da comunidade, a Ouvidoria contribui para identificar falhas, corrigir irregularidades e aperfeiçoar os serviços prestados, fortalecendo a confiança nas instituições públicas. A Ouvidoria também atua de forma preventiva, orientando os gestores e servidores sobre as melhores práticas de gestão e controle, ajudando a consolidar uma cultura de ética e responsabilidade dentro do IFMG.

5 Ver: https://www.ifmg.edu.br/portal/ouvidoria

Embora a Ouvidoria exerça papel relevante na escuta ativa da comunidade e na mediação entre a sociedade e a administração pública, seu escopo de atuação é predominantemente voltado à coleta e encaminhamento de manifestações. Para que o sistema de controle interno atue de forma integrada e eficaz, é necessário que mecanismos complementares de responsabilização e apuração de condutas sejam igualmente estruturados. Nesse contexto, destaca-se a criação da Corregedoria como instância responsável por dar seguimento formal às possíveis irregularidades identificadas, promovendo a responsabilização disciplinar de agentes públicos e fortalecendo a integridade institucional.

No IFMG a Corregedoria, criada em 2016, foi implementada neste sentido, de aprimorar os processos de controle interno e gestão de riscos. Assim, atua na prevenção, detecção e correção de irregularidades e, conforme detalhado no portal do IFMG[6], tem como objetivos principais apurar possíveis infrações disciplinares, garantir a responsabilização de agentes públicos por atos ilícitos e assegurar a integridade institucional. Suas diretrizes incluem o cumprimento rigoroso dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ávila (2014) enfatiza que a atuação da Corregedoria é essencial para a detecção e correção de irregularidades, promovendo maior transparência na gestão pública. A Corregedoria, portanto, desempenha um papel fundamental na promoção da integridade pública, ao garantir que os princípios éticos e legais sejam rigorosamente observados dentro da instituição.

A atuação coordenada entre Ouvidoria e Corregedoria evidencia a importância de um sistema de integridade pública composto por canais preventivos, corretivos e punitivos. Enquanto a Ouvidoria promove o controle social e o aperfeiçoamento da gestão por meio da escuta qualificada, a Corregedoria assegura a responsabilização formal por atos ilícitos ou incompatíveis com o serviço público. A existência articulada desses mecanismos reflete o compromisso institucional com a governança ética e com a conformidade administrativa, pilares essenciais para o fortalecimento do Sistema de Controle Interno em consonância com os princípios constitucionais e com as disposições do Decreto nº 3.591/2000.

Além disso, o fortalecimento do sistema de controle interno contribui diretamente para a responsabilização administrativa, civil e até penal dos gestores, sendo um dos instrumentos essenciais para a concretização da *accountability* pública e da boa governança, conforme defendido pelos órgãos de controle.

6 Ver: https://www.ifmg.edu.br/portal/acesso-a-informacao/corregedoria-arquivos

3 Conclusão

A implementação do Sistema de Controle Interno do Instituto Federal de Minas Gerais (SCI-IFMG) representou um avanço significativo na busca por uma gestão pública eficiente, transparente e comprometida com a qualidade dos serviços oferecidos. No entanto, dez anos depois de iniciado, esse processo ainda enfrenta desafios complexos que exigem uma abordagem estruturada e contínua para serem superados. Para fortalecer e consolidar o sistema de controle interno na instituição, várias são as mudanças e revisões a se fazer nos mecanismos e ferramentas de controle.

Primeiramente, o fortalecimento da Auditoria Interna é essencial. A ampliação da equipe de auditores é imprescindível para garantir um monitoramento adequado de todas as atividades da instituição. A designação de auditores para cada Campus, especialmente nos de maior porte, permitirá um acompanhamento mais próximo e contínuo. Além disso, a capacitação contínua dos auditores em áreas-chave como planejamento, recursos humanos, obras públicas, convênios, contribuições e tributos é fundamental para que a auditoria interna esteja sempre preparada para lidar com as complexidades crescentes da gestão pública.

A integração entre a Auditoria Interna, o Sistema de Controle Interno e os setores de planejamento deve ser reforçada. Para isso, uma comunicação eficaz e constante entre todos os setores envolvidos é essencial. A comunicação interna deve ser aprimorada para conscientizar os servidores sobre a importância da atividade de controle e a divulgação dos resultados das auditorias e das ações de controle deve ser feita de maneira transparente, utilizando o sítio eletrônico da instituição e boletins internos.

Além disso, a consolidação de uma cultura de controle dentro do IFMG é fundamental para o sucesso do sistema de controle interno. Todos os servidores, independentemente de suas funções, devem estar cientes de suas responsabilidades no processo de controle interno. A segregação de funções, embora desafiadora devido à escassez de pessoal, deve ser buscada para evitar conflitos de interesse e garantir a integridade dos processos. A gestão de riscos deve ser sistemática e proativa. A identificação, avaliação e priorização de riscos devem ser seguidas pela aplicação de recursos para minimizá-los, monitorá-los e controlá-los. A Auditoria Interna, em conjunto com a Corregedoria e a Ouvidoria, deve liderar esses esforços, promovendo ações preventivas que evitem falhas e irregularidades

É importante destacar ainda que a integridade pública, essencial para assegurar que os recursos públicos sejam utilizados de maneira eficiente

e que as decisões sejam tomadas de forma justa e transparente, deve ser um dos pilares centrais na estruturação do SCI-IFMG, manifestada pela atuação ética e alinhada aos valores fundamentais da instituição. Isso envolve a promoção de um ambiente de trabalho onde todos os servidores ajam com probidade, transparência e responsabilidade, contribuindo para a confiança da sociedade na instituição.

Assim, o monitoramento contínuo e a avaliação periódica das atividades de controle são essenciais para a melhoria contínua do sistema de controle interno. A elaboração de um manual do sistema de controle interno, incluindo fluxos de trabalho e modelos de trilhas de controle, pode servir como um guia abrangente para todos os servidores. A auditoria deve também realizar avaliações regulares dos processos monitorados, buscando sempre o aprimoramento dos controles e a eficácia das ações de gestão. A implementação dessas recomendações contribuirá para a construção de um sistema de controle interno robusto, capaz de garantir a eficiência, a eficácia e a transparência na gestão do IFMG.

Por fim, é essencial que os mecanismos de controle interno estejam juridicamente fundamentados e alinhados às disposições do Decreto nº 3.591/2000, aos normativos da CGU e aos princípios constitucionais da Administração Pública. A conformidade jurídica desses instrumentos é condição indispensável para assegurar uma gestão pública íntegra, eficaz e responsável. Ademais, o controle interno configura-se como mecanismo indispensável à responsabilização dos agentes públicos por seus atos, promovendo transparência, legalidade e ética na condução da gestão pública.

Referências

ÁVILA, M. D. G. Gestão de riscos no setor público. Revista Controle: doutrina e artigos, Fortaleza, v. 12, n. 2, p. 179-198, 2014. Disponível em: https://bit.ly/3X4YXvR. Acesso em: 02 jun. 2024.

BRASIL. Decreto nº 3.591, de 6 de setembro de 2000. Dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 set. 2000. Disponível em: https://bit.ly/3XeJQ8B. Acesso em: 01 jun. 2024.

BRASIL. Manual do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. Brasília: CGU, 2009. Disponível em: https://bit.ly/3PhVHRQ. Acesso em: 01 jun. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 33. ed. rev. e

atual. São Paulo: Atlas, 2020.

FONSECA, A. dos R.; JORGE, S.; NASCIMENTO, C. The role of internal auditing in promoting accountability in Higher Education Institutions. Revista De Administração Pública, v. 54, n. 2, p. 243-265, 2020. DOI: 10.1590/0034-761220190267x. Acesso em: 01 jun. 2024.

GRAMANI, M. C. Fatores socioeconômicos (ainda) influenciam fortemente a eficiência educacional. SciELO em Perspectiva: Humanas, 2017. Disponível em: https://bit.ly/3PhXs2S. Acesso em: 09 jun. 2024.

HEINZ, G.; ALVES, E. B.; RORATTO, R.; DIAS, E. D. Riscos orçamentários na administração universitária: um estudo de caso no setor público. Avaliação: Revista Da Avaliação Da Educação Superior (Campinas), v. 24, n. 3, p. 699-721, 2019. DOI: 10.1590/S1414-40772019000300008. Disponível em: https://bit.ly/3XfYY9J. Acesso em: 09 jun. 2024.

INSTITUTO FEDERAL DE MINAS GERAIS (IFMG). Resolução nº 034, de 3 de outubro de 2013. Dispõe sobre a alteração do Estatuto do IFMG com vista a desvincular a Auditoria Interna do Gabinete do Reitor para vinculá-la ao Conselho Superior da Instituição. Disponível em: https://bit.ly/3PnL5vg. Acesso em: 14 jun. 2024.

INSTITUTO FEDERAL DE MINAS GERAIS (IFMG). Portaria 686/2014: Criação da Ouvidoria Geral do IFMG. Instituto Federal de Minas Gerais. Disponível em: https://bit.ly/3PhULmN. Acesso em: 14 jun. 2024.

INSTITUTO FEDERAL DE MINAS GERAIS (IFMG). Resolução nº 12 de 2018: Estatuto do Instituto Federal de Minas Gerais. Instituto Federal de Minas Gerais. Disponível em: https://bit.ly/3Xi48XN. Acesso em: 14 jun. 2024.

INSTITUTO FEDERAL DE MINAS GERAIS (IFMG). Portaria 504/2018: Criação da Corregedoria. Instituto Federal de Minas Gerais. Disponível em: https://bit.ly/3XhTHQR. Acesso em: 14 jun. 2024.

INSTITUTO FEDERAL DE MINAS GERAIS (IFMG). Manual de Gestão de Riscos do IFMG. Instituto Federal de Minas Gerais. Disponível em: https://bit.ly/3PiBDP5. Acesso em: 14 jun. 2024.

INSTITUTO FEDERAL DE MINAS GERAIS (IFMG). Resolução nº 20 de 08 de outubro de 2021: Regimento Geral do Instituto Federal de Minas Gerais. Instituto Federal de Minas Gerais. Disponível em: https://bit.ly/3PmA7z5. Acesso em: 14 jun. 2024.

INSTITUTO FEDERAL DE MINAS GERAIS (IFMG). Resolução nº 11, de 18 de março de 2024. Disponível em: https://bit.ly/3PhTi5H. Acesso em: 14 jun. 2024.

INSTITUTO FEDERAL DE MINAS GERAIS (IFMG). Relatório Anual de Atividades de Auditoria Interna (RAINT) 2023. Disponível em: https://bit.ly/3PkAGkS. Acesso em: 12 jun. 2024.

JOSINO, J. R., FONTELES, J. C. P., & PORDEUS, M. P. (2023). A OUVIDORIA COMO INSTRUMENTO DE GOVERNANÇA PÚBLICA. Revista Contemporânea, 3(8), 12096–12113. DOI: 10.56083/RCV3N8-118. Acesso em: 09 jun. 2024.

MARRA, P. R., & DA SILVA, C. G. P. (2020). A aplicação de um modelo de checklist como metodologia de gestão de riscos na conformidade de registro de gestão no âmbito da Defensoria Pública da União - um estudo de caso. Revista Da Defensoria Pública Da União, (13), 302-313. DOI: 10.46901/revistadadpu.i13.p302-313. Acesso em: 09 jun. 2024.

SANTANA, P. M. F. Sistema de controle interno: estudo de caso sobre um instituto federal de educação, ciência e tecnologia na perspectiva da eficiência da gestão. 2013. 159 p. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2013. Disponível em: http://bit.ly/3PiDRlk. Acesso em: 01 jun. 2024.

SILVA, M. A. O princípio da segregação de funções e sua aplicação no controle processual das despesas: uma abordagem analítica pela ótica das licitações públicas e das contratações administrativas. Revista do TCU, Brasília, v. 128, p. 38-51, set./dez., 2013. Disponível em: http://bit.ly/3Xi63kD. Acesso em: 19 jun. 2024.

SOUZA, A. A.; ALVES, G. P.; OLIVEIRA, R. M. Contribuição dos componentes do modelo COSO no controle interno da administração pública: um estudo nos municípios do estado de Santa Catarina. Revista Catarinense da Ciência Contábil, v. 21, n. 66, p. 1-19, 2022. Disponível em: http://bit.ly/3XfUPTx. Acesso em: 05 jun. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Acórdão nº 1.099/2008-TCU-1ª Câmara. Disponível em: http://bit.ly/3PgEkm4. Acesso em: 02 jun. 2024.

Capítulo 34

O ENSINO JURÍDICO E A SOCIEDADE EM TRANSFORMAÇÃO

Luis Miguel Barudi[1]

1 Introdução

Considera-se que a humanidade, atualmente, encontra-se em um período no qual se altera drasticamente o modo de vida dos indivíduos, o funcionamento das sociedades e o papel das instituições, dentre elas a do Direito. Essa constatação decorre de transformações sociais ocorridas nas últimas décadas e que têm sido objeto de pesquisa de estudiosos de diversas áreas, especialmente da Sociologia e da Filosofia. Esses estudos contribuem para que se tenha uma visão ampliada dessa nova organização social e de suas características.

Nesse sentido, se vive numa sociedade de transição paradigmática a qual traz desafios por uma nova racionalidade ativa, divorciada de certezas paradigmáticas, movida pela inquietude que ela própria propicia. Nessa realidade, percebe-se o avanço exponencial das tecnologias de informação e de comunicação, que se consubstancia no fator decisivo para a implementação da sociedade globalizada, na qual a existência de fronteiras geográficas e a contagem do tempo são relativizadas frente à liberdade e celeridade na troca de informações e do conhecimento.

Essa "nova" posição da tecnologia, alterando os aspectos sociais, culturais e econômicos da sociedade e do mundo no qual se insere, globalizado pela comunicação de massa, traz o sentido de ruptura para alguns autores ou de continuidade para outros, mas certamente produz alterações no comportamento coletivo/social e individual e no planejamento e execução do ensino.

1 Doutor pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná/UNIOESTE, Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PUCPR, Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná/UNIOESTE. Advogado. Professor Adjunto do Centro Universitário UDC/ Medianeira/PR. E-mail: miguelbarudi@udc.edu.br

2 Ciência, tecnologia e a distribuição do saber

Termos como sociedade em rede, cibercultura e ciberespaço, cunhados no bojo do que genericamente se denomina de pós-modernidade e cuja contribuição de diversos autores é analisada, servirão de contraste para a investigação realizada sobre os marcos regulatórios, as avaliações do ensino jurídico e a utilização de práticas pedagógicas fundadas em metodologias ativas e tecnologias de informação e comunicação.

No contexto da pós-modernidade, a relação entre conhecimento, informação e tecnologia é condicionante para implementação das sociedades informacionais ou do conhecimento. O determinismo científico, a centralidade do poder, a secularização de normas e valores, a educação/formação tradicional e o conceito de progresso são alterados significativamente nessa nova sociedade.

Rede é um conjunto de nós interconectados, sendo cada um desses nós o ponto no qual uma curva se entrecorta. O que é ou representa cada um desses nós, depende da natureza da rede na qual está incluído. Podem ser bolsas de valores e instituições bancárias na rede de fluxos financeiros globais. Ministérios, conselhos, parlamentos e agentes públicos na rede política que governa um país. Sistemas de televisão, estúdios de entretenimento, meios de computação gráfica, equipes de jornalismo que geram, transmitem e recebem sinais na rede global dos meios de comunicação de massa destinados ao grande público (CASTELLS, 2018, p. 553-554).

A comunicação entre os diversos nós pertencentes a uma rede e entre as redes é caracterizada em *fluxos*, que são as sequências intencionais, repetitivas e programáveis de intercâmbio e interação entre posições fisicamente desarticuladas, mantidas por atores sociais nas estruturas econômicas, política e simbólica da sociedade. Por esse motivo, o autor propõe a ideia de que há uma nova forma espacial característica das práticas sociais que dominam e moldam a sociedade em rede: o *espaço de fluxos*, definido como a organização material das práticas sociais de tempo compartilhado que funcionam por meio de fluxos (CASTELLS, 2018, p. 464).

A tecnologia, no sentido de conjunto de técnicas disponíveis numa determinada sociedade em diferentes momentos históricos é que condicionava, a seu passo, as formas de produção social e de interação entre os diversos pontos/nós. Além da tecnologia, o espaço geográfico e o tempo cronológico também eram determinantes nesse relacionamento e nas possibilidades de interação entre os nós. Essas limitações espaciais, temporais

e tecnológicas atuavam como fronteiras que separavam, distinguiam as sociedades em seus aspectos sociais, políticos, econômicos e culturais, influenciando na dinâmica de desenvolvimento.

As tecnologias de informação e comunicação são o ponto de interconexão da teoria da sociedade em rede de Castells e a proposta de Lévy configurada nos conceitos de ciberespaço e cibercultura. É possível afirmar que sem o que denomina Lévy de *ciberespaço* não seria viável pensar em sociedade em rede e fluxos de informação conforme preconiza Castells. Tampouco tratar da *cibercultura* como defendida pelo próprio Lévy.

Explica-se essa afirmação pelos conceitos trazidos por Lévy (2010, p. 17). O *ciberespaço*, também chamado de *rede* pelo autor, é definido como o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial de computadores. Já a *cibercultura* é definida como o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do *ciberespaço*.

Quanto mais o ciberespaço se amplia, pela conexão de outros computadores, pelo acesso de novos usuários à *internet* e inserção de novas informações na rede, mais aquele se torna *universal* e menos o mundo informacional se torna *totalizável*. O universal da cibercultura não possui nem centro nem linha diretriz. O universal, nesse caso, é vazio, sem conteúdo particular, aceitando todos os conteúdos, se contentando em interligar um ponto qualquer com outro, seja qual for a carga semântica das entidades relacionadas (LÉVY, 2010, p. 113).

A essência do ciberespaço e, a partir desse, da cibercultura, está na forma como as pessoas utilizam essa estrutura física de dispositivos para estabelecer as relações com outras pessoas e instituições de todo gênero. Essa forma de interação, pessoal, mas despersonalizada, em tempos cronológicos diferentes, mas em tempo real, em lugares distantes, mas tornados próximos pelos dispositivos é que caracteriza a cibercultura e o ciberespaço no plano técnico.

O ciberespaço como espaço da prática de comunicação interativa, recíproca e intercomunitária, como horizonte de mundo virtual vivo e heterogêneo, permite que cada ser humano participe e contribua para seu desenvolvimento, caracterizando-se pelo movimento social contínuo que o move e ao mesmo tempo o modifica. Assim como no caso do automóvel, existe a conexão entre o desejo do indivíduo (participar, interagir, contribuir para o mundo virtual) e a ação das forças econômicas em atender a esse desejo com a criação de novos dispositivos, aumentar a potência e capacidade dos existentes e garantir a compatibilidade entre esses (tecnologia).

A partir dessas premissas é que se percebe a relação reflexiva entre tecnologia, cultura e sociedade, com ingerência direta nos mercados de trabalho, nas profissões e, consequentemente, na educação e formação dos cidadãos. A dinâmica de transformação constante e cada vez mais célere trazida pela pós-modernidade altera os eixos de poder, a produção de conhecimento, a atuação dos indivíduos e suas relações interpessoais, influenciando, como dito, na produção e reprodução da vida social, como afirmam Castells e Lévy. Essas condicionantes se inserem também no campo jurídico, alterando sua racionalidade e sua topologia, como se verá adiante.

3 Os efeitos da cibercultura na rede formada pelo Direito

O Direito, assim como os demais campos do saber ou estruturas pertencentes à sociedade também se organiza sistemicamente, ou como defende Castells, *em rede*. Podemos dizer que a *rede do sistema jurídico* é formada, entre outros nós, pelo sistema normativo (normas, regras e princípios), pelo sistema judiciário (jurisdição, organização judiciária, infraestrutura judiciária, magistratura), pela advocacia (advogados privados e públicos), pelo Ministério Público (estadual e federal), pelo Poder Executivo (agências reguladoras, autarquias especializadas, departamentos jurídicos, exercício da função administrativa), pelas forças de segurança pública (polícia, sistema penitenciário), os Tribunais de Contas (da União e dos Estados e Municípios), pelo Poder Legislativo (exercício da função legislativa e fiscalizadora), pelos administrados (cidadãos, empresas, entidades) e pelo ensino jurídico (instituições de ensino, professores, alunos, órgãos de regulação e controle).

Essa rede de interconexões e nós sempre existiu se analisarmos o direito desde sua inserção nas sociedades como elemento cultural. A diferença que se percebe está ligada a diferença no desenvolvimento ou na localização histórica dessas sociedades. A *cibercultura* como descrita por Lévy, tendo a técnica como condicionante da sociedade e da cultura possibilitou o desenvolvimento de inúmeras formas inovadoras de atuação e interação entre os indivíduos e as instituições sociais. Novas formas de comunicação, de prestação de serviços, de relacionamentos interpessoais surgem e se transformam com velocidade e em dimensões nunca vistas. O surgimento do *ciberespaço* como *locus* por onde transitam e são armazenadas essas informações é marco dessa realidade social da pós-modernidade e que tem na *internet* seu símbolo e essência.

Uma das ideias mais fortes na origem do *ciberespaço* é a da interconexão, já que para a *cibercultura* a conexão é sempre preferível ao isolamento, sendo um bem em si. A *cibercultura* aponta para uma civilização de telepresença generalizada. Como prolongamento da interconexão surgem as *comunidades virtuais*, construídas e poiadas na interconexão e nas afinidades de interesses, de conhecimentos, projetos mútuos, em um processo de cooperação independente das proximidades geográficas e de filiações institucionais. E, por fim, um grupo humano só se interessa em constituir-se como comunidade virtual para aproximar-se do ideal do coletivo inteligente, mais imaginativo, mais rápido, mais capaz de aprender e de inventar do que um coletivo inteligentemente gerenciado (LÉVY, 2010, p. 129-132).

É nesse novo *espaço* social e cultural que se insere a rede do sistema jurídico. Um espaço criativo e cooperativo que altera as formas de atuação dos nós pertencentes com relação às formas anteriores de atuação, bem como no sentido de seu desempenho e inserção no novo sistema. Por esse prisma, o desafio que se apresenta diz respeito ao próprio conhecimento e utilização das novas tecnologias de informação, seus métodos e a capacitação para atuar nessa nova estrutura social. Mas também, devemos nos atentar para a formação deontológica com vistas à essa nova matriz sociológica e filosófica, garantindo a participação democrática dos indivíduos no espaço da *cibercultura*.

Esses desafios se apresentam a todos os nós (agentes e posições sociais) atuais e futuros sendo determinante a adaptabilidade dos atuais participantes para buscar inserção nessa realidade e, no caso dos futuros integrantes, será determinante a formação acadêmica recebida, que os capacite a integrar a rede estabelecida e mais, os capacite a interagir de forma ativa na sua manutenção e aprimoramento. Nesse quesito encontra sua importância o ensino jurídico, como um dos nós centrais da rede.

A idealização do perfil do graduando, prevendo como competências esperadas a postura reflexiva e crítica, a capacidade de aprendizagem autônoma e dinâmica, a compreensão do impacto das novas tecnologias na área jurídica, o domínio de tecnologias e métodos para compreensão e aplicação do Direito, a capacidade para atuação em grupos disciplinares e interdisciplinares, demonstra a ligação com a cibercultura, o ciberespaço e a sociedade em rede e a preparação necessária para o enfrentamento dos novos desafios que se apresentem ao mundo do Direito.

Complementando o quadro de conexão do modelo de ensino jurídico previsto pelo marco regulatório e a cibercultura, temos o reconhecimento

da importância de conteúdos, habilidades e competências obtidas fora do ambiente acadêmico, em atividades de natureza cultural, transdisciplinar e inovadora. Essas atividades poderão ser desenvolvidas por intermédio de estratégias e práticas pedagógicas diversificadas, em ambiente extraclasse, utilizando as tecnologias educacionais.

Em função da centralidade do ensino jurídico nessa rede de entrelaçamento, é importante analisar também os efeitos produzidos pela cibercultura nos outros nós relacionados e pertencentes à rede do Direito. Os nós impactados pelos efeitos da cibercultura que analisamos são formados pela burocracia estatal, pelo sistema judiciário e pelo Direito como campo de conhecimento.

4 Cibercultura e metodologias ativas na educação jurídica

No âmbito da educação, surge o desafio de preparar os alunos para aquilo que não se conhece, uma vez que se ignoram os conhecimentos que serão adequados aos sujeitos no futuro e requerer do sistema educacional maior atenção às demandas da sociedade, às relações entre educação e emprego e às demandas do mercado globalizado por competitividade e produtividade, ainda que de forma não clara considerando a dinâmica de mudança que se percebe pela pós-modernidade (SACRISTÁN, 2006, p. 65).

Para Lévy (2010, p. 159), qualquer reflexão sobre o futuro dos sistemas educacionais e de formação deve ser fundada na análise prévia da mutação contemporânea da relação com o saber, no que diz respeito à velocidade de sua produção e renovação dos saberes e *savoir-faire*. Pela primeira vez na história, a maioria das competências adquiridas por uma pessoa no início do seu percurso profissional estarão obsoletas no fim de sua carreira. Por fim, a presença no ciberespaço de tecnologias intelectuais que amplificam, exteriorizam e modificam funções cognitivas humanas (memória, raciocínio, imaginação, percepção).

O papel do educador nesse quadro também entra em questão. A profissão não nos parece em risco de extinção, como defendemos adiante. O que está em risco é o educador tradicional, enraizado na função de transmissor de conhecimento enquanto tem no aluno, o receptor desse conhecimento. As transformações promovidas pela cibercultura impelem o educador, como profissional, a buscar adaptação, capacitação e autoconhecimento. Caso não realize uma autocrítica verdadeira e consciente de seu papel, esse indivíduo

poderá ser suplantado por outros profissionais que estejam inseridos na realidade da cibercultura.

Voltamos nossa atenção, então, para as tecnologias e seus possíveis efeitos como subsídio, suporte e apoio para a educação e construção do conhecimento e que, em conjunto com novas metodologias e estratégias de ensino, podem qualificar o processo de ensino-aprendizagem para os desafios da época contemporânea. Autonomia, inventividade, adaptabilidade, criatividade, assim como visão de conjunto e significação da ação como formas de empoderamento dos sujeitos do processo de ensino-aprendizagem estão relacionados com o uso das tecnologias de informação na educação.

Precisamos almejar que o aluno apreenda competências relacionadas com o ideal de autonomia e criatividade, buscando a autodidaxia no aprendizado, para que tenha condições de adaptação à futuras exigências, ainda desconhecidas no momento originário de sua formação acadêmica. Por outro lado, nossa preocupação deve abranger, além das competências técnico-operacionais pretendidas pelo mercado, a consecução das finalidades sociais da educação, fundadas na criticidade e na reflexividade, como meios de empoderamento político e social desse aluno na sua dimensão cidadã.

Reconhecemos, consequentemente, que a pós-modernidade, com suas várias dimensões, especialmente no que diz respeito ao conhecimento e tecnologias, caracterizando a sociedade da informação, organizada em redes e inserida na cibercultura tem na educação como instituição social e seus processos um ponto sensível de transformação, questionando a adequação do modelo predominante e propondo alternativas.

Dessa percepção geral, podemos contextualizar o ensino jurídico, desde sua criação no Brasil e a partir dos diversos marcos regulatórios que se seguiram essa ligação entre saber e poder (poder político e econômico), sua função formadora da burocracia estatal e, modernamente, sua disfunção, seguindo os resultados de nossa investigação.

Para Belloni (2009, p. 8-9), para responder a esses desafios, a integração das TIC aos processos educacionais pode ser de grande valia, desde que a integração considere as técnicas em suas duas dimensões indissociáveis: como ferramentas pedagógicas para melhoria e expansão do ensino e como objeto de estudo complexo e multifacetado, com abordagem crítica e interdisciplinar, sem esquecer de que se trata de um tema transversal. Essa abordagem pode propiciar uma apropriação ativa e criativa destas tecnologias pelo professor e pelo aluno, usuários do novo modelo.

Como apontamos antes, no ambiente da cibercultura, o uso das tecnologias de informação e a inserção no ciberespaço, como ambiente de movimento da informação por meio de fluxos e refluxos, é essencial para a transmissão e produção do conhecimento. Na rede formada pela educação jurídica, a compreensão da dimensão da cibercultura e da função das tecnologias como ferramenta de interconexão de indivíduos e saberes, é imprescindível para a emancipação dos sujeitos no processo de ensino-aprendizagem.

Para Lévy (2010, p. 160), o domínio dos dispositivos e do espírito da cibercultura ao cotidiano da educação deve fazer parte das reformas pelas quais os sistemas educacionais devem ser submetidos. As tecnologias de informação exploram certas técnicas de ensino não presencial, incluindo as hipermídias, as redes de comunicação interativas e todas as tecnologias intelectuais da cibercultura, apresentando uma nova pedagogia, que favorece as aprendizagens personalizadas e a aprendizagem coletiva em rede e na qual o professor é incentivado a ser um promotor da inteligência coletiva de seus grupos de alunos em vez de um fornecedor direto de conhecimentos.

O ideal de convergência entre os paradigmas de ensino presencial e virtual defendido como hipótese da pesquisa realizada é a manutenção do ensino presencial como base material da ação pedagógica, utilizando o plano virtual como *locus* de complementação, do modelo e utilizando as tecnologias educacionais como ferramentas de mediação, aliadas às metodologias e estratégias que possibilitem essa interconexão.

A educação que utiliza as tecnologias de informação como suporte deve incluir o desenvolvimento de práticas educacionais emancipadoras, associadas com as aspirações e modos de ser dos alunos. Devemos ultrapassar a fronteira estanque das práticas tecnicistas e acríticas, aceitando o ingresso de práticas ativas e participativas nesse espaço de hibridação (Canclini) ou de entrelaçamento (Shinn).

Concordamos ainda com a autora quando declara que o processo educacional como um todo, deve conceber metodologias de ensino e estratégias de utilização de materiais de ensino/aprendizagem, com apoio nas tecnologias de informação, com vistas a potencializar as possibilidades de aprendizagem, com o foco central no graduando e buscando sua autonomia como aprendente.

Nesse sentido, afirma Tori (2009, p. 121), ao abordar a convergência entre o ensino presencial e virtual, que esses dois ambientes de aprendizagem que historicamente se desenvolveram de maneira separada vêm se descobrindo mutuamente complementares, aproveitando o que há de mais

vantajoso em cada modalidade e considerando o contexto, curso, adequação pedagógica, objetivos educacionais e perfil dos alunos. Um espécime, assim, de matriz de entrelaçamento a ser buscada.

De forma mais ampla, defendemos uma perspectiva de utilização das tecnologias de informação no campo educacional como instrumentos que potencializem a capacidade de libertação e autonomia do estudante, como dito acima. Que o posicione frente à sociedade e inserido nela imbuído de capacidade crítica e transformadora, no sentido ético dado à pós-modernidade em detrimento dos aspectos meramente mercadológicos.

Partimos do pressuposto de que a ciência e a tecnologia condicionam uma realidade social, a cibercultura, que define características de uma cultura global e que absorve a todos, independentemente de classe social, gênero ou idade. Ignorar a cibercultura e suas especificidades como influência nas formas de produção, transmissão e assimilação de conhecimento é fechar os olhos ao presente, ancorado num passado que se mostra descompassado, limitando os avanços possíveis em direção ao futuro.

5 Considerações finais

A partir da investigação realizada, chegamos a parte final do nosso trabalho, apresentando os resultados obtidos e algumas recomendações deles decorrentes. A disfunção do ensino jurídico, tratada de forma geral no problema formulado, se percebe em três aspectos interconectados: a disfunção estrutural, a disfunção cognitiva e a disfunção funcional.

O primeiro aspecto dessa disfunção, o estrutural, se refere à estruturação curricular e metodológica da maioria dos cursos de Direito no Brasil. Mesmo com as constantes alterações dos marcos regulatórios durante a história de sua existência, o ensino jurídico se manteve ancorado na matriz positivista e racionalista, dividido em especialidades estanque, caracterizadas pelas disciplinas que encerram conteúdos delimitados e especializados de cada ramo do Direito.

O segundo aspecto, relacionado à disfunção cognitiva, se refere aos resultados do processo de ensino aprendizagem fundado na epistemologia racional-positivista e nas práticas pedagógicas mecanicistas ou dissertativas. Esse aspecto tem imbricações diretas com o aspecto anterior e se relaciona com a estruturação curricular e metodológica dos cursos de Direito.

Essas relações são permeadas atualmente pela lógica da cibercultura e da sociedade em rede, mediadas no ciberespaço, que insere outro fator que

agrava a disfunção do ensino jurídico. Esse agravamento se deve às novas formas de transmissão e recepção do conhecimento trazido pelas tecnologias de informação e comunicação e que estão presentes no cotidiano dos indivíduos (computadores, telefones celulares inteligentes, internet, redes sociais, aplicativos de mensagens e de relacionamento) e das instituições (administração pública, poder judiciário, advocacia, educação).

Na cibercultura o conhecimento encontra sua produção e divulgação disseminada por inúmeros atore sociais, estes interconectados em redes de transmissão, com acesso simplificado pela lógica do ciberespaço. As tecnologias de informação e comunicação substituem as formas tradicionais de circulação de informação através de fluxos e refluxos entre os nós pertencentes a uma mesma rede e entre as redes.

O acesso à informação e, consequentemente, ao conhecimento se democratiza no ciberespaço. As possibilidades de recebimento, transmissão, retransmissão e produção de conhecimento foram ampliadas de forma inimaginável pela lógica da modernidade.

Dito entrelaçamento ocorrerá através de práticas pedagógicas diferentes daquelas utilizadas pelo paradigma tradicional. Práticas ativas e interativas, nas quais o foco do processo seja na aprendizagem do aluno, que passa de receptor de conhecimentos a produtor de conhecimentos pela mediação de sua condição pessoal e da realidade social.

Não tratamos de ensino híbrido como meio, mas como fim, objetivo. Híbrido no contexto de interconectar a formação técnico-jurídica e ético-política no cerne do processo de ensino-aprendizagem. Híbrido também no objetivo de transmutação das práticas pedagógicas e da dicotomia existente entre professor-alunos, num contexto em que todos os sujeitos (professores e alunos), desempenhem dinamicamente esses papéis.

Referências

BELLONI, M. L. *O que é mídia-educação*. 3 ed. Campinas: Autores Associados, 2009.

CASTELLS, M. *A sociedade em redes*. Trad. Roneide Venancio Majer. 19 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

LÉVY, P. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2003.

LÉVY, P. *Cibercultura.* Trad. Carlos Irineu da Costa. 3 ed. São Paulo:

Editora 34, 2010.

SACRISTÁN, J. G.. O significado e a função da educação na sociedade e na cultura globalizadas. In: GARCIA, R. L. e MOREIRA, F. B.. *Currículo na contemporaneidade: incertezas e desafios*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SHINN, T. *Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e a matriz de entrelaçamento*. In: SCIENTIÆ ZUDIA, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 43-81, 2008.

TORI, R. Cursos híbridos ou blendedlearning. In: LITTO, F.; FORMIGA, M. *Educação a distância: o estado da arte*. São Paulo: Pearson Educacional do Brasil, 2009.

Capítulo 35

POR UM NOVO REGIME DE BENS PARA UNIÕES POLIGÂMICAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Karla Cristine Ferreira Rodrigues[1]
Poliana Myriam Felipe Rodrigues de Santana[2]

1 Introdução

Em um primeiro momento, é cabível inferir que o direito de família brasileiro, historicamente edificado sobre o pilar da monogamia, enfrenta um cenário social em constante evolução. Nesse ínterim, a emergente visibilidade e a persistente ocorrência de uniões polígamas no Brasil, apesar da ausência de reconhecimento jurídico formal, desafiam a rigidez do modelo conjugal moderno que molda a legislação civil, especialmente no que concerne à regulação das relações patrimoniais.

Isso considerado, os regimes de bens previstos no Código Civil - comunhão parcial, comunhão universal, separação total e participação final nos aquestos - foram concebidos em um contexto normativo que pressupõe a existência de apenas dois sujeitos na relação conjugal, revelando-se, por conseguinte, insuficientes e potencialmente injustos para disciplinar os interesses econômicos em uniões com múltiplos partícipes.

Nessa perspectiva, diante da lacuna legislativa em meio à configurações familiares plurais e da crescente complexidade das relações conjugais contemporâneas, o presente artigo propõe uma reflexão acerca da urgência na discussão e na eventual criação de um novo regime de bens específico para as uniões polígamas no direito brasileiro. Por esse ângulo,

1 Discente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Técnica em Administração pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais. E-mail: karlaferreira1625@gmail.com

2 Auditora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais. Mestre em Administração Pública pela Universidade Federal de Lavras. Especialista em Auditoria Governamental pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Advogada. Professora. E-mail: polianamyriam@gmail.com

a análise perpassa pela conceituação e pela contextualização da poligamia, pela exposição da inadequação dos regimes patrimoniais existentes, pela defesa da necessidade de uma nova abordagem jurídica e pela exploração de possíveis modelos ou princípios que poderiam fundamentar um regime de bens polígamo.

Em síntese, o objetivo central é fomentar o debate acadêmico e jurídico sobre a necessidade de adaptar o direito de família à pluralidade das formas familiares, garantindo tanto a proteção dos direitos patrimoniais e sucessórios quanto a segurança jurídica em um contexto social em transformação.

2 A poligamia: uma realidade plural

Inicialmente, é cabível inferir que a poligamia, prática ancestral presente em diversas culturas e períodos históricos, caracteriza-se pela manutenção simultânea de múltiplos cônjuges. Seguindo essa linha de pensamento, a obra "A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado", redigida pelo teórico Friedrich Engels, dispõe que:

> O estudo da Pré-História, [...], confronta-nos com situações em que homens vivem em poligamia e suas mulheres vivem simultaneamente em poliandria e, em consequência, as crianças comuns são tidas como comuns a todos; essas situações, por sua vez, passaram por toda uma série de mudanças até sua dissolução final no casamento monogâmico. Essas mudanças estreitaram cada vez mais o círculo que envolve o laço matrimonial comum e que originalmente era muito vasto, até que, por fim, restou somente o par individual hoje predominante (ENGELS, 2019, p. 48).

Dito isso, necessário ressaltar que manifestações primárias da poligamia residem na poliginia, união de um homem com várias mulheres, e na poliandria, união de uma mulher com vários homens. Dessa forma, percebe-se que, embora a monogamia seja a forma predominante e legalmente sancionada na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, a poligamia persiste como fenômeno social, em alguns locais, como no Himalaia e no Oriente Médio, impulsionada por fatores culturais, religiosos e, em alguns contextos, econômicos (IBDFAM, 2020).

No cenário brasileiro, a monogamia é erigida como princípio constitucional e infraconstitucional do Direito de Família, o qual está inserido de forma implícita nos artigos 226 da Constituição da República e 1.514 do Código Civil de 2002. De acordo com Maria Helena Diniz (2015):

> O nosso Código Civil, art. 1.521, VI, estatui: "Não podem casar as pessoas casadas"; com a violação dessa disposição legal, autoriza a norma que se decrete a nulidade do casamento. Realmente, estabelece o Código Civil no art. 1.548, II, que "é nulo o casamento contraído por infringência de impedimento", e que se aplique uma pena ao transgressor, como dispõe o Código Penal no seu art. 235, *caput*: "Contrair alguém, sendo casado, novo casamento". Pena: reclusão de 2 a 6 anos". Com isso, nossa ordem jurídica consagra a monogamia, cuja violação autoriza a aplicação de duas sanções: a nulidade do ato praticado e a pena ao violador (DINIZ, 2015, p. 45).

Nesse contexto, embora as uniões polígamas não possuam reconhecimento jurídico e se encontrem à margem da sociedade, sua existência não pode ser ignorada, haja vista que, seja em comunidades tradicionais, em contextos religiosos específicos ou em arranjos familiares informais, a pluralidade conjugal se manifesta como uma realidade social que clama por atenção jurídica.

Assim, depreende-se que as motivações subjacentes à poligamia são diversas e merecem ser compreendidas para além de juízos morais, buscando identificar as necessidades e os direitos dos indivíduos envolvidos. Dessa forma, o debate jurídico em torno da poligamia no cenário brasileiro é marcado pelo embate entre os princípios da monogamia e da dignidade da pessoa humana, tendo-se em vista o direito à autonomia individual.

A jurisprudência brasileira, de forma consistente, não tem reconhecido direitos em uniões polígamas, fundamentando essa negativa na expressa proibição legal da bigamia e da poligamia, conforme o artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil de 2002. No entanto, uma decisão singular proferida pela Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Novo Hamburgo, no Rio Grande do Sul, em 28 de agosto de 2023, destoou desse entendimento majoritário ao reconhecer a união estável poliafetiva de um trisal que mantinha um relacionamento de dez anos (IBDFAM, 2023).

Com efeito, em face do exposto, observa-se que parcela da doutrina manifesta inflexibilidade em relação à poligamia, como Savigny (1855, p. 336), que a classifica como o estágio menos evoluído da moralidade. Entretanto, tendo-se em vista a dinamicidade do Direito -o qual deve ser alterado conforme as estruturas sociais e culturais presentes no espaço-tempo-, faz-se relevante questionar a rigidez de tais posicionamentos, argumentando a necessidade de conferir tutela jurídica aos direitos patrimoniais e existenciais dos integrantes de relações poligâmicas, sobretudo em consideração à boa-fé e ao esforço mútuo empregado na formação do patrimônio.

3 Os regimes de bens no Código Civil de 2002: reflexos da monogamia patrimonial

De acordo com o desembargador aposentado, Carlos Roberto Gonçalves (2025):

> Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal (GONÇALVES, 2025, p. 401).

Sob este aspecto, o texto do artigo 1.639 do Código Civil de 2002 dispõe que "é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver", o que demonstra o princípio-base da liberdade de escolha do casal. Diante disso, relevante destacar que existem quatro regimes de bens no Direito brasileiro, sendo eles: comunhão parcial (art. 1.658 a 1.666, CC), comunhão universal (art. 1.667 a 1.671, CC), separação total (art. 1.687 e 1.688, CC) e participação final nos aquestos (art. 1.672 a 1.686, CC), os quais foram estruturados sob a premissa fundamental da existência de um único núcleo conjugal, composto por duas pessoas.

A esse respeito, depreende-se que a lógica da comunicação e da incomunicabilidade de bens, da administração do patrimônio comum e das regras de partilha em caso de dissolução ou morte, estão intrinsecamente ligadas à instituição da monogamia, o que expõe a complexidade de integrar as relações poligâmicas no sistema jurídico contemporâneo.

A título de exemplo, a adoção da comunhão parcial faz com que apenas os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento ou da união estável sejam comunicados (art. 1.660, I, CC). Seguindo essa linha de raciocínio, percebe-se que, em uma suposta união polígama, a aplicação desse regime torna-se complexa ao tentar definir a proporção da participação de cada cônjuge ou companheiro no patrimônio adquirido de forma onerosa.

Do mesmo modo, a comunhão universal, que implica a comunicação de todos os bens presentes e futuros (art. 1.667, CC), ressalvadas as exceções legais, enfrenta desafios semelhantes na identificação e na divisão equitativa entre múltiplos cônjuges ou companheiros. Ademais, a separação total, embora teoricamente mais simples ao manter os patrimônios individuais distintos (art. 1.687, CC), contempla a formação de um patrimônio comum decorrente do esforço conjunto dos cônjuges, o que pode ser de

difícil aplicação no que tange os membros da união polígama. Também a participação final nos aquestos, que busca conjugar a autonomia patrimonial durante a união com a partilha do acréscimo patrimonial ao final (art. 1.672, CC) esbarra na dificuldade de operacionalização em um cenário poligâmico.

Portanto, a aplicação forçada dos regimes de bens monogâmicos à uniões polígamas pode gerar injustiças e insegurança jurídica, principalmente no que tange a partilha de bens e a sucessão, uma vez que, em caso de dissolução, a ausência de regras claras para a partilha pode levar a litígios complexos e à desproteção de indivíduos que contribuíram para a formação do patrimônio comum. Não obstante, na hipótese de falecimento de um dos membros de relações plurais, a legislação sucessória, também estruturada sob a lógica monogâmica, enfrenta dificuldades em definir a ordem de vocação hereditária e a meação dos demais partícipes da união polígama.

4 A urgência de um novo regime de bens

Para que se possa considerar a instituição de um novo regime de bens, é fundamental, a priori, que a bigamia (art. 235, CP) e - por extensão analógica - a poligamia, sejam descriminalizadas no âmbito penal e passem a ter previsão expressa no Código Civil. Assim sendo, a superação do estigma vinculado às relações plurais se faz necessário, uma vez que a crescente constatação da existência de uniões polígamas no Brasil, ainda que à margem do reconhecimento legal formal, impõe uma reflexão urgente sobre a necessidade de adaptar o ordenamento jurídico a essa realidade social (IBDFAM, 2025).

Nesse sentido, torna-se possível destacar que a manutenção de um sistema de regimes de bens exclusivamente voltado para a monogamia perpetua a invisibilidade e a vulnerabilidade jurídica dos indivíduos inseridos em relações plurais. Logo, a criação de um novo regime de bens específico para uniões polígamas se justifica, primeiramente, pela necessidade de proteger os direitos e os interesses de todos os envolvidos em relações plurais, uma vez que, em um contexto de esforço comum na construção de patrimônio, é imperativo garantir que todos os membros da união tenham seus direitos econômicos reconhecidos e tutelados, evitando enriquecimento sem causa e situações de desamparo em caso de dissolução ou morte.

A instituição de um regime de bens adequado traria maior segurança jurídica para as relações polígamas existentes, haja vista que a ausência de regras claras e específicas para a gestão e a partilha de bens fomenta a litigiosidade e a incerteza jurídica, expondo os indivíduos a decisões

judiciais contraditórias e, muitas vezes, desfavoráveis. Assim, um regime de bens específico poderia estabelecer critérios objetivos e transparentes para a administração do patrimônio comum e sua eventual divisão, prevenindo conflitos e garantindo a previsibilidade das relações jurídicas.

Em suma, a evolução do direito de família deve acompanhar as transformações sociais, reconhecendo e regulamentando as diversas formas de organização familiar que emergem na sociedade contemporânea. Portanto, a insistência em um modelo jurídico exclusivamente monogâmico ignora a pluralidade das experiências afetivas e familiares, perpetuando a exclusão e a marginalização de indivíduos que optam por outras formas de relacionamento, por isso, a criação de um regime de bens para uniões polígamas seria um passo importante no sentido de conferir dignidade e reconhecimento jurídico a essas relações, alinhando o direito à realidade social.

5 A possibilidade de criação de um novo regime de bens

Evidentemente, a criação de um novo regime de bens para uniões polígamas no direito brasileiro enfrenta desafios legais e doutrinários significativos, especialmente em relação à superação do princípio da monogamia como dogma central do direito de família atual. No entanto, a análise de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a igualdade (art. 5º, CF) e a proteção às diversas formas de família, em interpretação extensiva (art. 226, CF) pode fornecer fundamentos para a construção de uma nova abordagem jurídica.

Diversos modelos ou princípios poderiam ser considerados na estruturação de um regime de bens polígamo. A título de exemplo, uma possibilidade seria a adoção de um regime de separação obrigatória de bens como regra, permitindo que os membros da união celebrem contratos específicos para regular a propriedade e a partilha dos bens adquiridos em conjunto, de forma proporcional à contribuição de cada um. Outra alternativa seria a criação de um sistema de cotas individuais e coletivas, distinguindo entre o patrimônio individual de cada membro e o patrimônio comum da união polígama, com regras claras para a administração e a partilha de ambos.

A esse respeito, a adaptação do regime de participação final nos aquestos também poderia ser explorada, buscando mecanismos para contabilizar a participação de múltiplos membros no incremento patrimonial durante a união. Outra opção seria um modelo híbrido, que

combine elementos de diferentes regimes existentes ou que crie soluções inovadoras baseadas em princípios de equidade e proporcionalidade.

Em conclusão, em qualquer modelo a ser proposto, a questão da administração dos bens comuns em uma união com múltiplos partícipes demandará atenção especial, buscando soluções que garantam a transparência, a responsabilidade e a participação de todos os envolvidos nas decisões patrimoniais relevantes.

6 Conclusão

A centralidade da monogamia no direito de família brasileiro, embora historicamente consolidada, revela-se cada vez mais inadequada para regular as complexas relações patrimoniais que emergem da realidade das uniões polígamas. Isso posto, depreende-se que a ausência de um regime de bens específico para essas uniões perpetua a invisibilidade jurídica, a vulnerabilidade econômica e a insegurança para os indivíduos envolvidos.

Por fim, a urgência na discussão e na eventual criação de um novo regime de bens para uniões polígamas no direito brasileiro se impõe como uma necessidade premente para garantir a proteção dos direitos, a promoção da segurança jurídica e o alinhamento do ordenamento jurídico com a pluralidade das formas de convivência que caracterizam a sociedade contemporânea. Logo, a superação do dogma da monogamia patrimonial e a busca por soluções jurídicas inovadoras e justas são passos essenciais para a construção de um direito de família mais inclusivo e sensível às diversas configurações familiares existentes no Brasil.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 maio 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 07 maio 2025.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 06 maio 2025.

DE CERQUEIRA, Judith Fernanda Oliveira. **Da poligamia à**

monogamia: como a propriedade privada e o Estado moldaram a proteção conferida ao âmbito familiar pelo ordenamento jurídico através dos códigos civis brasileiros. IBDFAM, 05 ago. 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/1522/Da+poligamia+a+monogamia. Acesso em: 06 maio 2025.

DEPINÉ, Fabiana Telles David; DAL BELLO, Vívola Risden Mariot. **Reflexos patrimoniais em uniões estáveis poliafetivas: da constituição à dissolução.** IBDFAM, 22 jan. 2025. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/225C3%A7%C3%A3o+a+dissolu%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 07 maio 2025.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Volume 5: Direito de Família. 39. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2015.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Volume 6: Direito de Família. 22. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025.

IBDFAM. **Justiça do Rio Grande do Sul reconhece união poliafetiva de trisal que espera primeiro filho.** IBDFAM, 2023. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/11141. Acesso em: 03 maio 2025.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Traité de droit romain.** Paris: Hachette Livre, 1855. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/items/c4d2de77-cfc1-4346-a709-023623331aed. Acesso em: 06 maio 2025.

Capítulo 36

AS LEIS PENAIS INDETERMINADAS E O CRIME DE GOLPE DE ESTADO: SOBRE O MANEJO DO ARTIGO 359-M DO CÓDIGO PENAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Jorge Patrício de Medeiros Almeida Filho[1]

Introdução

Neste ensaio analiso de forma direta três questões de Direito Penal: 1) a estrutura e o sentido normativo das leis penais (in) determinadas, 2) a matéria da proibição contida no crime de Golpe de Estado tipificado no art. 359-M do Código Penal e 3) a ação do Supremo Tribunal Federal no manejo desta matéria.

Os contrapontos apresentados pressupõem que o leitor tome a Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 como sendo o pressuposto jurídico normativo positivo que constitui, suporta e dá sentido ao Estado de Direito e à democracia no Brasil. Neste documento constitucional o Direito Penal está estabelecido e fundado, sobremaneira, sobre três pilares:

Legalidade	Reserva de Parlamento	Separação dos Poderes
CF. Art. 5, XXXIX	CF. Art. 22, I	CF. Art. 2

Os Princípios da Legalidade[2] e da Separação dos Poderes[3] desde suas origens buscaram primordialmente evitar que grandes quantidades de poder

---

1 Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional. Professor de Direito Penal e Direito Constitucional. Programa Problemas Fundamentais de Direito Penal e Processo Penal na George August Universität Göttingen-Germany. Membro da Comissão Estadual de Processo Penal da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Estado de Minas Gerais. Revisor Editorial da De Jure - Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Registro meus agradecimentos ao jurista mineiro João Henrique Ribeiro Batista pelas contribuições oferecidas neste trabalho e na peregrinação que nos levará a um Brasil mais justo, mais digno e mais livre.

2 CF. Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

3 CF. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

se concentrassem no domínio de pequenos grupos, daí, neste mesmo sentido, o uso do poder punitivo e da violência estatal, estarem **integralmente condicionados à atividade do parlamento**[4]**.** Isso é o que significa o "não há crime sem *lei anterior* que o defina, nem pena sem *prévia cominação legal*" - nullun crimem nulla poena *sine legen*. O Princípio da Legalidade penal, portanto, proíbe que haja outra fonte produtora de Direito Penal que não seja o parlamento e outro meio de constituição da matéria proibitiva dos seus *tipos* que não seja a lei formal.

A forma jurídica é um importante instrumento de estabilidade para todos os ramos do Direito, mas, para o Direito Penal a legalidade é mais que uma forma de apresentação, a legalidade é a *sua condição indisponível de possibilidade, é um mecanismo de segurança pública;* sem a lei formal, o direito penal **não pode existir**.

As garantias da reserva de parlamento e de lei formal enquanto condições de segurança e existência do Direito Penal carregam em seu sentido normativo mais essencial a exigência de que *o parlamento determine a matéria da proibição e o esquema estrutural do modelo de conduta punível* que passará a ser imputado como crime.

De nada adiantaria a previsão constitucional da legalidade penal se ela não estivesse acompanhada do seu núcleo normativo protetivo que proíbe persecuções penais baseadas em leis penais incertas, cujo conteúdo e abrangência não estivessem previamente determinados. **Leis penais determinadas** possuem a seguinte estrutura: Ex.

O *preceito primário* descreve de forma **determinada** a **hipótese autorizada pelo legislador** para o uso do poder punitivo estatal. A descrição da conduta punível estabelece **condição para o exercício do poder punitivo público**.

CP. Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

O *preceito secundário* é uma **cláusula concessiva de poder punitivo**. Autoriza as agências do Estado a retirar bens e pessoas do espaço de convivência pública mediante o sequestro e encarceramento.

Neste sentido, para impor a alguém a pena do art. 155, do CP, é preciso que, dentro do devido processo, seja demonstrado por meio

4 CF. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

de provas construídas em contraditório que a hipótese autorizada pelo legislador se realizou concretamente pela conduta do acusado, ou seja, é preciso provar que o sujeito que suportará a imputação penal *subtraiu para si ou para outrem coisa alheia móvel*.

Este modelo punitivo estruturado e conformado segundo o princípio da legalidade dificulta que o aparelhamento estatal seja instrumentalizado para prática de perseguições políticas, condenações injustas, vinganças escusas e lawfare. Isso porque **as cláusulas concessivas de poder punitivo devem estar sempre amarradas em determinadas hipóteses autorizadas pelo parlamento** descrendo modelos proibitivos definidos, determinados, taxativos e claros. O nullun crimem nulla poena sine legen impede que grupos de poder se formem e usem as agências de persecução estatal como meio para obtenção de objetivos políticos e particulares, contrários aos interesses constitucionais. Quando a Constituição Federal colocou no rol de direitos e garantias fundamentais a prescrição "*Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*", o que ficou determinado é que as agências e os poderes persecutórios só funcionarão nos casos e nos termos autorizados pelo parlamento, por isso, nos casos e nos termos da lei, sem exceção.

2 Sobre as leis penais indeterminadas

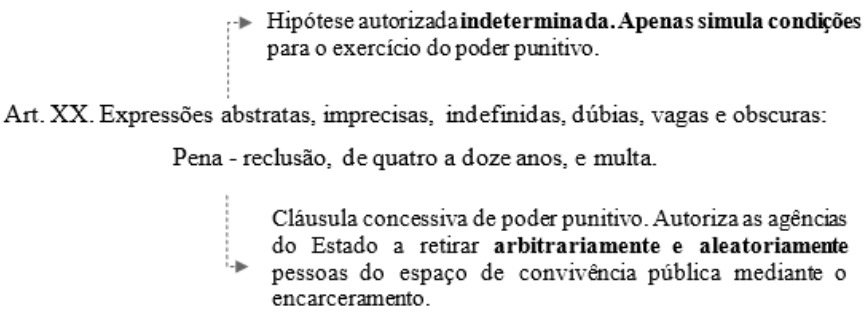
Uma questão central. Uma vez que o princípio da legalidade penal esteja expressamente inserido em textos jurídicos e razoavelmente acomodado no consciente coletivo de uma dada comunidade constitucional, cabe indagar como sabotadores podem instrumentalizar as agências de persecução (tribunais, promotorias, bancas de advocacia e polícias) para que empreendam violência arbitrária contra seus alvos, evitando (ou, ao menos, retardando) que os alarmes democráticos soem e defesas da comunidade sejam ativadas? A resposta é, enganando (ou tentando enganar) a comunidade constitucional e seus mecanismos de defesa por meio das chamadas *leis penais indeterminadas*.

Leis penais indeterminadas são estruturadas de modo que o preceito secundário da norma penal estabeleça cláusula concessiva de poder punitivo **desatrelada de uma determinada hipótese de autorização descrita pelo legislador** que funcione como condição de punibilidade. O objetivo é conceder às agências estatais de persecução penal o poder de investigar, processar e punir pessoas e fatos livremente escolhidos por seus agentes. As leis penais indeterminadas podem se apresentar por meio de a) delegações

legislativas explícitas, b) delegações legislativas dissimuladas pelo uso de expressões abstratas, imprecisas, indefinidas, dúbias, vagas e obscuras, ou por c) usurpação legislativa operada por juízes.

Quanto ao primeiro caso (a), uma lei penal que expressamente contivesse os dizeres "delego aos juízes a competência para definir o que será considerado crime" atrairia a atenção de um grande contingente de cidadãos que, com razão, se sentiriam enganados, violados e vulnerados, já que tal operação seria contrária ao texto da Constituição.

Quanto ao segundo caso (b), considerando que uma norma penal nos termos da hipótese acima faria facilmente soar o alarme da comunidade constitucional, leis penais indeterminadas são editadas empregando *expressões abstratas, imprecisas, indefinidas, dúbias, vagas e obscuras*, de modo que, em termos práticos, seu objetivo seja alcançado, qual seja, conceder às agências estatais de persecução penal o poder de investigar, processar e punir pessoas e fatos arbitrariamente escolhidos por seus agentes. Isso porque os significados das expressões abstratas, imprecisas, indefinidas, dúbias, vagas e obscuras, acabarão sendo **livremente escolhidos** pelos agentes da persecução conforme lhes pareça politicamente oportuno e conveniente. As leis penais indeterminadas apresentam a seguinte estrutura:



O terceiro caso (c) pode ser muito bem visualizado na forma com que o art. 359-M do CP (o dispositivo também contém a indeterminação da hipótese "b") foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal, o que será feito de forma detalhada no capítulo 4. Em todo caso, leis penais indeterminadas provocam extremo desconforto no sistema jurídico por deixarem a delimitação do conteúdo da proibição a cargo dos juízes, o que é inerentemente inconstitucional.

3 Sobre a matéria da proibição contida no artigo 359-M do Código Penal

> Código Penal. Art. 359-M - Tentar **depor**, por meio de violência ou grave ameaça, o **governo** legitimamente constituído: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

Quando o Estado é de Direito, o **governo** é um conjunto de componentes a) jurídicos, b) humanos, c) institucionais e d) políticos por meio do qual se opera a governança do Estado. **Depor** governo implica executar ato que concretamente suplante um ou alguns destes pilares, consequentemente, impossibilitando ação de governo (governar) ou *agente de governo* (governante). A experiência da Coreia do Sul exemplifica bem o que são ações concretas de depor governo.

Em 03.12.2024 o Presidente (Yoon Suk Yeol), chefe do Poder Executivo Sul-coreano declarou em rede nacional: "*Estou declarando lei marcial*". O Presidente Yoon **decretou** estado de exceção e determinou *expressamente*: 1) Regime jurídico de exceção. 2) Comando militar marcial de exceção. 3) Interrupção de toda atividade política em âmbito nacional. 4) Suspendeu o direito de greve e de manifestação. 5) Determinou controle marcial absoluto sobre toda a atividade de imprensa. 6) Suspendeu liberdades individuais dos cidadãos. 7) Instituiu pena prisão sem ordem judicial. Ocorre que, mesmo tendo executado este *conjunto concreto de atos tipicamente de deposição*, as ações de Yoon e de seus apoiadores não foram exitosas. Neste sentido, *o estado da ação típica após finalizada foi do tipo tentada* **(tentar depor).**

Também podemos considerar a experiência de Guiné - África Ocidental (2021). Em 05.09.2021, o comandante do Grupo de Forças Especiais do país (Mamady Doumbouya) liderou o grupo realizando os seguintes atos concretos de deposição: 1) Depôs o Presidente eleito. 2) Instituiu comando de exceção. 3) Suspendeu a Constituição do país. 4) Suspendeu o funcionamento da Assembleia Nacional. 5) Suspendeu os poderes constitucionais e as instituições de governo. 6) Dissolveu o governo. 7) Prendeu o Presidente eleito.

A conduta que configura *deposição de governo (sem êxito),* deve apresentar, por exemplo, um dos seguintes *fatos concretos*: a) conter a deposição de governo em seus termos (decreto depositivo); b) provocar alteração jurídica (suspender documento jurídico), política (fechar parlamento), fática ou pessoal (sequestrar ou prender presidente eleito),

capaz depor (derrubar ou impedir) governo ou c) ter por efeito impedir ato de posse, de livre nomeação de Ministros, de direção da administração pública ou do exercício das competências legislativas.

É preciso antenção para uma questão. O verbo típico nuclear (Art. 359-M) não seria **"tentar"**? Não. Antes de seguirmos, recomendo ao leitor que realize uma pesquisa independente sobre a classificação gramatical e a sintaxe, no tipo, da palavra "tentar". Pois bem. Tentar é um verbo transitivo cujo significado expressa dogma básico do vernáculo: "verbos transitivos diretos não possuem sentido próprio, nem objeto próprio, demandando que outro elemento lhe ofereça um objeto capaz de emprestar algum sentido". A elemento "tentar" não perfaz e não pode perfazer o núcleo do tipo do art. 359-M, ele, na verdade, indinca *o estado da ação típica (depor) após finalizada (sem êxito - tentada),* como bem exemplificou o caso da Coreia do Sul, citado acima.

O que tem passado desapercebido é que há uma *enorme diferença dogmática* entre considerar como núcleo do tipo o verbo *tentar* e considerar como núcleo do tipo o verbo *depor*. O abismo está no fato de que *tentar é verbo sem conteúdo e sem objeto* enquanto *depor é verbo com conteúdo e com objeto*. Tentar é verbo vazio que enseja norma penal indeterminada, portanto, inconstitucional, ao passo que depor é verbo com matéria que enseja norma penal determinada, portanto, constitucional.

4 Sobre a indeterminação do art. 359-M e o Supremo Tribunal Federal

O conjunto das palavras que forma uma norma penal incriminadora constitui o esquema estrutural objetivo e subjetivo daquilo que conhecemos como *"delito-tipo"*. O art. 359-M do Código Penal, portanto, apresenta delito-tipo ou esquema estrutural composto por oito elementares[5]. Se, por um lado, o delito-tipo é o conjunto de elementos típicos, por outro, a *"figura delitiva"* é a norma resultante da forma como referidas elementares são compreendidas e dogmaticamente organizadas. Assim, um delito-tipo permite que mais de uma figura delitiva seja dele extraída, o que não implica que sejam todas constitucionais. Vejamos, neste delito tipo, duas figuras delitivas:

5 Temos oito elementares típicas, sendo sete objetivas e uma subjetiva: 1) Tentar. 2) Depor. 3) por meio. 4) Violência ou grave ameaça. 5) Governo. 6) Constituído. 7) Legitimamente. 8) Dolo de depor. O que corresponde para fins meramente didático e ilustrativo, que o tipo penal em questão é formado por 87,5% de elementares objetivas e 12,5% de elementares subjetivas.

Delito tipo

Código Penal. Art. 359-M - **Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído**: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

Figura delitiva 1

Depor, sem êxito (tentar), por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído.

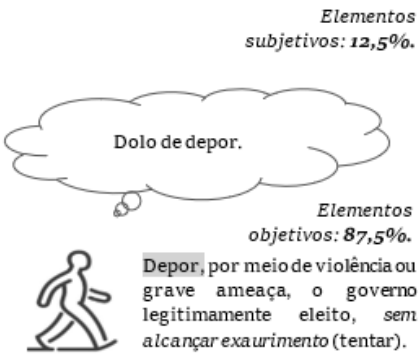


Figura delitiva 2

Tentar, *com fim de* depor governo legitimamente constituído, por meio de violência ou grave ameaça.

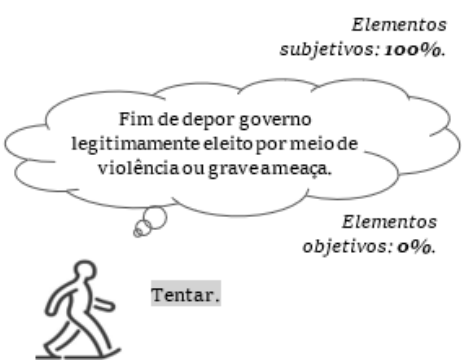


Figura delitiva 1. 1. Verbo nuclear: Depor. 2. Possui elementares objetivas definindo a matéria da proibição; 2. Trata os elementos do tipo conforme suas respectivas naturezas (objetiva ou subjetiva); 3. Atende a legalidade (art. 5, XXXIX, CF); 4. Atende a separação dos poderes (art. 2, CF); 5. Atende a reserva de parlamento em matéria penal (art. 22, I, CF); 6. Cria obstáculo à formação de mecanismos persecutórios paralelos; 7. Atende a dogmática jurídica do Código Penal.

Figura delitiva 2. 1.Verbo nuclear: Tentar. 2. Tipo objetivo esvaziado ensejando hipótese inconstitucional de norma penal indeterminada; 2. Trata todos os elementos do tipo como se fossem subjetivos, dispensando e impossibilitando sua verificação concreta; 3. Defrauda a legalidade penal (art. 5, XXXIX, CF); 4. Defrauda a separação dos poderes (art. 2, CF); 5. Defrauda a reserva de parlamento em matéria penal (art. 22, I, CF); 6. Viabiliza a formação de mecanismos persecutórios paralelos historicamente usados para fins de dominação e abusos políticos; 7. Defrauda a dogmática jurídica do Código Penal (art. 13 a 31, CP) e desfigura o iter crimes (art. 14 a 17, CP) punindo pensamentos, opiniões e atos atípicos a exemplo daqueles meramente preparatórios.

Causa perplexidade o fato de o Supremo Tribunal Federal, ao contrário de corrigir a indeterminação da lei penal em análise, explorar e ampliar o vício que a torna inconstitucional, modelando uma dogmática que esvazia a dimensão objetiva do tipo e trata todos os seu elementos a partir de uma conotação subjetiva, o que significa defraudar todas as garantias constitucionais e legais que protegem o direito penal e os cidadãos frente a grupos parasitários que ameaçam a comunidade constitucional.

Para ser o mais didático e objetivo possível colocarei a questão na forma da seguinte pergunta: porque o Supremo Tribunal Federal deslocou todos os elementos substanciais para âmbito subjetivo do tipo deixando em seu âmbito objetivo apenas um verbo sem objeto?

- Para manipular a dogmática, para escolher arbitrariamente condutas aleatórias e embrulhá-las no vazio do verbo *tentar* sujeitando cidadãos e ações lícitas a inquéritos, medidas cautelares, medidas assecuratórias, perseguições, condenações, sequestros de bens e prisões;
- Para que a definição do conteúdo da proibição fique a cargos dos agentes do sistema de justiça que julgarão a causa;
- Para que a comunidade constitucional não perceba o truque engendrado para burlar a Constituição e a soberania nacional;
- Para fraudar o legalidade penal, a separação dos poderes e a reserva de parlamento em matéria penal, já que não cabe ao cidadão, nem ao juiz, senão, unicamente ao legislador especificar a matéria da proibição penal;
- Para que a defesa jurídica não tenha como provar que o acusado não realizou a conduta objetiva descrita no modelo legal de conduta punível, já que, afinal, ele não existe;
- Para que a *grundnorm* (norma fundamental) seja modelada por uma conformação normativa baseada no temor generalizado entre os cidaddãos de terem suas vidas destruídas por juízes que simplesmente não se importam com as pessoas, com o país ou com a Constituição jurídica vigente, por saberem que não serão punidos por seus atos e que sequer sentirão algum tipo de arrependimento ou remorço;
- Para que possam considerar *escrever em uma agenda* como tentar depor governo, *passar batom em um estátua* como tentar depor governo, para que *estar em um passeata* seja considerado tentar depor governo, para que *causar dano* a coisas seja considerado

> tentar depor governo, para que *críticar um sistema* seja considerado tentar depor governo, ou seja, para que uma pena de até 12 anos de reclusão possa ser aplicada com lastro na realização de um verbo transitivo que não possui objeto e sentido próprio, ou cujo possível objeto foi deliberadamente deslocado para dimensão subjetiva do tipo, não por uma questão de princípio, mas por uma lastimável ilusão dogmática (truque político), bem ao gosto de *Humpty Dumpty*.

Não foi apenas o Poder Judiciário que agiu contra a ordem constitucional e contra o povo brasileiro, é difícil compreender o que levou o Congresso Nacional a editar uma alteração como esta no Código Penal (Lei no 14.197, de 2021) vulnerando a soberania nacional a interesses diversos. Este ensaio não é voz isolada, o Senador da República Jorge Seif também fez o mesmo diagnóstico.

Tomada em conta neste termo, o artigo 359-M, do Código Penal, têm natureza de *norma resolutiva* por meio da qual o Congresso Nacional delegou ao Poder Judiciário, em abjeta violação da Constituição Federal, competência legislativa em matéria penal, nos seguintes termos ilustrativos: *Delega ao Poder Judiciário poderes necessários para a) decidir sobre a matéria da proibição penal no âmbito do tipo penal do art. 359-M, do Código Penal e para b) aplicar o preceito secundário da norma sempre que entender oportuno e conveniente, devendo eventual decreto prisional limitar-se ao máximo de 12 anos de reclusão*.

5 Leis penais indeterminadas e ordem constitucional



À esquerda do mapa acima temos o escalonamento do *ordenamento jurídico* consubstânciado no conjunto de normas constitucionais, legais e normas singulares produzidas em casos concretos (executivas e judiciais). Esta estrutura é vulgarmente conhecida no Brasil como pirâmide de Kelsen, aqui devidamente apresentada contendo a *grundnorm*, norma fundamental, acima da Constituição jurídica. À direita do mapa temos o esquema do que já foi identificado como *dinâmica jurídica*, ou seja, o mecanismo por meio do qual a ordem jurídica é produzida e reproduzida. A apresentação deste mapa tem o objetivo de nos ajudar na apresentação e visualização de três questões, cujas respostas aqui serão breves.

A primeira. Considerando que a violência pública (agências persecutórias) está sob o comando do Poder Executivo e do Poder Judiciário, *qual garantia temos de que estes não a usarão como instrumento para sequestrar o poder normativo (poder de dizer o que é o direito), o poder punitivo (poder de determinar o conteúdo da proibição criminal) e o poder eleitoral (poder de dirigir os processos políticos eleitorais), assumindo o controle total da comunidade constitucional?*

Resposta. *A garantia que temos é o direito penal*, tomado em conta como sistema normativo no qual é estruturada uma *absoluta vinculação da violência pública à legalidade e à reserva de parlamento*. A resposta se apoia na premissa de que o parlamento não consente que movimentos parasitários desconstruam e escravizem a comunidade constitucional. Por isso, juízes, promotores e polícias só podem operar nos termos do devido processo legal e nas específicas hipóteses autorizadas pelo parlamento. Juízes, promotores e polícias podem funcionar em casos de homicídio, estúpro, prevaricação, roubo, abuso de autoridade, furto, lesão corporal e peculato, por exemplo, e *não podem funcionar* para perseguição política, repressão de opinião, represessão de direitos constitucionais, falsa acusação, manipulação persecutória com fins de manejo eleitoral ou para netralização de parlamentares, professores e empresários, por exemplo. Portanto, a preservação do ordenamento jurídico, do processo político democrático e da soberania nacional depende de um Direito Penal cujas matérias das proibições estejam limitada à legalidade e à reserva de parlamento.

A segunda. O que leis penais indeterminadas têm a ver com ordenamento jurídico constitucional e soberania? Como já visto nos capítulos anteriores, leis penais indeterminadas nada têm de direito penal e de direito constitucional, sendo, na verdade, abjetas, inconstitucionais e perigossíssimas delegações de competência legislativa em matéria penal concedidas ao poder judiciário. Leis penais indeterminadas desarmam e

desatiavam defesas do ordenamento jurídico e da soberania nacional. É por meio delas que o poder judiciário e as agências sob seu controle colocam em prática a operação de sequestro da ordem pública e da sociedade privada, ameçando, investigando, processando, decretando o perdimento de bens e prendendo os dissidentes que ainda buscam uma pátria livre, justa e digna.

A terceira. O que é esta norma fundamental (grundnorm) que está acima da Constituição e por que ela é tão importante? Esta norma fundamental, apesar de não estar escrita em nenhum documento formal, pode ser *observada* e seu conteúdo pode ser assim expresso *"Devemos conduzir-nos como a constituição prescreve"*.[6] É simples. Imagine que você esteja observando o modo de vida dos membros de uma dada sociedade e verifique que eles conduzem suas ações conforme prescreve uma Constituição criada por eles mesmos; imediatamente você poderá chegar a conclusão hipotética lógica de que existe uma norma fundamental (norma primeira) sustentando este comportamento, uma norma escrita no (in)consciente coletivo daquela sociedade cujo conteúdo é *"Devemos conduzir-nos como a constituição prescreve"*. Certamente, sistemas constitucionais só existem em sociedades que acreditam em sistemas constitucionais.

Pois bem, desde que este fenômeno foi observado, saqueadores constitucionais perceberam que para ter controle sobre todo o ordenamento

6 Faz-se importante frisar uma observação. O pressuposto fundamental lógico-transcendental do sistema kelseniano segundo o qual se valida o sistema jurídico dinâmico, abreviado na expressão "devemos conduzir-nos como a constituição prescreve" (Kelsen, 1998, P.224), é a própria, referida acima, redução da validade a uma mera questão de facticidade, afinal como observou Dworkin este "devemos" é insuficiente para diferenciar um pressuposto lógico-transcendental aceito como fundador do sistema de direitos de um conjunto de regras seguidos por imposição ou medo, como ocorrera na Alemanha nazista. E se assim for, será que podemos dizer que haviam direitos na Alemanha nazista? (Dworkin, 1999, P.43).
Mais uma vez poder-se-ia refutar tal argumento contra-atacando no sentido de que a tese de Kelsen se presta tanto a um Direito democrático quanto a um tirânico, por tratar-se de uma mera teoria do direito positivo com eficácia global. Contudo, além das notas 39 e 42, vale ressaltar a pretensão de testar o positivismo em termos de uma teoria do direito capaz de operar a normatividade do Direito moderno em sociedades de alta complexidade numa dimensão constitucionalmente adequada. Isso em termos conceituais mesmo! Além da insuficiência conceitual já referida, a tese positivista compromete sua pretensão de pureza, em termos pragmáticos descritivos, na medida também em que permite em última instância um uso indiscriminado do termo "Direito"; se Kelsen quis "a elaboração de uma teoria do direito positivo que fosse independente dos particularismos da realidade de cada país", lembrando que pretendia com isso descrever o Direito de uma comunidade, conseguiu que o "não-Direito" fosse descrito como "Direito", ou seja, o poder, em mais amplo sentido, estaria sendo descrito como Direito de uma comunidade. Consequentemente, não há só uma indiferença quanto ao conteúdo do Direito, mas também uma indiferença em relação à diferenciação do que seja o "Direito" e do que seja o "não-Direito". Mas o modelo positivista de Kelsen não foi capaz de perceber que descrever o Direito de uma comunidade é algo que só se pode fazer coerentemente na medida em que se reconstrói a moralidade complementar o Direito, e não sendo indiferente a esta mesma moralidade.

basta ter controle sobre a norma fundamental. Dito em termos populares, para controlar o ordenamento basta controlar a crença da comunidade sobre o ordenamento. É exatamente aqui que entra a importância suprema do direito penal; explico!

A crença neste *"devemos" observar a ordem jurídica* pode decorrer de processos legítimos, democráticos e orientado pelo bem comum, mas também pode decorrer de qualquer outra factividade circunstancial, inclusive, de processos baseados na imposição de ameaças. Quando grupos de poder se apropriam da violência pública, é comum que passem a usá-la como forma de provocar temor no corpo social colonizando e direcionando esta *crença de dever* que fundamenta o ordenamento jurídico. Bem, se uma maioria significativa da comunidade consente com um partido, uma doutrina ou com um tribunal de exceção, então todo ordenamento e toda vida coletiva será conformada segundo este consentimento. Em termos fáticos, não importa se este consentimento resulta de aspirações libertárias ou do mais profundo sentimento de medo, ao fim, em ambos os casos, o ordenamento jurídico será conformado nestes termos. Neste sentido, quando a imposição de ameaça é assumida como forma de relacionamento público institucional, conclui-se, sem margem para erro, que a comunidade já tenha perdido sua condição democrática, sua ordem jurídica e sua história de princípios. O fracasso do direito penal em impedir a edição de normas penais indeterminadas, portanto, é o fracasso de toda a comunidade constitucional.

6 Conclusões finais

Como pode a burocracia pública concordar com a desestruturação do ordenamento jurídico? Como pode o funcionalismo público manter-se inerte quando a ordem constitucional é sabotada à luz do dia? Como pode um povo perder a capacidade de distinguir entre o justo e o injusto e entre o direito e o não-direito? A negligência das autoridaedes nacionais e o medo imposto à população podem responder estas questões.

Em termos práticos leis penais com preceitos indeterminados (art. 359-M, CP) a) concedem amplos poderes às agências de polícia e b) impedem que ações arbitrárias sejam caracterizadas nestes termos. Grupos de poder ensejam a criação destes mecanismos quando pretendem a) estabelecer áreas de ação livres de limites legais, d) ampliar a indeterminação do direito, e) organizar uma administração paralela da violência pública sem os controles impostos pelo direito e f) naturalizar o uso de procedimentos de exceção.

Normas penais indeterminadas são essencialmente truques jurídico-políticos que ameaçam a soberania nacional e a incolumidade do povo.

Leis penais indeterminadas são excessivamente indeterminadas e não podem proteger o cidadão das ações arbitrárias empreendidas pelo poder estatal. A delegação legislativa em matéria penal é medida insuportável e inconstitucional por violar a um só tempo os princípios da legalidade e da separação dos poderes.

- Não cabe àquele que julga uma causa criminal impor alterações no conteúdo da norma a ser aplicada sob pena de violar a separação dos poderes (art. 2º, CF).
- Não cabe ao cidadão, nem ao juiz, senão, unicamente, ao legislador especificar a matéria da proibição penal (art. 22, I, CF).
- A matéria da proibição criminal formada no exercício da competência privativa do Congresso Nacional (art. 22, I, CF) deve ser condensada, sem exceção, em leis formais, determinadas, claras, taxativas e prévias (art. 5º, XXXIX, XL, CF).

A pedra fundamental de qualquer sistema jurídico é a crença no dever de obediência ao ordenamento. Quando essa crença se move, o sistema também se move. É muito bom quando a Justiça e a Liberdade dão forma à crença que sustenta a ordem jurídica, por outro lado, é desastroso quando a ameaça, o temor e a perversidade é que a determinam. No primeiro caso podemos acreditar que pessoas do povo são titulares de direitos, portanto, dignas de igual consideração e respeito, no segundo caso, só existe administração da violência pública.

Ministros do Supremo Tribunal Federal e membros do Congresso Nacional construíram uma realidade judicial de exceção no país na qual foram perdidos o império do direito, da liberdade e da justiça. O que desafia o Brasil de hoje não é a proteção da Constituição, muito antes, é a sua (re) conquista.

Que o Brasil possa encontrar em Deus verdades para sua salvação e chaves para sua libertação[7].

Minas Gerais, outono de 2025.

O autêntico perigo que ameaça o princípio nulla poena sine lege não procede da analogia, mas sim das leis penais indeterminadas. Hans Welzel

7 Nota do Editor: As ideias expressas neste texto são de única e exclusiva responsabilidade do autor.

Capítulo 37

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO: DA ANTIGUIDADE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Henrique Avelino Lana[1]

1 Introdução

Este artigo tem como objetivo analisar a evolução histórica do direito, destacando os marcos mais significativos no desenvolvimento das normas jurídicas e sua adaptação às transformações sociais, políticas e econômicas ao longo dos tempos. O direito, enquanto sistema normativo, acompanhou a evolução das sociedades humanas, moldando-se conforme os diferentes contextos históricos e influenciando diretamente as relações de poder, justiça e convivência social. A partir da Antiguidade, passando pela Idade Média, o Renascimento, até a contemporaneidade, o direito tem se adaptado e evoluído, refletindo a busca incessante pela organização da sociedade, a garantia dos direitos humanos e a construção do Estado democrático de direito. Este artigo busca destacar os momentos históricos-chave que marcaram o direito e como ele se transformou para atender às necessidades de uma sociedade em constante mudança.

A história do direito é indissociável da história da humanidade. Ao longo dos séculos, as sociedades humanas desenvolveram sistemas normativos para regular as relações entre seus membros e com o Estado. O direito, portanto, tem sido um instrumento essencial para a organização social, a manutenção da ordem e a resolução de conflitos, e sua evolução reflete as mudanças nos valores, nas estruturas de poder e nos ideais de justiça ao longo do tempo.

A evolução histórica do direito não pode ser entendida como um processo linear e homogêneo, mas como um fenômeno complexo e multifacetado, que envolve não apenas transformações jurídicas, mas também culturais, filosóficas e políticas. Desde as primeiras codificações

1 Advogado, sócio do escritório MP&AL - Moreira do Patrocínio & Avelino Lana Advogados. Especialista, Mestre e Doutor em Direito. Pós-Doutorado em Direito Empresarial. Professor na PUC/MG e Centro Universitário FAMINAS / BH.

de normas, como o Código de Hammurabi, até as constituições modernas que garantem direitos fundamentais, o direito tem sido constantemente reformulado para se adequar aos desafios da sociedade e garantir a efetiva proteção dos indivíduos e da coletividade.

Este artigo se propõe a examinar as principais fases da evolução histórica do direito, desde suas origens nas civilizações antigas até os desenvolvimentos mais recentes relacionados ao Estado democrático de direito e os direitos humanos. A análise será conduzida por meio de uma abordagem que percorre os marcos mais relevantes na história jurídica e que destaca as mudanças significativas nas funções e na natureza do direito ao longo do tempo.

2 As primeiras codificações e o Direito Romano

A Antiguidade é um período crucial na evolução histórica do direito, pois marcou o surgimento das primeiras tentativas de organizar e regular as relações sociais por meio de normas estabelecidas e codificadas. Ao longo dos séculos, civilizações antigas desenvolveram sistemas jurídicos que buscaram não apenas garantir a convivência pacífica, mas também refletir as crenças, valores e estruturas de poder de suas sociedades. A aplicação da justiça e a preservação da ordem social passaram a depender de um sistema jurídico, o que ajudou a criar uma base sobre a qual as sociedades modernas ainda se estruturam. As primeiras codificações legais surgiram no contexto de impérios e reinos que precisavam organizar a vida pública e privada em grande escala, criando as bases para o entendimento moderno de direito.

Um dos marcos mais significativos na história do direito é a criação do Código de Hammurabi, que data de cerca de 1750 a.C., na antiga Babilônia. O código é considerado uma das primeiras tentativas de estabelecer uma legislação pública e uniforme, criando regras claras para a sociedade. O Código de Hammurabi foi uma coleção de 282 leis gravadas em uma estela de pedra e distribuídas pelo reino de Babilônia, estabelecendo penas, punições e regras para a resolução de disputas.

O código abrangia diversas áreas do direito, incluindo o direito penal, comercial, familiar e até o direito de propriedade. Ele introduziu a ideia de "justiça retributiva", estabelecendo punições proporcionais aos crimes cometidos, e estabeleceu um sistema jurídico no qual as leis eram conhecidas por todos, permitindo uma aplicação mais ampla da justiça. A famosa máxima "olho por olho, dente por dente" que aparece no Código de Hammurabi é um reflexo dessa concepção de punição proporcional.

Apesar de suas limitações, como a clara distinção entre as classes sociais — onde punições mais severas eram aplicadas aos plebeus, enquanto as classes altas recebiam punições mais brandas — o Código de Hammurabi foi um avanço significativo na história do direito. Ele estabeleceu a ideia de que as leis não eram arbitrárias, mas deveriam ser registradas e aplicadas de maneira previsível e impessoal, o que é um princípio fundamental em muitos sistemas jurídicos modernos.

Embora o Código de Hammurabi tenha sido uma das primeiras tentativas de estabelecer uma legislação escrita, o direito romano é, sem dúvida, a base sobre a qual muitas das estruturas jurídicas modernas se sustentam. A civilização romana, ao longo de sua vasta expansão, desenvolveu um sistema jurídico altamente sofisticado, que não apenas regulamentava a vida cotidiana, mas também estabelecia um modelo de justiça que influenciaria profundamente os sistemas jurídicos do Ocidente.

O direito romano surgiu durante o período da República Romana (509 a.C. – 27 a.C.), e foi consolidado durante o Império Romano (27 a.C. – 476 d.C.). Durante esse período, Roma desenvolveu um conjunto complexo de normas e princípios que se aplicavam não apenas aos cidadãos romanos, mas também aos povos conquistados, gerando uma harmonização das leis no vasto território do império.

A codificação inicial do direito romano ocorreu com a criação das Doze Tábuas no século V a.C., que estabeleciam normas fundamentais sobre a propriedade, os contratos, a família e as dívidas. Elas foram criadas após um longo processo de luta entre os plebeus (a classe baixa) e os patrícios (a classe alta), que queriam maior transparência nas normas aplicadas aos cidadãos. As Tábuas, que foram gravadas em tábuas de bronze e exibidas em praça pública, representaram um marco na história jurídica, pois tornaram as leis visíveis e acessíveis a todos.

Com o passar do tempo, o direito romano se expandiu e se sofisticou. Durante o império, o direito romano passou a ser sistematizado em obras jurídicas monumentais, como o Corpus Juris Civilis, compilado sob o imperador Justiniano no século VI d.C. Essa coleção de leis constituiu a base do direito romano medieval e ainda influencia muitos dos sistemas jurídicos modernos, especialmente no que diz respeito ao direito civil. O Corpus Juris Civilis foi dividido em três partes principais: o Código Justinianus, que estabelecia as leis do império; o Digesta, que coletava opiniões de juristas sobre casos legais; e as Institutas, que eram um manual básico sobre o direito.

Uma das maiores contribuições do direito romano foi a ideia de "direitos subjetivos", que colocou os indivíduos no centro do sistema jurídico,

reconhecendo que a proteção dos direitos das pessoas era essencial para a justiça. Isso se manifestou no reconhecimento dos direitos de propriedade, da liberdade e dos contratos. Roma também criou a figura do "ius civile", ou direito civil, que tratava das relações entre cidadãos romanos, e o "ius gentium", ou direito das gentes, que regulava as relações entre romanos e estrangeiros. A ideia de direitos universais se formou nesse contexto, sendo um princípio que mais tarde influenciaria os direitos humanos e o direito internacional.

O direito romano também introduziu várias instituições jurídicas que ainda são relevantes hoje. O direito contratual, por exemplo, que regulava os acordos e compromissos entre as partes, tornou-se um alicerce do direito comercial moderno. Além disso, o direito de propriedade romano, que estabelecia regras claras sobre a posse, a transferência e a proteção de bens, tem grande influência nos sistemas jurídicos contemporâneos. As noções de responsabilidade civil e responsabilidade penal também têm suas origens no direito romano, com a criação de regras que determinavam as consequências jurídicas para atos danosos à propriedade ou à pessoa.

Outra inovação importante foi a introdução do princípio da equidade no direito romano, que buscava corrigir a rigidez da lei quando esta pudesse resultar em uma injustiça manifesta. Esse princípio foi desenvolvido principalmente pelos juristas romanos e ajudou a criar um sistema que permitia ao juiz aplicar uma justiça mais adaptada ao caso concreto, algo que influenciaria o desenvolvimento do direito moderno, especialmente no direito civil.

O sistema jurídico romano também se caracterizava pela figura do jurista, um especialista em direito que opinava sobre a aplicação das leis em casos concretos, e cujas interpretações se tornaram uma parte fundamental do entendimento jurídico. Esse modelo contribuiu para o desenvolvimento de um sistema jurídico mais complexo e técnico, no qual os profissionais do direito são chamados a interpretar e aplicar as normas com base em precedentes, análises casuísticas e princípios jurídicos.

O impacto do direito romano não se limitou à Roma Antiga. Durante a Idade Média, as universidades europeias redescobriram e estudaram o direito romano, e sua influência pode ser vista na formação dos sistemas jurídicos modernos da Europa, incluindo o direito civil francês, o direito italiano e o direito espanhol. No Brasil, o direito romano também exerceu uma forte influência, sendo um dos pilares sobre os quais se estruturou o Código Civil Brasileiro, promulgado em 1916 e posteriormente revogado em 2002, mas ainda muito baseado nos princípios romanos.

Além disso, o direito romano também exerceu uma grande influência na construção do direito internacional moderno. A ideia de jus gentium (direito das gentes) desenvolvida pelos romanos, que se referia ao conjunto de normas que regiam as relações entre povos diferentes, é um dos antecessores da noção contemporânea de direito internacional, que busca regular as relações entre os Estados e garantir os direitos humanos em uma escala global.

A Antiguidade, com seus marcos fundamentais no direito, lançou as bases para o desenvolvimento de sistemas jurídicos modernos. O Código de Hammurabi e o direito romano foram os pilares sobre os quais muitas das concepções de justiça, direito de propriedade, contratos, responsabilidade civil e penal, e direitos humanos começaram a se estruturar. Embora os sistemas jurídicos antigos não fossem perfeitos, suas contribuições se estenderam por milênios e continuam a influenciar a forma como as sociedades modernas organizam o direito e a justiça.

Ao estudar a Antiguidade, é possível perceber que o direito não é um fenômeno isolado, mas sim uma ferramenta em constante evolução, adaptada para as necessidades e exigências de cada sociedade ao longo do tempo. As codificações antigas, como o Código de Hammurabi, e o refinamento do direito romano, são marcos de um processo contínuo de busca pela justiça, que se refletirá em diversas outras etapas da história do direito até os dias de hoje.

3 Outros aspectos da evolução do Direito

A Antiguidade é, sem dúvida, um período fundamental para a evolução do direito, e seu impacto perdura até os dias atuais. As civilizações antigas foram as pioneiras na criação de sistemas jurídicos, estabelecendo as bases que influenciaram a forma como as sociedades modernas entendem e aplicam o direito. A necessidade de organização, controle social e regulamentação das relações entre indivíduos e entre estes e o poder estatal levou à criação de normas que, embora em muitos aspectos limitadas e ineficazes, buscavam refletir os ideais de justiça e equidade dentro do contexto de cada sociedade.

Antes do *Código de Hammurabi*, a Mesopotâmia, uma das mais antigas civilizações da história, já havia se preocupado com a regulamentação das relações sociais por meio de leis codificadas. O *Código de Ur-Nammu*, que remonta a cerca de 2100 a.C., é um exemplo primordial de um conjunto de leis escritas que buscavam regular as disputas e garantir a paz social.

Embora o Código de *Ur-Nammu* não seja tão extenso ou detalhado quanto o de *Hammurabi*, ele contém preceitos significativos, como punições para crimes de roubo e assédio, e regras claras sobre as questões de propriedade. O *Código de Ur-Nammu* também introduziu um sistema de compensação para os danos causados a outra pessoa, substituindo, em certa medida, o conceito de vingança direta — um princípio de justiça importante que se espalharia mais tarde no direito romano.

Este código mais antigo, embora rudimentar, já refletia a ideia de que a legislação deveria servir como um mecanismo de controle social, oferecendo uma ferramenta para solucionar disputas e garantir a estabilidade da sociedade. As normas de Ur-Nammu foram antecedidas por um longo processo de normatização das relações civis, comerciais e familiares na região, e foram fundamentais para a criação de um Estado organizado e funcional.

Outro marco importante no desenvolvimento do direito na Antiguidade foi o direito egípcio, que teve uma forte base religiosa e ética. O conceito fundamental do direito no Egito Antigo era o princípio de Maat, que significava a verdade, a justiça e a ordem universal. Maat era tanto uma força cósmica que garantia a harmonia do universo quanto um princípio moral e jurídico que orientava o comportamento das pessoas e o exercício do poder pelos faraós. Esse conceito de justiça não era apenas um princípio ético, mas também uma força prática que devia ser aplicada tanto nas relações pessoais quanto nas decisões políticas.

A figura do faraó era central nesse sistema jurídico, e ele era visto não só como um governante, mas também como um deus incumbido de manter a ordem e a justiça em todo o reino. O faraó não apenas governava, mas também era o guardião da maat, garantindo a aplicação de normas que regulavam todas as esferas da vida, desde o comércio até a vida familiar. O direito egípcio, ao contrário de outros sistemas jurídicos da época, possuía uma estrutura mais fluida e orientada pela moralidade religiosa, com ênfase na aplicação de regras que mantivessem a harmonia social e o equilíbrio cósmico.

Embora o direito egípcio não fosse codificado de maneira tão rigorosa quanto o direito babilônico ou romano, ele representava um sistema jurídico que funcionava com base em princípios universais de justiça e harmonia. Sua flexibilidade era, de certa forma, adaptativa, levando em consideração o caráter espiritual da sociedade egípcia e a necessidade de manter o equilíbrio entre as esferas divina, política e social.

Se a Babilônia e o Egito deram os primeiros passos na organização das leis e na codificação das normas, a Grécia Antiga forneceu as bases

filosóficas e éticas que moldariam o pensamento jurídico ocidental. A Grécia não possuía um sistema jurídico formalizado como o de Roma, mas suas contribuições para o desenvolvimento do direito são notáveis, principalmente no que diz respeito à filosofia do direito e à teoria do Estado.

Os filósofos gregos, especialmente Sócrates, Platão e Aristóteles, discutiram intensamente questões de justiça, governança e direitos do cidadão. Platão, em sua obra "A República", imaginou um sistema jurídico ideal em que a justiça seria a base para a organização da sociedade. Para ele, a justiça era um princípio universal e moral que deveria guiar todas as instituições, sendo uma virtude que possibilitaria a harmonia social. Aristóteles, por sua vez, em sua obra "Ética a Nicômaco" e "Política", aprofundou as ideias sobre a justiça, propondo a justiça distributiva (distribuição equitativa dos bens) e a justiça corretiva (restabelecimento do equilíbrio após danos causados). Para Aristóteles, o direito não era apenas uma questão de regras rígidas, mas de alcançar um equilíbrio moral que garantisse a justiça para todos.

Além disso, a Grécia, em sua organização política, introduziu o conceito de democracia, que proporcionaria a base para o entendimento do direito como um direito coletivo, com a participação ativa dos cidadãos na formulação das leis. A ideia de direitos do cidadão na Grécia antiga, embora restrita aos cidadãos masculinos livres, foi um marco fundamental para o desenvolvimento das democracias modernas.

Apesar de todas as contribuições das civilizações antigas, o direito romano permanece como a principal base do direito ocidental moderno. O direito romano se tornou a referência para os sistemas jurídicos da Europa medieval e continua a influenciar muitos dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, principalmente nas áreas do direito civil e comercial.

Uma das maiores contribuições do direito romano foi a codificação e sistematização do direito, estabelecendo conceitos jurídicos que continuam a ser usados até hoje, como contrato, propriedade, testamento, responsabilidade civil e direitos do cidadão. A sistemática do direito romano, especialmente o Corpus Juris Civilis compilado por Justiniano, foi fundamental para a estruturação do direito moderno, tornando-o mais acessível e aplicável a uma sociedade maior e mais complexa.

O direito romano não apenas estabeleceu uma base jurídica sólida, mas também introduziu o conceito de direitos universais. A partir das ideias de jus civile (direito civil) e jus gentium (direito das gentes), os romanos desenvolveram uma visão do direito como algo que se aplicava não apenas aos cidadãos romanos, mas também às relações com outros povos e culturas. Isso ajudou a moldar a visão moderna do direito internacional, que se baseia

na ideia de que todos os seres humanos têm direitos fundamentais que devem ser respeitados, independentemente de sua nacionalidade ou origem.

O direito da Antiguidade, com suas codificações primárias, não apenas refletia as necessidades imediatas de cada sociedade, mas também lançou as fundações para a criação de sistemas jurídicos mais complexos e integrados. O Código de Hammurabi, o direito romano, o direito egípcio e as reflexões filosóficas dos gregos sobre a justiça e a organização social são marcos essenciais na história do direito. Cada uma dessas civilizações contribuiu de forma única para o entendimento do que seria o direito e como ele deveria ser aplicado.

As primeiras codificações legais, além de regular a convivência social, eram reflexos da luta por poder, da necessidade de manter a ordem e da busca por um sistema que fosse percebido como justo pela sociedade. A continuidade dessa evolução ao longo da história reflete um esforço constante da humanidade para tornar as leis mais justas, mais universais e mais adequadas às novas realidades sociais. O direito, desde a Antiguidade, tem sido uma ferramenta de organização e transformação, e continua a evoluir de acordo com as necessidades da sociedade e os valores prevalentes em cada época.

4 Conclusão

A Antiguidade desempenhou um papel fundamental na formação dos princípios e sistemas jurídicos que, ao longo dos séculos, evoluíram e se consolidaram como a base do direito moderno. As primeiras codificações legais, como *o Código de Ur-Nammu* e o *Código de Hammurabi*, não apenas marcaram a tentativa de organização e controle social, mas também introduziram os primeiros conceitos de justiça retributiva, compensação e proporcionalidade, que perduram até os dias atuais. Essas leis, embora voltadas para a preservação da ordem e do poder, também refletiam as crenças e valores de suas respectivas culturas, moldando a aplicação da justiça de acordo com a religião e a moralidade do momento.

O direito romano, por sua vez, representa a maior contribuição da Antiguidade para o desenvolvimento do direito contemporâneo. Sua sistematização e codificação, culminando no *Corpus Juris Civilis*, não apenas consolidaram os princípios jurídicos fundamentais, mas também estabeleceram a base para o direito civil, a responsabilidade contratual e a proteção dos direitos subjetivos. A grande inovação do direito romano foi sua capacidade de transcender o contexto específico de Roma, criando

um corpo de normas jurídicas aplicáveis a todos os cidadãos do império, e fornecendo uma plataforma sobre a qual muitos sistemas jurídicos modernos foram construídos. O conceito de *jus civile* e *jus gentium* (direito das gentes) introduziu a ideia de direitos universais, que se desenvolveria nas discussões sobre direitos humanos e o direito internacional moderno.

Além disso, as contribuições filosóficas da Grécia Antiga foram essenciais para a construção do pensamento jurídico, ao questionar o papel do direito na sociedade e discutir os princípios de justiça, igualdade e moralidade. Filósofos como Platão, Aristóteles e Sócrates não apenas influenciaram as noções de justiça natural, mas também forneceram as bases para a concepção de que o direito deve ser racional, fundamentado na razão e na ética, e deve garantir o bem-estar coletivo.

Esses pensamentos foram fundamentais para o desenvolvimento do direito moderno, especialmente no que diz respeito à ideia de que o direito deve servir ao indivíduo e à coletividade, e não apenas ao poder dominante.

A transição de um direito tradicionalmente autoritário e restritivo, focado em manter o controle das classes dominantes, para um direito que reconhece a importância dos direitos individuais, da liberdade e da igualdade foi um processo gradual, mas essencial. A Antiguidade foi o campo fértil onde semearam-se as ideias que iriam crescer e se expandir na Idade Média e na Modernidade. O direito, nas civilizações antigas, começou a ser visto não apenas como uma ferramenta de controle, mas também como um mecanismo de justiça e equidade, algo que deveria servir para resolver disputas, proteger os vulneráveis e garantir a convivência harmoniosa.

Assim, ao revisitar a Antiguidade e suas contribuições para o direito, podemos compreender a profundidade das bases sobre as quais a justiça e a legislação moderna estão construídas. As primeiras tentativas de sistematizar as leis, de estabelecer códigos e de buscar a justiça de maneira equitativa, são as fundações que sustentam os sistemas jurídicos contemporâneos.

O direito romano, a filosofia grega e as codificações da Mesopotâmia e do Egito ajudaram a estabelecer os princípios centrais que orientam as normas jurídicas de nossa era, como a igualdade perante a lei, o direito à propriedade, o direito de defesa, e a ideia de que a justiça deve ser alcançada com base na razão e nos direitos humanos universais.

A história do direito, portanto, é uma história de constante adaptação às necessidades da sociedade, e a Antiguidade foi o berço das ideias que possibilitaram a evolução das sociedades humanas, tornando o direito um instrumento não apenas de controle, mas também de transformação social.

O estudo dessa evolução não apenas ilumina os caminhos que nos trouxeram até o direito contemporâneo, mas também nos oferece ferramentas essenciais para compreender os desafios atuais que as sociedades enfrentam na busca pela justiça, liberdade e igualdade em um mundo globalizado e interconectado. A lição da Antiguidade é clara: o direito deve sempre refletir os ideais de justiça e humanidade, e deve ser moldado para servir a todos os indivíduos, garantindo sua dignidade e seus direitos essenciais.

Referências

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de direito administrativo*, vol. 217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, jul./set.1999.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Franciso J. Bastida Freijedo; Ignacio Villaverde Menéndez; Paloma Requejo Rodrígues; Miguel Ángel Presno Linera; Benito Alaéz Corral; Ignacio Fernández Sarasola. Madrid: Tecnos, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales en Mexico*. 2. ed. México DF: Editorial Porruá, 2006.

CASADO FILHO, Napoleão. **Direitos humanos e fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés publiques*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1968.

DIMOULIS, Dimitri. Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos. Caderno de comunicações. *Revista do curso de mestrado em direito da Universidade Metodista de Piracicaba*, n° 2, ano 5, jan. 2001.

DIEZ-PICAZO, Luis Maria. *Sistema de derechos fundamentales*. 2. ed.

Madrid: Civitas, 2005.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

FUSTER, Blanca Martínez de Vallejo. Los derechos humanos como derechos fundamentales. Del análisis del carácter fundamental de los derechos humanos a la distinción conceptual. *Derechos humanos: concepto, fundamentos, sujetos*. J. Ballesteros (org.). Madrid: Tecnos, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos, O que são direitos fundamentais? *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. José Adércio Sampaio (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Trad. por Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias**: la ley del más débil. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibánez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004. p.37.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini. Teoria processual da Constituição. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/35/edicao-1/teoria-processual-da- constituição

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Editora Saraiva, 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais. Conceito, função e tipos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. Volume IV.

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões**. Editora Campus Concursos, 2013, pgs. 189, 192, 193, 198,199, 201.

NEUMANN, Gerald L. Human rights and constitutional rights: harmony and dissonance. *Stanford law review*, v. 55., mai./2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROYO, Javier Pérez. *Curso de derecho constitucional*. 20. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. München: C. H. Beck, 1988. Volume III/1.

STERN, Klaus. *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. J. Isensee-P. Kirchhof (org.), Heidelberg: C. F. Müller, 1992. Volume V.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista jurídica, Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. Volume I.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862,

Teresina, ano 20, n. 4247, 16 fev. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/31948. Acesso em: 24 out. 2020.

VILLAR, Gregorio Cámara. El sistema de los derechos y las libertades fundamentales. *Manual de derecho constitucional*. Francisco Balaguer Callejón (coord.). Madrid: Tecnos, 2005. Volume II.

Capítulo 38

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988, MINISTÉRIO PÚBLICO E SOCIEDADE: ENCONTROS E DESENCONTROS

Márcio Soares Berclaz[1]

1 Introdução

Sabe-se que determinar o estabelecimento de instituições, o alcance e os limites das suas ações é um dos aspectos que serve de conceito para a própria ideia do Direito Constitucional como *campo*.

Além da mobilização da própria classe desde a famosa "Carta de Curitiba" (1985)[2], a certidão de nascimento de um novo Ministério Público brasileiro, a despeito da materialidade histórica de textos constitucionais anteriores[3] e mesmo infraconstitucionais anteriores determinantes para essa

---

1 Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor. Membro do Ministério Público do Paraná desde 2004. Sócio-fundador e membro do Coletivo Transforma MP e do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). Email para contato: marcioberclaz@gmail.com. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8267-6033.

2 ARANTES, 2002, p. 77/78: "Segundo Mazzilli, a mobilização dos promotores e procuradores resultou em uma proposta de definição completa do Ministério Público no novo texto constitucional (que ficou conhecida como 'Carta de Curitiba') e foi levada pela Confederação Nacional do Ministério Público (Conamp) ao Congresso Nacional Constituinte (1987-1988). Segundo Mazzilli, a *Carta de Curitiba* resultou de cinco fontes ou empreendimentos: 1) as leis já existentes (Carta de 1969 e Lei orgânica de 1981); 2) as teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em 1985; 3) uma pesquisa com membros do Ministério Público de todo o país que resultou em 977 questionários respondidos, em outubro de 1985; 4) o anteprojeto do então procurador geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence, realizado no âmbito da Comissão Afonso Arinos; e 5) um texto provisório elaborado pela própria Conamp na reunião de Curitiba. [...] A maior parte das teses apresentadas no encontro de 1985 (dezoito teses) discutiu justamente a questão da posição e organização constitucional do Ministério Público [...] A preocupação maior com a independência era desdobramento de um acúmulo anterior de forças e responsabilidades".

3 ROJAS, 2012, p. 112/117: "[...] a Constituição de 1824 foi silente quanto ao Ministério Público [...] a primeira Constituição da República, em 1891, nada menciona sobre o Ministério Público, exceto, na seção destinada ao Judiciário, quanto à previsão da escola do procurador-geral da República pelo Presidente da República, entre membros do Supremo Tribunal Federal, com funções a serem definidas em lei (art. 58, parágrafo segundo). [...] Já na Constituição de 1934, verificou-se a situação diferente da Carta Constitucional de 1891, posto que colocou o Ministério Público em capítulo distinto dos Poderes do estado, prevendo avanços importantes para o empoderamento do *parquet*, garantindo um pouco mais de autonomia no exercício de suas atribuições: aquisição de estabilidade e exigência de concurso público para ingresso na carreira,

relação[4], resultou numa instituição formatada de maneira única e especial frente a outras do mundo[5], a qual, a despeito de uma genética complexa e

além de limitação do poder legiferante estadual quanto às garantias (art. 7, I). Entretanto, ainda se mostrou débil em outra parte, uma vez que previu a escolha do Procurador-Geral da República pelo Presidente da República, sendo que sua nomeação, após aprovação pelo Senado, poderia dar-se entre pessoas estranhas à carreira, sendo demissível *ad nutum* (art. 95, parágrafo primeiro). [...] Com a implantação da ditadura e 1937, Getúlio Vargas outorgou ao Brasil uma Constituição de viés autoritário e centralizador, o que, por suposto, refletiu no Ministério Público, que perdeu proteção constitucional havendo apenas menção da livre escolha e demissão do Procurador-Geral da República e dentro do capítulo destinado ao Poder Judiciário. A única exigência foi que tivesse as condições constitucionalmente instituídas para assumir o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. O que ficou claro foi a subordinação total do Procurador-Geral da República ao Presidente da República, inclusive pelo fato de não mais necessitar do crivo do Senado, estando mais evidente ainda a vinculação da instituição ao Executivo quando foi atribuída aos Ministérios Públicos dos Estados a representação da Fazenda Federal em juízo (art. 109, parágrafo único). É de se frisar, entretanto, que nesse período foram editados o Código Penal em 1940 e o Código de Processo Penal em 1941, sendo que este último passou a definir melhor a condição do Ministério Público na seara criminal, na forma que persiste até hoje: autor e ao mesmo tempo fiscal da aplicação da lei (*custos legis)*. Também, com a edição do Código de Processo Civil de 1939, em espaço infraconstitucional no campo civil, o Ministério Público garantiu a sua dupla atribuição até então apresentada: autor de ações civis e fiscais da lei, sempre no enfoque dos direitos individuais. Nesse Código, a demonstrar que de fato a ausência de atuação intensa do Ministério Público, encontram-se pelo menos sessenta menções expressas à instituição. Com a queda da ditadura Vargas e após a Assembleia Nacional Constituinte, a Constituição da República de 1946 retomou o caminho fixado pela Constituição de 1934, inclusive quanto às suas mazelas: nomeação e demissão *ad nutum* do Procurador-Geral pelo Presidente, além de a escolha não recair sobre membros integrantes da carreira (o que se estendeu aos Ministérios Públicos estaduais em relação ao Executivo – art. 128), bem como a representação judicial da Fazenda Nacional pelo Ministério Público dos Estados nas Comarcas do interior. Não obstante, a Constituição manteve alguns avanços e trouxe outros. Verifica-se que ela disciplinou o Ministério Público em título próprio e previu o ingresso na carreira mediante concurso público, a estabilidade do membro após dois anos e exercício, a inamovibilidade e a previsão de promoção em instâncias também nos Estados. Novamente rompida a ordem constitucional com o golpe militar-civil de 1964, e sob a égide de um presidente imposto e de um Congresso Nacional entre subserviente e emparedado, foi promulgada a Constituição de 1967, que colocou novamente o Ministério Público no capítulo do Judiciário, manteve a subordinação de nomeação e demissão *ad nutum* do Procurador-Geral ao Presidente da República e a atribuição de representação da Fazenda Nacional pelos promotores de justiça nas comarcas do interior dos Estados-membros. Noutro vértice, também garantiu o ingresso na carreira por concurso público, estabilidade após dois anos de exercício e inamovibilidade (arts. 137 e 139). Depois, com um golpe dentro do golpe, em 1969, e com o Congresso Nacional fechado por decreto, foi outorgada a Emenda Constitucional n. 1 (na verdade, tratou de novo texto constitucional). Manteve-se, basicamente, o que constava da Constituição de 1967 quanto ao Ministério Público, apenas fazendo um rearranjo topográfico, colocando-o, mais uma vez, dentro do capítulo do Poder Executivo em seção própria (seção VII do Capítulo VII)".

4 ARANTES, 2002, p. 76: "Soa lugar comum a idéia de que a Constituição de 1988 deu ao país um novo Ministério Público. Todavia, como vimos, essa afirmação não é verdadeira, uma vez que boa parte dos avanços conquistados pela instituição ocorreu no período anterior".

5 SADEK, 2009, p. 131: "[...] se considerarmos o panorama internacional, percebe-se que o Ministério Público brasileiro é singular. Eu costumo brincar dizendo que, quando as pessoas se gabam exclamando que jabuticaba só existe no Brasil, retruco, observando o que existe de fato só no Brasil é o nosso Ministério Público. Podemos encontrar instituições análogas na América Latina, no mundo Europeu e na América do Norte. Em nenhum dos países, contudo, vamos nos deparar com um Ministério Público que apresente um perfil institucional semelhante ou que

multicausal, encontrou batismo quase sagrado da Constituição de 1988[6], que é sua principal fonte normativa há mais de 35 (trinta e cinco) anos.

Como bem afirma Cláudio Barros Silva, na sua longa trajetória de construção institucional, "o Ministério Público foi, sem sombra de dúvidas, a Instituição pública que mais cresceu com o advento da Constituição Federal de 1988"[7].

Foi a Constituição de 1988 que permitiu ao Ministério Público consolidar a sua posição institucional e, sobretudo, assumir, pelo menos sob o ponto de vista formal, *independência*[8] em relação aos demais poderes por ele fiscalizados em nome da sociedade. A partir dela, "o Ministério Público experimentou radical mudança de paradigma, recebendo uma gama enorme de novas atribuições, que alteraram profundamente o seu perfil, aproximando-a sobremaneira da sociedade civil, consolidando-se como instituição permanente, comprometida com o aprimoramento da democracia, com a defesa dos interesses sociais e com o respeito ao primado da supremacia da Constituição"[9].

Pena que os artigos 127 a 130 da Constituição, de maneira geral, ainda são ilustres desconhecidos da maioria da sociedade brasileira. O pouco que a sociedade sabe do Ministério Público aparentemente tem base empírica, por vezes relação com o que se ouve dizer do fragmento desta ou daquela notícia. Infelizmente pouco se discute sobre isso. Escassos são os diagnósticos.

---

ostente igual conjunto de atribuições".

6 ROJAS, 2012, p. 123: "[...] passo importante para a sedimentação e consolidação institucional do Ministério Público brasileiro deu-se com a promulgação da atual Constituição da República em outubro de 1988, chamada de 'constituição cidadã', fruto de Assembleia Nacional Constituinte convocada em 1987, no momento pós-ditadura militar-civil, em ambiente de transição democrática e não de rompimento democrático [...] Dentro desse paradigma, o caminho natural foi consolidar no texto constitucional todo o edifício normativo infraconstitucional que paulatinamente foi colocando o Ministério Público brasileiro na posição de defensor da sociedade, fundado na garantia do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*)."

7 SILVA, 2019, p. 153.

8 ARANTES, 2002, p. 76/77: "Na verdade, o processo Constituinte reservava ao Ministério Público um duplo desafio. De um lado, manter as conquistas obtidas durante o regime autoritário. De outro, dar seguimento à tendência ascensional e conquistar a única vantagem institucional que lhe faltava: a independência frente aos demais poderes. E ela veio. [...] o Ministério Público bateu às portas da Constituinte com o discurso de que a *sua* independência institucional era uma exigência da democracia constitucional vindoura e garantia da sociedade antes que da própria instituição. [...]"; p. 85: "Em síntese, o resultado geral das alterações constitucionais de 1988 foi a conquista do último degrau que faltava ao Ministério Público brasileiro para se tornar um caso paradigmático dentre as instituições congêneres existentes no mundo: a independência".

9 SILVA, 2019, p. 199.

O Ministério Público brasileiro, na perspectiva da sua missão e dos desafios que lhe foram impostos pela Constituição (artigo 127, "caput"[10] e os nove incisos do artigo 129[11]), na sua "autonomia funcional e administrativa" (parágrafo segundo do artigo 127), é um continente bastante diverso que "abrange" (artigo 128[12]) muitas famílias, corpos e desdobramentos. Um continente, como há pouco dito, de relevo e cartografia igualmente ainda bastante desconhecido e pouco explorado de maneira crítica pela sociedade brasileira e até mesmo pelos meios de comunicação em geral, muitos dos quais ainda seguem em fase de *namoro* e encantamento com a instituição.

De qual Ministério Público brasileiro estamos falando? Do Ministério Público dos Estados (MPE), do Ministério Público da União (MPU), subdividido entre o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT) e o Ministério Público Militar (MPM) e, também, do Ministério Público de Contas (MPC) na especialidade da sua atuação[13].

Tome-se por exemplo um acréscimo próprio da Constituição da República de 1988: a *defesa do regime democrático*. No complexo novelo da linguagem, quantos significados possíveis podem restar abrigados nesse poderoso e abrangente *significante*, desde da relação que isso guarda com a vigilância permanente e altiva dos poderes constituídos em nome da sociedade, passando pela atuação do Ministério Público Eleitoral ao empenho no fortalecimento dos espaços de democracia participativo-deliberativa de controle social e à atuação resolutiva ou demandista para a realização de

10 "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

11 "I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas".

12 "O Ministério Público abrange: I – O Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II – O Ministério Público dos Estado".

13 Artigo 130 da Constituição: "Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura".

direitos fundamentais ou mesmo de ações, programas e políticas públicas, entre tantos outros aspectos?

Assim, com a pressuposição de que essa admirável autenticidade e singularidade do Ministério Público brasileiro tem uma indiscutível matriz constitucional (artigos 127 e 129 da Constituição), pretende-se partir desse privilegiado e hierárquico-normativo *lugar* para problematizar alguns aspectos práticos da atuação institucional em perspectiva crítica e atual, com especial atenção para os Ministérios Públicos Estaduais, justamente por ser o território e lugar de prática e vivência de *trabalho vivo* cotidiano deste subscritor há mais de 20 (vinte) anos.

Pretende-se partir de uma leitura mais contemporânea do artigo 127 para, a seguir, compreendendo-se o Ministério Público tanto em perspectiva *criminal*, como *não-criminal* – pois são esses os dois espectros macro da atuação institucional, analisar aspectos operacionais da atuação da instituição, inclusive na perspectiva de chamada de responsabilidade e atenção para o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), instância nacional de *controle intrainstitucional*[14] criada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Ainda que possa ter havido excessiva aposta e otimismo do poder constituinte em depositar tantas e relevantes atribuições ao Ministério Público, dado o tempo decorrido desde a promulgação da Carta constituinte, parte-se do pressuposto da existência de uma aparente *crise* da instituição para o cumprimento adequado da sua missão constitucional. É justamente a partir dessa constatação que se pretende arriscar algumas projeções e caminhos possíveis para, a partir de um limitado e específico recorte, analisar os *encontros* e, principalmente, *desencontros* do Ministério Público com as funções prometidas e outorgadas pela Constituição.

Se estivéssemos novamente discutindo o processo constituinte hoje – e por certo que, diferentemente de 1988, o ambiente talvez não se mostrasse tão favorável - é de se indagar o que poderia ser mantido no âmbito do encargo constitucional do Ministério Público e o que eventualmente não mais faria sentido atribuir à instituição e que deveria ser pensado de modo diverso.

---

14 GOULART, 2013, p. 165: "A Emenda Constitucional n. 45/2004, que tratou da Reforma do Judiciário, criou o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, dando-lhes competência para o controle da atuação administrativa e financeira das instituições-alvo e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros. Quase que totalmente integrados por membros oriundos do sistema de Administração de Justiça e majoritariamente por representantes da instituição controlada, esses Conselhos não foram instituídos com vocação para o controle social e, sequer, para o controle externo interinstitucional. Estruturam-se como órgãos de controle intrainstitucional".

Será que errou o poder constituinte, no arranjo e composição de forças que promulgaram a analítica Constituição de 1988, ao ter depositado tanta *fé e obra* no Ministério Público como instituição tão protagonista?

Em que aspectos a Constituição de 1988 *deixou a desejar* ao não prever de maneira diversa a sua vinculação ou relação com a organização e estruturação da instituição do Ministério Público?

Em linhas gerais, a partir específicos recortes e restrições próprias da delimitação de algumas perspectivas, é essa reflexão que se pretende desenvolver a seguir.

2 Desenvolvimento

Como visto, as balizas fundantes do caráter autêntico e extraordinário do Ministério Público brasileiro tem assento constitucional. Essas balizas fundantes, a despeito da sua generalidade e alcance, precisam ser atualizadas e significadas na perspectiva da realidade.

Muito do que constou na Constituição de 1988 tem origem infraconstitucional: a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar n. 40/1981)[15]. Não se ignore, ainda, a importância representada pela Lei n. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, que, além da defesa do meio ambiente já prevista pela Lei n. 6.938/81, definiu a legitimidade da instituição na defesa dos interesses coletivos do patrimônio histórico e cultural, além dos direitos do consumidor, prevendo a atuação como "fiscal da lei" em ações civis públicas propostas e a própria importância do Inquérito Civil como exclusivo "instrumento extrajudicial de alcance agudo na apuração das violações e na prevenção dos direitos metaindividuais"[16].

Permanente. Essencial à função jurisdicional do Estado. Dois qualificativos constantes no "caput" do artigo 127, ao lado das incumbências

15 ROJAS, 2012, p. 120: "[...] no mesmo ano (1981), foi editada a primeira Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, a Lei Complementar n. 40, delineando um novo e atual perfil institucional, definindo-o como 'instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado', sendo responsável, 'perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis (art. 1º). Foram também fixados princípios institucionais visando garantir uma atuação isenta de injunções externas e internas por parte de seus órgãos de execução: a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional (art. 2º). Outro passo foi a confirmação da legitimidade para a atuação na defesa de interesses coletivos através de 'ação civil pública nos termos da lei', além das funções típicas anteriores de fiscal da lei e de titular da ação penal art. 3º)".

16 ROJAS, 2012, p. 121/122.

explícitas: "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Muito do que o Ministério Público *ainda não é* passa pelo descompasso entre a forma como é gerido, administrativo, orientado e fiscalizado (em jogo está o insuficiente papel das Corregedorias-Gerais na sua precária "vigilância dos vigilantes", pouco preocupada com omissões, não raro com baixa qualidade orientativa e mais estimulada por "arquivamentos" e indicadores formais do que por preocupação na busca de problemas com valorização de iniciativa) e o que se pode extrair como máxima interpretação da fonte constitucional.

O que é possível dizer, hoje, da atuação criminal do Ministério Público em perspectiva crítica, desde a investigação preliminar (de um modelo policial que excepcionalmente permite poderes investigatórios à instituição) até a atuação processual, incluindo o *estado de coisas inconstitucional* da execução penal no Brasil?

Ainda na perspectiva da atuação criminal, olhando para a massa carcerária brasileira, qual o grau de sucesso da atuação criminal do Ministério Público brasileiro como titular da ação penal pública na forma do artigo 129, I, da Constituição?

Custa a ver que é gritantemente inconstitucional (para dizer o mínimo – já que se trata de um simbólico *mal absoluto* repetido e banalizado revelador de um inaceitável estado de exceção) manter uma estrutura parecerista em segundo grau[17] para uma instituição que já atua como parte na deflagração dos processos criminais de ação pública? Será possível justificar para a sociedade brasileira que parte expressiva (para não dizer quase a totalidade dos membros do Ministério Público em segundo grau com atribuição criminal) estejam a serviço de emitir parecer em processos criminais que foram abertos e submetidos à apreciação do Poder Judiciário pelos colegas de Ministério Público que atuam em primeiro grau? Como compreender que se possa desperdiçar preciosa e experiente força de trabalho necessária para movimentar a persecução penal em situações de prerrogativa de foro (veja-se o abandono geral dos Setores dos Crimes praticados por Prefeitos na perspectiva da estruturação humana) para sobrepor uma peça de "parecer" em processos nos quais já houve denúncia seguida de alguma discussão recursal com razões e contrarrazões oferecidas pelas partes?

Como diagramar a densidade da atuação institucional nos bens jurídicos mais diversos, da importantíssima defesa da vida no Tribunal do

17 BERCLAZ, 2010.

Júri, passando pelos delitos ordinários das Varas Criminais e chegando na atuação de persecução penal relativamente aos ditos crimes de "colarinho branco" ou "escritório"?

Como explicar a dificuldade ainda presente no cumprimento do encargo de controle externo da atividade policial para instituições tão diversas como Polícias Militares, Polícias investigativas (Civil e Federal) e as próprias Guardas Municipais?

Por outro lado, como avaliar o grau de efetividade e sucesso da ampla missão extrajudicial e judicial do Ministério Público *não-criminal*, desde a defesa do patrimônio público (que precisa ter perspectiva preventiva-estruturante e não apenas repressiva), até o zelo pela saúde e também assistência social como serviços de relevância pública, a defesa do meio ambiente (e da urgente agenda climática), da habitação (como direito negado) e do urbanismo, da atuação pertinente aos grupos vulneráveis pela própria condição (criança e adolescente, pessoa com deficiência e idoso) entre outras tantas atribuições, como defesa dos direitos humanos em geral, defesa dos direitos do consumidor e zelo pelas fundações e acompanhamento/fiscalização do terceiro setor?

Onde está a prioridade do Ministério Público no enfrentamento de questões contemporâneas, tais como a segurança pública como direito, o já mencionado e ainda novo Sistema Único da Assistência Social (SUAS) e, sobretudo, a própria falta de prioridade na atuação no âmbito da educação? (basta ver quantos órgãos de execução possuem atribuição *exclusiva* no tema!)

Quais são as diretrizes, os planos, as estratégias (inclusive para uma atuação em perspectiva mais unitária e regional) e os protocolos de atuação (inclusive de atuação mais integrada e intersetorial) do Ministério Público brasileiro para cada um desses temas?

Decorrida praticamente a quarta parte do século XXI, *para onde caminha o Ministério Público brasileiro* enquanto ainda sobrevive (a despeito de muito "realismo jurídico" à brasileira) a Constituição de 1988?

Embora muitas pudessem ser as perspectivas para enfrentamento da temática proposta, arrisca-se 05 (cinco) *hipóteses de problematização*, as quais se pretende rabiscar como linhas gerais e rascunho para novos e específicos estudos futuros.

A primeira consiste na necessidade de se fazer um balanço crítico do quanto que a proposta de **(1) planejamento estratégico**, existente desde o CNMP até todo e qualquer ramo do Ministério Público Brasileiro para,

juntamente com esse diagnóstico, entre diversas perspectivas possíveis, avaliar o quanto que há de *orientação* e *fiscalização* efetiva das Corregedorias-Gerais no âmbito do seu cumprimento. Será que isso não explica porque muitos planejamentos estratégicos ainda não foram assimulados na cultura institucional para serem valorizados ou cobrados?

Não há como se ter uma instituição tão polifônica, obrigada a fazer tantas coisas pela própria Constituição se não houver um planejamento, que nada mais é do que a organização responsável que, a partir de ferramentas e estratégias determinadas, mapeia e seleciona prioridades do quê se pretende fazer, um instrumento que permite discutir e sistematizar, para um determinado período, as diversas formas resolutivas ou demandistas deste fazer necessário para fortalecer a própria unidade e identidade da instituição, inclusive para, posteriormente, avaliar quantitativamente e qualitativamente os indicadores e resultados do que pôde ou não ser feito.

O que se conseguiu aprimorar na atuação do Ministério Público a partir da cultura do planejamento? Até que ponto os planejamentos apresentados, examinados criticamente, limitaram-se (ou, pior, ainda limitam-se) a reproduzir a obviedade e a parafrasear aspectos pinçados do texto constitucional que ainda hoje estão longe de se efetivar? Qual o "estado da arte" da temática do planejamento não apenas na realidade da Administração Pública, mas no âmbito do Ministério Público Brasileiro?

A segunda passa pela necessidade de se cobrar uma maior conexão objetivo-subjetiva da instituição com a sociedade brasileira, a começar pela necessidade de revisitar e atualizar a previsão constitucional vigente[18] para **(2) modificar, de maneira radicalmente democrática a forma e critérios de escolha das Chefias da instituição**, entregue contraditoriamente ao *fiscalizado Poder Executivo* (no caso dos Estados, na escolha dos Procuradores-Gerais de Justiça, a partir de uma insuficiente e discutível lista tríplice para cuja formação participa apenas a casta das membras e membros, sem que dela participem os trabalhadores da instituição e a sociedade destinatária dos serviços (nem de forma direta e nem de forma sequer indireta); no caso da definição da Procuradoria-Geral da República, sem previsão de lista tríplice, permite-se que um dos principais fiscalizados (Presidente da República),

18 Artigo 128, parágrafo primeiro: "O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação do seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução". Artigo 128, parágrafo terceiro: "Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução".

que pode estar imbuído com os piores critérios de uma já democracia fraca representativa indireta – como certamente já ocorreu, saque da cartola um integrante da carreira[19], desde que esse tenha idade mínima e seja aprovado pela maioria absoluta do Senado Federal, *outro* fiscalizado que, aliás, como a experiência demonstra, não raro tem aprovado o nome encaminhado sem maior *freio e contrapeso*). Trata-se de uma influência externa que, por dizer respeito com a escolha da chefia administrativa e institucional – com o poder que esta tem de determinar ou não a gestão e o funcionamento da instituição, com maior ou menor ênfase, revela-se contraditória e perniciosa com o papel institucional, tanto no âmbito dos Estados como na perspectiva da União.

Como terceiro aspecto, parece urgente a compreensão de o Ministério Público brasileiro precisa de **(3) conexões sinérgicas objetivas e permanentes com a sociedade civil**. Essa, paradoxalmente, embora destinatária final do agir ministerial no difícil encargo de vigiar o funcionamento dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário – em todos os níveis), em geral, nada participa na vida institucional[20], o que abrange desde a escolha da Chefia – como já problematizado anteriormente, até as definições cotidianas adotadas pela Administração Superior, incluindo o planejamento administrativo e finalístico dos órgãos de execução. Muitos exemplos dessa falta de conexão estão na atual formatação de órgãos da dita "Administração Superior", elevada no nome, mas de pouca estatura democrática.

Assim como não mais se admite que a sociedade não participe da escolha da Chefia do Ministério Público e que o próprio período de eleições e sucessão do poder na instituição passe praticamente ignorado dos meios de comunicação[21], entre tantas outras coisas, não mais se admite uma Ouvidoria do Ministério Público que não seja efetivamente externa!

---

19 ARANTES, 2002, p. 82: "[...] é digno de nota que a exigência da escolha entre os membros da carreira torna o procurador geral da República 'mais independente' – do ponto de vista da corporação – do que um Ministro do Supremo Tribunal Federal, cargo que detém as mesmas garantias e a mesma sistemática de nomeação, exceto a exigência de que a indicação recaia sobre juízes de carreira. Ou seja, na cúpula do sistema judicial brasileiro, o acusador pode ser considerado mais 'neutro' que o juiz, se o critério da independência coincidir com a origem classista do ocupante do cargo".

20 A propósito do tema, indica-se reflexão específica sobre o déficit democrático na escolha da PGR: https://jornalggn.com.br/cidadania/devolvam-a-pgr-ao-povo-brasileiro-por-marcio-soares-berclaz/.

21 A amostragem pode ser bem simples. Escolha um jornal de alcance nacional da sua preferência e busque por notícias relacionadas a "Ministério Público" e "eleições". A maioria das matérias a que se chega, salvo raras exceções, tem relação com as Eleições para Executivo e Legislativo e a atuação do Ministério Público Eleitoral.

Não mais se admite um Colégio ou Câmara de Coordenação e Revisão que não tenha espaço ou assento, deliberativo, participativo ou no mínimo consultivo, para a sociedade civil, em especial os movimentos sociais.

Não mais se admite que, diante da insuficiência operacional e epistemológica não raras vezes presente nas Corregedorias (responsáveis por muito que o Ministério Público ainda não é!), deixe-se de prever a necessidade de melhor informação à sociedade sobre o papel do Ministério Público, inclusive para que haja espaço adequado de controle social da instituição na perspectiva da democracia participativo-deliberativa, inclusive como forma de dar coerência e melhor sentido à defesa do regime democrático como valor constitucional inerente à própria existência do Ministério Público como instituição, tal como prevê o artigo 127 da Constituição.

Ou será que a única instituição encarregada expressamente da "defesa do regime democrático" não deve ter uma democracia exemplar, para além muito além da representação (já insuficiente por diversos motivo), com espaço participativo-deliberativo em que a sociedade possa acompanhar e construir o agir institucional de uma instituição que por vezes precisa enfrentar tudo e todos dos poderes constituídos para salvaguarda dos seus interesses?

A quarta perspectiva passa pela necessidade de repensar e reformular a estrutura de gestão e fiscalização da instituição, racionalizando a atuação extrajudicial e judicial, com alguns necessários desdobramentos, um dos quais, dos mais evidentes, a urgente necessidade de **(4) extinção da atuação parecerista em segundo grau na esfera criminal**.

Como quinto e derradeiro aspecto, para além da necessidade de se despertar informação e consciência crítica na sociedade sobre o papel constitucional do Ministério Público, espera-se **(5) maior e melhor protagonismo (com o necessário controle social) do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)**[22] no cumprimento da sua operosa e relevante função constitucional, criada cercada de expectativas, a partir e um determinado contexto (supostos excessos e não supostas omissões), colegiado que, a despeito da sua importância para a consolidação do Ministério Público como instituição nacional e dos avanços e controles que a sua existência

22 ROJAS, 2012, p. 132: "Hoje, agregou-se o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão externo, com a função de controlar e fiscalizar a atuação administrativa e financeira dos órgãos integrantes do Ministério Público nacional, bem como de supervisionar o cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros (art. 130-A, parágrafo segundo, da Constituição da República), que vem exercendo papel importante no sentido de evitar que a instituição atue sem parâmetros mínimos, ainda que composto em sua maioria por membros endógenos".

propicia para controle de atos antes praticamente insindicáveis por instância similar, também precisa receber maior preocupação e atenção da sociedade e dos meios de comunicação social.

Ainda que a especificidade do tema seja assunto para outra e específica reflexão, é chegada a hora de também se fazer um balanço crítico dos avanços e retrocessos que a criação do CNMP propiciou ao Ministério Público brasileiro, a começar pela discussão da sua composição (e os critérios para a escolha dos representantes dos Estados, por exemplo), passando pelo diagnóstico crítico do grau de efetividade e observância do que ele recomendou aos Ministérios Públicos sem que até aqui tenha sido levado a sério ou mesmo cumprido, incluindo a necessária reformulação da atuação em segundo grau e a efetivação da extraordinária "Carta de Brasília", para ficar apenas em dois exemplos.

3 Considerações finais

A concepção a justiça como "serviço" para a sociedade desafia olhar crítico sobre todas as instituições, não admitindo qualquer tipo de *fetichização*[23].

Longe de um simples idealismo ingênuo, metafísico e parcial, por certo que a reflexão crítica sobre a crise de efetividade e organização do Ministério Público no cumprimento de suas funções institucionais essenciais e acessórias para atendimento eficaz do elevado patamar exigido pelo figurino constitucional, pode ser estendida para outras instituições que compõem o dito sistema de justiça, notadamente o Poder Judiciário e a própria Defensoria Pública.

Conforme já se propôs em outra reflexão que procurou desbravar caminhos para, a partir do pensamento de Enrique Dussel, propor uma Justiça de Libertação[24], diante da projeção desses estudos para o âmbito

23 DUSSEL, 2022, p. 85: "La fetichización del orden vigente es la *afirmación* absolutizada del sistema político decadente, que al pretender mantenerse, pasa a negar a todos los que se le oponen (en primer lugar a los dominados, las víctimas). En este parágrafo nos ocuparemos de dos temas. El primero, acerca de cómo el orden ontológico político como Totalidad inicial cae en la degradación fetichista. El segundo, será un ejemplo de la política en el pensamiento de E. Lévinas, donde se deja ver la ambigüedad de solo exponer en la ética una interpretación de la política como negación, la macropolítica de la segunda constelación. […] El primer tema, entonces, nos enfrenta al hecho de que ontológicamente el orden *positivo* establecido se transforma en el espejismo de la pura apariencia en la naturaleza misma de las cosas. De una *positividad* alcanzada por luchas políticas pasadas el orden vigente se va tornando antiguo, superado, burocrático, repetitivo. Se fijan las posiciones, se hacen auto-referentes, se fetichiza. De una biopolítica (una política que afirmaba la vida) se va transformando en una necropolítica […] "

24 BERCLAZ, 2019, p. 513: "[...] uma vez afirmada a Filosofia da Libertação como expressão maior

específico do sistema de (in) justiça[25], a valorização e a preocupação com o Ministério Público como instituição passa pela sua constante revisão e aprimoramento a partir da consciência crítica.

Onde está o espaço destinado à participação do "povo" como bloco histórico dos oprimidos (Gramsci) ou "condenados da terra" (Fanon), no dito sistema de justiça? Qual a formatação desse sistema de justiça *que temos* para atendimento das "necessidades" da sociedade que mais precisa que essa instituição fiscalizadora dos poderes funcione adequadamente? Quais espaços de "autodeterminação" disponíveis ou desejáveis para que esse mesmo sistema de justiça, ao mesmo tempo necessário e insuficiente, possa ser complementado em diversas outras situações indicadoras de que a sua existência, embora necessária, não se mostra bastante? Partindo da expectativa de maior equilíbrio entre uma carreira burocratizada que precisa ter função contramajoritária e a necessidade de se emprestar maior força à soberania popular, certamente há muito o que se discutir e aprimorar no sistema de justiça brasileiro a partir do projeto democrático brasileiro[26] da Constituição de 1988.

Neste modesto texto, escolheu-se o escrutínio crítico do Ministério Público (cujo nome já é bastante elucidativo) que, sem dúvida, como

---

da filosofia latino-americana, pretende-se abordar as categorias que, extraídas desde a democracia como 'categoria das categorias', com forte inspiração na escolhida mediação e experiência zapatista como práxis de insurgência e libertação, permitem imaginar, pensar e projetar, de modo mais geral, uma justiça de libertação para a América Latina".

25 BERCLAZ, 2018, p. 109/110: "[...] poder-se-ia lançar a seguinte reflexão: como é que as instituições do sistema de justiça têm se ocupado e cuidado da democracia brasileira? Qual a dimensão da democracia interna de cada uma dessas instituições? [...] É preciso pensar o sistema de justiça em condições de não apenas reproduzir a dominação, como hoje não raro acontece, mas a partir de uma estrutura que se ocupe de investigar a necessidade do seu funcionamento preocupar-se com o 'povo', as suas 'necessidades' e com necessários espaços e 'autodeterminação' que permitem que esse povo satisfaça suas necessidades e contra a própria justiça a partir de novos e mais democráticos parâmetros, seja com a ampliação da competência de uma justiça propriamente popular, seja com o aumento do espaço à uma justiça restaurativa não conflitiva, seja pela compreensão geral de que, além do julgamento propriamente dito, é preciso compartilhar as decisões da gestão e da administração do sistema de justiça com o conjunto das forças estruturantes e com os movimentos sociais presentes na sociedade brasileira".

26 SALGADO, 2007, p. 257/259: "O projeto democrático brasileiro, que tem suas bases na Constituição de 1988, é construído e reconstruído todos os dias, a partir das práticas de poder e das conquistas da cidadania. O debate ocorrido na Assembléia Nacional Constituinte traz importantes dados para a compreensão das possibilidades democráticas no Brasil. Como alguns institutos são afastados – e, portanto, como podem ser recuperados – e os argumentos dos diversos setores sociais e dos representantes políticos de ideologias contrapostas indicam os caminhos trilhados e os que podem ser feitos ao caminhar. As opiniões dos mandatários sobre o papel da representação política e do exercício direto da soberania popular dizem muito sobre a crise de representatividade no Estado brasileiro atual. A conduta dos representantes, lá e agora, confirma as críticas doutrinárias à forma de democracia preferida pela prática política".

o resultado da atividade constituinte[27], como instituição repaginada, independente e autônoma, representou uma importante conquista para a fiscalização dos poderes constituídos na defesa do povo brasileiro.

Afinal, se as balizas constitucionais não são matrizes diversionistas e, justamente por isso, precisam ser *levadas a sério* (Dworkin), o quê fazer para que haja maior efetividade no cumprimento do papel constitucional do Ministério Público?

A polifonia de vozes e o amplo espectro da atuação do Ministério Público, embora possa ser criticada como excesso de aposta do constituinte, desafiam maior efetividade e indignação ao que normativamente há mais de três décadas e meia já está posto sem suficiente realização!

Como comparar a diferença de atuação funcional entre os diferentes Ministérios Públicos para avaliar se em determinado ramo há crise maior ou menor de efetividade no cumprimento do papel constitucional?

Refletir sobre os parâmetros de conservação ou de alteração do sistema de justiça a partir da preservação ou não do modelo constitucional, tomando como ponto de partida os vícios e desencontros que a instituição ainda hoje apresenta, é uma tarefa das mais relevantes para essa instituição que tem na iniciativa e no *poder de agenda*[28] (Sadek) duas de suas muitas virtudes.

---

27 SALGADO, 2007, p. 258: "No entanto, o trabalho constituinte representa uma conquista. A Constituição não pode ser vista como um discurso utópico ou como um empecilho. Suas normas trazem os contornos do projeto democrático e as formas de sua realização. Seu confuso texto é reflexo de seu nascimento democrático e sua prolixidade é espelho das esperanças do povo brasileiro em uma nova ordem constitucional. A Constituição de 1988 traz um texto construído pelas demandas sociais, pela colaboração dos intelectuais, pela participação popular e pelas discussões na Assembleia Nacional Constituinte. O seu projeto democrático, fruto das distintas ideologias e diferentes interesses da sociedade brasileira, é positivado timidamente, mas com toda a força normativa necessária para se fazer realizar. [...]. A concepção puramente representativa da democracia (em desacordo com o comando constitucional) e a continência do legislador infraconstitucional não permitem, até agora, a realização de todo o potencial democrático já normatizado. Mas isto é apenas um obstáculo vencível. O mais difícil já foi feito. A culpa da realidade política brasileira não é da Constituição – é do seu desrespeito. Impõe-se a adoção do texto constitucional como pacto político realizado democraticamente e apto a realizar a democracia. [...] Há falhas. Há demandas que não foram ouvidas. Há conquistas que foram esvaziadas. Mas o substrato normativo resiste com suficiente densidade para se fazer valer. [...] O aprimoramento dos institutos deve ser feito no espaço permitido pela Constituição. Ou por intermédio de mudanças que recuperem seu sentido".

28 ROJAS, 2012, p. 131: "[...] conforme pontua Maria Tereza Sadek[...] importante o fato de o Ministério Público constituir-se como ator político relevante, de primeira grandeza e privilegiado. Ainda que os operadores do Sistema de Justiça tenham forte resistência em se assumirem como atores políticos, por quererem preservar a aura de neutralidade e imparcialidade, tal condição não significa a adoção de posturas partidárias ou ideológicas e sim a conformação da instituição e de seus integrantes 'como agente dotado de poder, de recursos de poder, que possibilitam e credenciam atuações na vida pública, com possibilidade de alterar os rumos da vida pública e

De qualquer forma, tomando-se a roupagem dada pelos artigos 127 e 129 da Constituição, acredita-se que somente quando a sociedade tiver a consciência de que a instituição Ministério Público existe para servir ao propósito transformador do Estado Democrático de Direito para realização dos objetivos da República e, sublinha-se, não para a satisfação entrópica dos interesses ou intenções daqueles que transitoriamente a integram como membras ou membros (já que os trabalhadores do Ministério Público estão alijados de qualquer participação política para a escolha da sua chefia), é que mudanças mais substanciais ocorrerão.

No marco normativo vigente, diante da necessidade de crítica da realidade presente, entre outras perspectivas, aposta-se, com otimismo na vontade e pessimismo na razão (Gramsci), no impacto que um planejamento legitimamente discutido, pensado e construído de maneira entrelaçada com a sociedade, até mesmo para a compreensão do Ministério Público como instituição que exerce parcela de soberania em um Estado ampliado[29] (Gramsci), justamente por fazer a mediação necessária entre a sociedade política e a sociedade civil. O planejamento estratégico como instrumento, além de equilibrar os pratos da independência funcional e da unidade como princípios para uma instituição que precisa ser ativa e não omissa, a depender da forma como for conduzido, pode propiciar uma importante e decisiva aproximação para estabelecer um patamar mais legítimo e eficaz de atuação, sabendo-se que não há escolha sem algum tipo de renúncia.

---

de impor as suas decisões'. Indaga-se, todavia, até que ponto o Ministério Público e seus órgãos de execução têm correspondido e desenvolvido as potencialidades que surgem dessa condição, especialmente pelo fato de contar com vantagem extraordinária, consistente no poder de agenda, que lhe propicia decidir o que vai fazer, como vai fazer e em que tempo irá fazer, estabelecendo o que é prioritário e o que não é".

29 GOULART, 2013, p. 10/13: "Antonio Gramsci visualiza com clareza esse processo de *complexificação* e democratização nas sociedades por ele denominadas 'ocidentais', quais sejam, aquelas sociedades que já atingiram certo grau de organização. Nelas, as crises econômicas tendem a ser mediatizadas pelo conjunto dos organismos da sociedade civil, circunstância que afasta a possibilidade de rupturas traumáticas. Isso significa que, nas formações econômico-sociais mais avançadas, o Estado, enquanto superestrutura, amplia-se e passa a constituir-se por duas esferas: *a sociedade política,* formada pelo conjunto dos *aparelhos coercitivos do Estado* (burocracias civil e militar ligadas à aplicação das leis), responsáveis pelo exercício da dominação de classe; a *sociedade civil*, composta pelos *aparelhos privados de hegemonia* (sujeitos políticos coletivos), ou seja, o conjunto de organizações autônomas responsáveis pela representação dos interesses dos grupos sociais e pela elaboração e difusão de concepções de mundo (valores simbólicos, ideologias) destinadas a conservar ou a transformar dada realidade. A *sociedade civil*, enquanto uma das esferas do Estado, é o espaço privilegiado da luta pela hegemonia (a *guerra de posição*); é o campo onde as classes e grupos sociais buscam a *direção político-ideológica* dos aliados, disputando os respectivos projetos de sociedade, seja para manutenção do *statu quo*, seja para a formação de uma nova vontade coletiva e a construção de uma nova ordem. Essa *direção político-ideológica* (ou *intelectual* e *moral*, como prefere Antonio Gramsci) por meio de *hegemonia* é o pressuposto da chegada ao poder e do exercício da *supremacia*".

Só mesmo a seleção de prioridades e a preocupação com cultura de monitoramento de resultados socialmente eficazes é que pode permitir estabelecer os recortes necessários para que haja maior factibilidade e efetividade no cumprimento da complexa missão constitucional, inclusive com a necessária prestação de contas à sociedade, enfim, um melhor horizonte não apenas de explicação, mas de justificação da instituição Ministério Público.

Tal como ensina Alysson Leandro Mascaro em relação ao Estado, para além do que já se tem na atual Carta Constitucional, o que não garante que a instituição do Ministério Público ostente atribuições perenes na hipótese de sobrevir um novo momento constituinte total ou parcial, também há de se compreender o Ministério Público como resultante de um devir histórico enredado em estruturas sociais específicas, dinâmicas e contraditórias que, portanto, precisa ser compreendido a partir de uma posição relacional com a totalidade da reprodução social[30].

Nesse sentido, embora não se possa desprezar os avanços e a evolução que permitiu maior musculatura e o fortalecimento gradual da instituição desde o advento da Constituição da República, muitos aspectos do "velho"[31] Ministério Público, aquele que também se forjou como "parecerista" do Poder Judiciário mesmo quando lá já também constava atuando como parte, precisam ser reconhecidos como orgânica e flagrantemente inconstitucionais[32].

---

30 MASCARO, 2013, p. 10/11: "Com a chegada da Idade Contemporânea, o entendimento político adquire suas atuais nuances. Quando a teoria política burguesa deseja exatamente o mesmo que a prática política burguesa já conseguiu e instalou, então o pensamento político já pode deixar de lado a metafísica em favor de um fechamento de horizontes de explicação. [...] Nessa chegada ao chão da explicação analítica sem horizonte histórico e social, o Estado deve ser presumido como entidade perene, sem tomá-lo como resultante de um devir histórico nem considerá-lo enredado em estruturas sociais específicas, dinâmicas e contraditórias [...] Para a compreensão do Estado e da política, é necessário o entendimento de sua posição relacional, estrutural, histórica, dinâmica e contraditória dentro da totalidade da reprodução social".

31 MASCARO, 2013, p. 10: "Nas épocas atuais, arraigadas de neoliberalismo, se a teoria se regozijou com o padrão que tem perseverado de modo relativamente estável, não conseguiu a ele transcender para lhe apontar a contradição inerente. [...] Na velha imagem, sair da crise tomando por padrão o fundamento teórico que conduziu à própria crise é como tomar o próprio corpo para ser içado de um buraco no qual caiu, valendo-se para tanto das forças das próprias mãos do caído ao puxarem seus cabelos.

32 BERCLAZ, 2015: "Esse novo e difícil tempo do mundo, por óbvio que a crise e o repensar necessários ao balanço crítico de todas as instituições também precisam alcançar o Ministério Público, especialmente para modificar e cobrir de luz o refazer ontológico, metodológico e epistemológico da cambaleante atividade ministerial em segundo grau que, com muito mais defeitos do que virtudes, *ainda não é, mesmo sendo*. Esse Ministério Público em segundo grau, perdido numa tradição inautêntica e desvairada da qual teimosamente não se desapega, está ainda muito distante de desbravar a contento os férteis — e a estas alturas já conhecidos — territórios da Carta da República, tal como bem posto nos seus artigos 127 e 129, que deveriam ser lidos

Não é possível enxergar um só cargo ou posto na instituição que se possa ser preservado sem conseguir demonstrar a funcionalidade da sua existência com *trabalho vivo* cotidiano e transformador para cumprir com todos os verbos ativos postos no artigo 129 da Constituição. É de escrutínio público e constitucionalmente estruturado que se trata.

Para que isso ocorra, todavia, as esparsas e rarefeitas forças críticas internas não serão suficientes, posto que, de modo geral, percebe-se um clima de acomodação e de conservação que, a despeito da visível crise (parte do velho não morreu e o novo não consegue nascer – como bem ensina Marcelo Pedroso Goulart), mostra-se pouco disposto a abrir as entranhas institucionais, razão pela qual a mesma sociedade brasileira, que venceu o período nefasto de ilícitos absolutos da Ditadura (1964-1985)[33], também precisará empenhar-se para que, ao lado de outras propostas de mudança necessária no sistema de justiça, a constitucionalização orgânica do Ministério Público seja uma realidade.

Apostar no planejamento estratégico levado a sério e construído com a participação da sociedade. Repensar de maneira radicalmente democrática a forma e critérios de escolha das Chefias da instituição, inclusive como forma de prevenir, objetivamente, atrelamento passível de gerar omissões para uma instituição que precisa ser ativa e independente do poder político[34]. Estabelecer conexões sinérgicas objetivas e permanentes da instituição com a sociedade civil. Abolir a inconstitucional e inútil atuação parecerista em segundo grau do Ministério Público na esfera criminal. Promover diagnóstico descritivo-prescritivo do CNMP.

Acredita-se que esses 05 (cinco) horizontes de problematização dos encontros e desencontros do MP com a Constituição desafiem melhor análise não apenas por parte de quem integra o Ministério Público como

---

todos os dias como "reza" ou "prece" institucional, verdadeiro ato de fé necessário num *viver junto* que, para ter paz e não guerra, precisa ser respeitosamente laico e secularizado. Nesse nível de atuação do Ministério Público, definitivamente, *alguma coisa está fora da ordem, fora da nova ordem* constitucional!"

33 FERNANDES, 2023, p. 17: "A Terra não é plana e houve uma ditadura militar no Brasil a partir de 1964, chefiada por militares, depois de um golpe civil-militar em 1964. Depois do golpe, as Forças Armadas tomara as rédeas do Estado, e os agentes civis golpistas – políticos e empresários - tiveram de se subordinar às fardas. [...] Tratou-se de um regime genocida".

34 SILVA, 2019, p. 198: "A conjugação dessas atribuições, a impediente e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que nunca pode recolher-se a uma posição neutra ou indiferente diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos poderes públicos. Quando, sobretudo, a inércia ou a deliberada omissão do Ministério Público se manifesta na chefia do órgão e provém de sua submissão à Chefia do Governo, encara-se a mais flagrante prevaricação"; p. 199: "Não é dever do Ministério Público, num regime democrático, servir aos desígnios dos governantes".

trabalhadora ou trabalhador, mas, principalmente, de parte dos movimentos sociais, dos pesquisadores da universidade, dos sindicados, das associações de bairro, da classe que vive do trabalho e da sociedade brasileira de modo geral.

Na raiz dessas 05 (cinco) projeções, que talvez expliquem parte dos marcantes *desencontros* na perspectiva de que a instituição possa sempre buscar conformidade e encontros com a projeção idealizada da Constituição, está a constatação de ser o Ministério Público brasileiro única instituição expressamente encarregada constitucionalmente da defesa do regime democrático possua uma democracia exemplar, substancial, vigorosa e de alta intensidade (participativo-deliberativa, sobretudo) para iluminar o seu agir institucional dos seus agentes políticos[35] como reais e necessários defensores da sociedade. Menos déficit democrático para uma maior legitimidade social[36] e efetividade transformadora nas suas ações, portanto.

Antes, porém, esse *ministério* que é exercido em prol do interesse *público*, com seus humanos erros e acertos cotidianos, como qualquer instituição composta de pessoas heterogêneas selecionadas desde uma perspectiva meritocrática-burocrática com pluralidade ideológica, como qualquer outra carreira de Estado, no espectro *criminal* e também *não-criminal,* pela desejada resolutiva ou mesmo na por vezes inevitável atuação demandista, ordinariamente como *parte* e excepcionalmente como interveniente-parecerista, precisa ser didaticamente apresentado e explicado para a sociedade, a fim de que seja conhecimento mais pela perspectiva crítico-analítica do que empírico-dedutiva. Mais informação, mais análise e menos *senso comum*. Mais crítica e menos *bate-palma*, sem messianismo, tudo para compreender que mesmo este potente Ministério Público é uma instituição entre outras tantas de uma rede maior de controle.

Só assim será possível acreditar que um outro Ministério Público, mais permeável e próximo das reais necessidades e interesses do corpo

35 ARANTES, 2002, p. 80: "Foi exatamente essa definição de independência funcional que emergiu da Constituição de 1988, graças a um conjunto espetacular de garantias ao exercício da função e que tem permitido, desde então, a cada membro do Ministério Público transforma-se numa espécie de agente político da lei rigorosamente independente, livre de constrangimentos significativos, exceto os colocados por sua própria consciência".

36 ROJAS, 2012, p. 130: "O arcabouço normativo e a independência institucional do Ministério Público brasileiro, conforme explicitado no subcapítulo anterior, fizeram surgir uma situação inevitável: uma atuação bastante vigorosa e, ao mesmo tempo, discricionária em nome da sociedade, com claro teor de ente político. Essa forma de atuação resulta da necessidade de o Ministério Público buscar maior legitimação social, sobretudo após a Constituição da República de 1988, uma vez que se descolou da condição de típico aparelho estatal, assumindo nova posição constitucional, marcada pela autonomia e independência conquistadas".

social, revestido de uma cultura que reconheça o planejamento estratégico[37] como forma organizada e democrática de maior empenho e eficiência na luta pelo cumprimento dos objetivos da República, é não só possível, como necessário.

É preciso urgentemente construir um Ministério Público ainda melhor[38]. É desse desafio[39] que se trata. "Esse é o caminho, pois outro não há"[40].

Afinal, entre tantos outros argumentos possíveis, se a geração[41] que, como a minha, ingressou no Ministério Público após 1988 não conseguir cobrar, interna e externamente, para que a instituição seja mais coerente e aderente ao que exige o perfil constitucional, para obter e entregar para a sociedade um Ministério Público melhor e mais forte do que recebeu, qual terá sido o seu principal legado?

37 GOULART, 2013, p. 167: "O Ministério Público, como instituição que integra em caráter permanente a organização política do Estado brasileiro, deve cumprir os objetivos fundamentais da República, assim como postos expressamente na Constituição (art. 3º, incs. I a IV). O objetivo estratégico do Ministério Público confunde-se com o da República e pode ser assim sintetizado: construção da sociedade livre, justas e solidária, na qual o desenvolvimento está voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos. Do objetivo estratégico decorre a missão institucional do Ministério Público, o rol das incumbências que lhe foram conferidas pelo constituinte".

38 GOULART, 2013, p. V: "Para esta gente bonita que, lavrando a terra, tecendo o pano, cantando a vida, manejando a pena, constrói um Brasil melhor, pois sabe que isso é possível".

39 SILVA, 2019, p. 200: "O Ministério Público contemporâneo emergiu de uma Carta Constitucional de cunho humanista e marcantemente voltada para a consagração da prevalência das liberdades públicas e direitos fundamentais do cidadão, em confronto com a própria organização política do Estado, pela amplitude de suas atribuições e pela largueza de sua liberdade institucional. O grande desafio que se apresenta ao Ministério Público consiste em preservar a supremacia da ordem constitucional e viabilizar a execução e concretização da Constituição da República ,para que esta, deixando de se qualificar-se como simples repositório de proclamações teóricas e retóricas, converta-se em peça essencial e efetiva da estabilidade institucional, como documento normativo fundamental à segurança jurídica e em instrumento básico de defesa de liberdades civis e de proteção dos espaços democráticos construídos".

40 SILVA, 2010, p. 240: "Daí ressalta a dicotomia entre o custo da Instituição e a satisfação e resultado que ela possa proporcionar à sociedade. São inegáveis a sua importância, a sua essencialidade e a sua necessidade. Todavia, a responsabilidade do futuro da Instituição passa pela necessidade de discussão interna intensa, da radicalização da democracia, do planejamento estratégico, da aproximação, para parceria, com a sociedade e organismos estatais, da revisão de praxes ultrapassadas, da consciência da grandeza das funções de cada membro e da responsabilidade pelos abusos e omissões pelos órgãos de controle".

41 SILVA, 2010, p. 227: "Com respaldo de seu novo perfil constitucional, o Ministério Público, sem dúvida, marcou sua trajetória com resultados efetivos e reconhecidas pela sociedade. Essa história, que era o sonho acalentado por gerações antecedentes, foi construída internamente pelo trabalho de seus membros em cada canto do País".

Referências

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil.** São Paulo: Educ: Editora Sumaré: Fapesp, 2002.

BERCLAZ, Márcio Soares. A Corregedoria-Geral do Ministério Público e a necessidade de (re) definição do seu papel de orientação e fiscalização dos membros no compromisso de cumprimento e concretização do planejamento estratégico-institucional. Superior Tribunal de Justiça – Biblioteca Digital Jurídica. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35758.> Acesso em 25 de maio de 2024.

BERCLAZ, Márcio Soares. Ministério Público em segundo grau: procura-se "trabalho vivo nesta passagem". Conjur, 26 de janeiro de 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jan-26/mp-debate-mp-segundo-grau-procura-trabalho-vivo-nesta-passagem/. Acesso em 25 de maio de 2024.

BERCLAZ, Márcio Soares. Uma perspectiva descolonial e crítica de democracia a partir das categorias da Política de Libertação de Enrique Dussel: será que isso tem algo a dizer para o sistema de justiça? *In*: FÁVERI, José Ernesto de. CANI, Luiz Eduardo. BAZZANELLA, Sandro Luiz. Realidade nacional e crise atual: entre a cultura e a barbárie. São Paulo: Liber Ars, 2018, p. 97/114.

BERCLAZ, Márcio Soares. **Da injustiça à democracia: ensaio para uma Justiça de Libertação.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BERCLAZ, Márcio Soares. O Ministério Público em segundo grau diante do *enigma da esfinge* (e a Constituição da República): *decifra-me* ou *devora-te*. *In*: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público:** reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 241-285.

BERCLAZ, Márcio Soares. **Devolvam a PGR ao povo brasileiro.** Disponível em: https://jornalggn.com.br/cidadania/devolvam-a-pgr-ao-povo-brasileiro-por-marcio-soares-berclaz/, acesso em 20 de maio de 2024.

CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília-DF: Senado Federal, 1988.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERNANDES, Pádua. **Ilícito absoluto:** a Família Almeida Teles, o

Cornel C.A. Brilhante Ustra e a tortura. São Paulo: Patuá, 2023.

GOULART, Marcelo Pedroso**. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público.** Belo Horizonte: Editora Arraes, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política.** São Paulo: Boitempo, 2013.

ROJAS, Rodrigo Cançado Anaya. **Participação popular e Ministério Público no Brasil.** Belo Horizonte: Arrae Editores, 2012.

SADEK, Maria Teresa. A construção de um novo Ministério Público resolutivo. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.** Belo Horizonte, janeiro/junho de 2009.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico:** vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SILVA, Cláudio Barros. Abusos e omissões do Ministério Público e de seus Membros. *In*: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público:** reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 213-240.

SILVA, Cláudio Barros. O longo caminho da constitucionalização do Ministério Público. **Revista do Ministério Público do RS,** Porto Alegre, n. 85, jan. 2019-junho.2019, p. 153-202.

POSFÁCIO

Consoante lemos, o volume 7 da Coleção Discurso Jurídico, "Direito Atual: Debate e Crítica", é uma obra completa.

Os capítulos, escritos por profissionais renomados, abordam temáticas históricas, tais como a evolução do Direito, desde a antiguidade ao Estado Democrático. Assim, foi oferecido ao leitor o deleite de "viajar" no tempo, do Código de Hammurabi, democracia na acepção grega, até ao paradigma atual do Estado Democrático de Direito, instituído no Brasil mediante a promulgação da Constituição de 1988.

Além disso, a presente obra é rica fonte de pesquisa de temas atuais e relevantes para toda a sociedade: o planejamento sucessório como forma de pacificação familiar, regime de bens para uniões poligâmicas, locação urbana e a atividade de *Airbnb*, usucapião e princípio da função social da propriedade, *startups,* responsabilização jurídica das *bigs techs* no ambiente das mídias sociais, entre outras temáticas intrigantes.

A pluralidade casuística também é característica marcante deste livro, tendo sido debatida a constitucionalidade da polícia municipal de Chapecó/SC, análise do recente e polêmico RE 1235340/SC, que autorizou a prisão imediata após condenação pelo Tribunal do Júri, direito fundamental à educação com estudo de caso do Estado do Pará, entre outros.

Por derradeiro, vale ressaltar que cada um dos 38 capítulos foi escrito com rigor científico e base teórica robusta.

Todos possuem características autorais marcantes, as quais, além de tornar a leitura prazerosa, cumprem, com maestria, o propósito de contribuir para uma sociedade melhor mediante a profusão do conhecimento.

Parabéns à organização, às autoras e aos autores!

Excelente leitura!

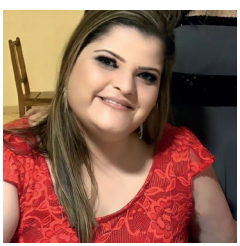
Isaías Henrique Silva

Advogado. Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Presidente da Comissão de Direito Administrativo da OAB/MG – Subseção Venda Nova

SOBRE AS ORGANIZADORAS



Cristina Rezende Eliezer: Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (BOLSISTA CAPES). Mestra em Educação pela Universidade Federal de Lavras - UFLA/MG. Pós-Graduada *Lato Sensu* em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes- UCAM/RJ. Pós-Graduada *Lato Sensu* em Gestão de Projetos pelo Centro Universitário de Formiga - UNIFOR/MG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduanda em Letras pelo Centro Universitário Newton Paiva. Foi professora de Direito no Instituto Federal de Ciência e Tecnologia de Minas Gerais - IFMG (2010 a 2013). Atua desde 2017 como Membro e Professora da Comissão OAB Vai à Escola, da Seção Minas Gerais. Foi Professora Assistente no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Arcos (2020 a 2022). É Advogada - OAB/MG 126.942 e Pedagoga. Membro do Conselho Editorial da Editora Dialética. Membro do Conselho Editorial da Editora Metrics. Coordenadora-geral da Rede de Egressos do PPGE - UFLA. Coordenadora do Projeto PUC'blica - PUC Minas. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Currículo Crítico, Educação Transformadora: políticas e práticas (CNPq) - PUC Minas. Membro da Associação Brasileira de Currículo - ABDC. Parecerista na Revista Arquivo Brasileiro de Educação (Pós-graduação em Educação da PUC Minas). Integra o Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI – CNIAC. Acadêmica Efetiva na Academia Formiguense de Letras (AFL). E-mail: cristinaeliezer@yahoo.com.br



Carla Ribeiro Vaz de Melo: Advogada. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas e professora da Faculdade de Direito da Fundação Educacional de Além Paraíba. Especialista em Direito Empresarial e Econômico pela UFJF. Especialista em Docência, Ensino Remoto, Gestão e Tutoria na Educação a Distância pela FEAP. Diretora-Tesoureira da Subseção Além Paraíba OAB/MG. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG E-mail: carlavazdemelo@yahoo.com.br



Cláudia Taís Siqueira Cagliari: Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Público. Aperfeiçoamento em Programa de Formação Pedagógica de Docentes e Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Professora universitária (Centro Universitário UNIVEL – Cascavel / PR). Atua também como professora em nível de pós-graduação *lato sensu*. Faz parte do Cadastro Nacional e Internacional de Avaliadores do CONPEDI – CNIAC. Elaboradora de Itens do Banco Nacional de Itens (BNI) do ENADE capacitada pelo INEP. Avaliadora de cursos pelo INEP/MEC. E-mail:claudiatcagliari@gmail.com



Pauliana Maria Dias: Advogada. Mestra em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada (IEC). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto de Educação Continuada (IEC). Docente no Centro Universitário Una Bom Despacho/MG. E-mail: paulianamdias@gmail.com

Em um mundo pós-revolução industrial 4.0, de constante e acelerada transformação e inovação, o Direito se posiciona como ferramenta indispensável para a organização social e a consolidação do Estado Democrático de Direito. O volume 7 da Coleção Discurso Jurídico, "Direito Atual: Debate e Crítica", oferece uma análise profunda e multifacetada dos temas mais relevantes do cenário jurídico contemporâneo. A obra conecta a evolução histórica do Direito, desde as primeiras codificações e o legado do Direito Romano, com os desafios emergentes da sociedade moderna, demonstrando a contínua busca por justiça e equidade. Este volume mergulha nas complexidades da era digital, abordando o impacto das novas tecnologias em diversas áreas do Direito. São discutidos temas cruciais como a proteção de dados pessoais (LGPD, GDPR), a responsabilidade das big techs no ambiente das mídias sociais, o combate à desinformação e fake news, e os aspectos jurídicos da inovação, incluindo Blockchain, criptomoedas e plataformas digitais. A obra explora como o Direito se adapta para regular e garantir direitos fundamentais neste novo ambiente virtual, trazendo, inclusive, inovações da reforma tributária. A obra "Direito Atual: Debate e Crítica – Volume 7" convida à reflexão crítica sobre debates contemporâneos das mais variadas temáticas, essenciais para a compreensão do Direito em sua função transformadora. Ao promover discussões sobre os desafios atuais, a obra reforça o papel do ordenamento jurídico na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e democrática, contribuindo significativamente para o fortalecimento e aprimoramento do Estado Democrático de Direito.

Rafael Kroth Andrade

ISBN 978-655397308-4

9 786553 973084

EDITORA METRICS