

Pluralismo Jurídico:

Diálogos e Controvérsias Contemporâneas

Vol. 3

Abraão Lucas Ferreira Guimarães
Rafael Seixas de Amoêdo
Denison Melo de Aguiar
(Organizadores)

AYA EDITORA
2026

Pluralismo Jurídico:

Diálogos e Controvérsias Contemporâneas

Vol. 3

Abraão Lucas Ferreira Guimarães
Rafael Seixas de Amoêdo
Denison Melo de Aguiar
(Organizadores)

Pluralismo Jurídico:

Diálogos e Controvérsias Contemporâneas

Vol. 3

AYA EDITORA
2026

Direção Editorial
Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares
Organizador
Prof.º Me. Abraão Lucas Ferreira Guimarães
Prof.º Me. Rafael Seixas de Amoêdo
Prof.º Dr. Denison Melo de Aguiar
Capa
AYA Editora©
Revisão
Os Autores
Executiva de Negócios
Ana Lucia Ribeiro Soares
Produção Editorial
AYA Editora©
Imagens de Capa
br.freepik.com
Área do Conhecimento
Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva (UNIDAVI)
Prof.ª Dr.ª Adriana Almeida Lima (UEA)
Prof.º Dr. Aknaton Toczek Souza (UCPEL)
Prof.º Dr. Alaerte Antonio Martelli Contini (UFGD)
Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos (IFAP)
Prof.º Dr. Carlos Eduardo Ferreira Costa (UNITINS)
Prof.º Dr. Carlos López Noriega (USP)
Prof.ª Dr.ª Claudia Flores Rodrigues (PUCRS)
Prof.ª Dr.ª Daiane Maria de Genaro Chiroli (UTFPR)
Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota (IFPI)
Prof.ª Dr.ª Déa Nunes Fernandes (IFMA)
Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis (UEMG)
Prof.º Dr. Denison Melo de Aguiar (UEA)
Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos (UNIFAP)
Prof.º Dr. Gilberto Zammar (UTFPR)
Prof.º Dr. Gustavo de Souza Preussler (UFGD)
Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota (IF Baiano)
Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza (UFS)
Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso (UNISC)
Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão (UFPE)
Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski (UTFPR)
Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior (UFRR)
Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra (IFCE)
Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho (UFRPE)
Prof.ª Dr.ª Maralice Cunha Verciano (CEDEUAM-Unisalento - Lecce - Itália)
Prof.ª Dr.ª Marcia Cristina Nery da Fonseca Rocha Medina (UEA)

Prof.ª Dr.ª Maria Gardênia Sousa Batista (UESPI)
Prof.° Dr. Myller Augusto Santos Gomes (UTFPR)
Prof.° Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda (UEPG)
Prof.° Dr. Rafael da Silva Fernandes (UFRA)
Prof.° Dr. Raimundo Santos de Castro (IFMA)
Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani (UTFPR)
Prof.° Dr. Ricardo dos Santos Pereira (IFAC)
Prof.° Dr. Rômulo Damasclin Chaves dos Santos (ITA)
Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia (UTFPR)
Prof.ª Dr.ª Tânia do Carmo (UFPR)
Prof.° Dr. Ygor Felipe Távora da Silva (UEA)

Conselho Científico

Prof.° Me. Abraão Lucas Ferreira Guimarães
Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz (UniCesumar)
Prof.° Dr. Clécio Danilo Dias da Silva (UFRGS)
Prof.° Dr. Diogo Luiz Cordeiro Rodrigues (UFPR)
Prof.° Me. Ednan Galvão Santos (IF Baiano)
Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig (UFPR)
Prof.° Dr. Fabio José Antonio da Silva (HONPAR)
Prof.° Dr. Gilberto Sousa Silva (FAESF)
Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti (UFPR)
Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim (FASF)
Prof.ª Dr.ª Lucimara Glap (FCSA)
Prof.° Dr. Milson dos Santos Barbosa (UniOPET)
Prof.° Dr. Rudy de Barros Ahrens (UNIR)
Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros Rodrigues (FASF)
Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda Santos (UTFPR)
Prof.ª Dr.ª Tássia Patricia Silva do Nascimento (UEA)
Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues (IFSC)

Copyright do Texto © 2026 dos autores

Copyright da Edição © 2026 AYA Editora (projeto gráfico, diagramação e visual de capa)

P737 Pluralismo jurídico: diálogos e controvérsias contemporâneas [recurso eletrônico]. / Abraão Lucas Ferreira Guimarães, Rafael Seixas de Amoêdo, Denison Melo de Aguiar (organizadores) -- Ponta Grossa: Aya, 2026. 604 p.

v.3

Inclui biografia

Inclui índice
Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
ISBN: 978-65-5379-921-9
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34

1. Direito. 2. Chamamento à autoria – Brasil. 3. Chamamento ao processo. 4. Responsabilidade (Direito) - Brasil. 5. Internet – Legislação. 6. Provedores de serviços da internet. 7. Assédio virtual. 8. Crimes contra a honra. 9. Defesa do consumidor – Legislação – Brasil. 10. Idosos – Estatuto legal, leis, etc. – Brasil. 11. Jogos de azar – Aspectos sociais – Brasil. 12. Direito civil. 13. Herança e sucessão – Brasil. I. Guimarães, Abraão Lucas Ferreira. II. Amoêdo, Rafael Seixas de. III. Aguiar, Denison Melo de. IV. Título.

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

AYA Editora©
Fone: +55 42 3086-3131 | WhatsApp: +55 42 99906-0630
E-mail: contato@ayaeditora.com.br | Site: https://ayaeditora.com.br

Declaração da Editora

O conteúdo autoral próprio desta obra é disponibilizado sob a Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional — CC BY 4.0, que permite seu uso, reprodução, distribuição e adaptação, inclusive para fins comerciais, desde que sejam atribuídos os devidos créditos aos autores, seja indicada a licença e sejam informadas eventuais alterações.

A licença não se aplica ao projeto gráfico, à diagramação, ao design de capa nem aos materiais de terceiros utilizados na obra, tais como citações, imagens, gráficos, documentos, marcas e outros conteúdos identificados por crédito, referência ou indicação específica. Esses materiais permanecem sujeitos aos respectivos direitos, licenças, autorizações e limitações legais.

A reprodução ou reedição da obra por terceiros deverá utilizar apresentação gráfica própria ou contar com autorização expressa da AYA Editora para uso da edição gráfica.

Os autores são responsáveis pela autoria, originalidade, precisão e licitude de suas contribuições intelectuais, pela correta indicação das fontes e referências, bem como pela obtenção das autorizações necessárias para a utilização de materiais de terceiros.

As análises, interpretações e opiniões apresentadas são de responsabilidade dos autores e não refletem, necessariamente, o posicionamento da AYA Editora, de seu conselho editorial ou das instituições mencionadas.

A atuação da AYA Editora limitou-se aos serviços editoriais e técnicos contratados, incluindo produção editorial, projeto gráfico, diagramação, registro e disponibilização da obra, sem titularidade ou ingerência sobre o conteúdo textual.

As referências a pessoas, instituições, autoridades e fatos históricos possuem finalidade informativa, acadêmica, crítica ou de pesquisa e devem observar a legislação aplicável, inclusive os direitos autorais e os direitos da personalidade.

A AYA Editora não comercializa esta obra nem recebe royalties, comissões ou participação nas receitas decorrentes de sua venda ou distribuição. Os autores e terceiros poderão explorar comercialmente o conteúdo autoral próprio nos limites da Licença CC BY 4.0, sem utilizar a edição gráfica reservada à editora.

SUMÁRIO

Apresentação.....XXI

01

Entre a Convicção e a Constituição: O Quesito Genérico de Absolvição, a Fundamentação das Decisões e o Tema 1.087 do STF.....1

Daniela Peliciari

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.1

02

Intervenção de Terceiros: Denunciação da Lide e Chamamento ao Processo.....10

Gabriel Moreira de Almeida
Julia Luise Peninque Moraes
Kamily Araújo da Cruz
Otávio Henrique Matzuoka

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.2

03

A Responsabilidade dos Provedores de Internet na Infância.....20

Aline Cipriano da Cruz
Irina de Oliveira Santos Emboava

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.3

04

O Processo de Apuração Disciplinar à Luz da Lei nº 16.544/2010 do Paraná: Garantias Processuais e a Defesa do Servidor Público 30

Devair Aparecido Ferreira

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.4

05

O Cenário da Execução Fiscal após o Tema 1.184 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (Extinção de Execuções Fiscais de Baixo Valor) e Reflexões a partir da Crítica ao Direito Civil Constitucional.....45

Deniel Rodrigo Benevides de Queiroz
Eduardo Bezerra Vieira
Janary Yoshizo Kato Yokokura
Pedro Liberato Mesquita Palmeira Filho

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.5

06

A Constitucionalização do Direito Civil e seus Limites: Uma Análise Crítica sobre a Expansão dos Princípios Constitucionais nas Relações Privadas 62

Otniel Servilha Torres
Janary Yoshizo Kato Yokokura

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.6

07

O Instituto do “Construction Lien” na Perspectiva Jurídica Brasileira 72

Marcelo Puccini Caminha Filho

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.7

08

Quando o Combate à Litigância Predatória se Torna Predatório: Função Social do Processo Civil e Proteção do Hipervulnerável no Civil-Constitucionalismo Brasileiro 81

Luis Albert dos Santos Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.8

09

Direito à Honra e à Imagem Versus Cancelamento nas Redes Sociais.....100

Osmar Alves Bocci
Hirdan Katarina de Medeiros Costa

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.9

10

Proteção Jurídica do Consumidor Idoso na Região Norte do Brasil: Desafios e Repercussões dos

Empréstimos Consignados sobre os Benefícios Previdenciários 108
Ulisses Cordeiro Maquine
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.10

11

Reflexos e Consequências da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica 125
Larissa de Carvalho Sabino Silva
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.11

12

O Recebimento da Denúncia pelo Juiz do Mérito e a Imparcialidade Estrutural no Processo Penal: Uma Crítica ao Modelo Pós-STF do Juiz das Garantias.... 131
Maria Eduarda Seemann
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.12

13

O Artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua Conexão com o Tema 75 do Tribunal Superior do Trabalho 145
José Pedro Fernandes Guerra de Oliveira
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.13

14

Información y Bien Jurídico Penal.....160

Sidney Duran Gonçalez

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.14

15

Habeas Corpus no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Antecedentes Históricos e Consolidação Constitucional.....171

Caroline dos Santos Silva
Maria Cristina Zainaghi

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.15

16

Apostas e Jogos Online no Brasil: Desafios Normativos e Impactos Sociais.....183

Emmanuel da Silva Barros
Daniel Mendes

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.16

17

O Papel da Justiça Restaurativa em um Cenário de Expansionismo Penal 197

Vanessa de Jesus Gomes

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.17

18

Planejamento Tributário: A Prevalência da Forma Jurídica Lícita e o Papel da Prova na Distinção entre Elisão e Simulação, à Luz dos Fundamentos do Direito Tributário.....210

Ariana Mosele Di Cola

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.18

19

O Uso de Biometria na Formalização de Contratos Eletrônicos à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.....228

Cezar Augusto de Sousa Santos
Ronny Max Machado
Osmar Fernando Gonçalves Barreto

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.19

20

A Proteção do Mínimo Existencial e da Dignidade Humana no Plano Tributário: Perspectivas e Desafios para a Concretização da Justiça Fiscal.....249

Lívio Augusto de Carvalho Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.20

21

A Distinção entre Regras e Princípios: Uma Abordagem à Luz das Teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy 263

Lívio Augusto de Carvalho Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.21

22

A Tributação, o Mínimo Existencial e a Dignidade Humana.....275

Lívio Augusto de Carvalho Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.22

23

Entre a Forma e a Realidade: O Princípio da Primazia no Julgamento do Tema 1.386 Pelo Supremo Tribunal Federal.....287

Raquel Duim Rezende

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.23

24

Concessão Judicial de Medicamentos não Incorporados às Listas de Dispensação do SUS:

Análise da Efetividade da Tese Fixada no Tema 6 do STF (RE 566.471/RN) no Estado de Alagoas 302

Letícia Beatriz da Silva
Danilo Oliveira Gonçalves

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.24

25

Holding Familiar: Estratégias Jurídicas para o Planejamento Patrimonial e Sucessório.....317

Andressa Morais Capassi Santos
Beatriz Bighetti

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.25

26

A Responsabilidade Civil das Empresas por Doenças Ocupacionais: Entre a Prevenção e a Reparação no Âmbito do Direito do Trabalho e da Segurança do Trabalho.....327

Andrey Capistrano Soares
Daniel Eric de Souza Carneiro
Ana Claudia Barroso

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.26

27

O Direito nas Compras Online: Desafios e Perspectivas Jurídicas no Comércio Eletrônico 340

Carlos Agapito Praia Neto
Rosana Reis de Melo Silva
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.27

28

A Função Social da Propriedade e a Banalização do Uso da Dignidade da Pessoa Humana como Justificativa para Ocupações Ilegítimas: Uma Análise à Luz do Direito Privado 362

Heitor Ronaldo de Freitas
Karla Machado de Souza Lucas
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.28

29

Mudanças de Natureza Econômico-Social na Constituição de 1988: Quanto nos afastamos dos Propósitos da Carta Magna Original?.....376

Luis Alberto de Jezus
Simony Jin
Welington Batista Lourenço
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.29

30

Entre o Algoritmo e a Constituição: Jurisdição Constitucional Dialógica, Poder Privado Transnacional e Democracias Defeituosas na Era Digital 396

Otniel Servilha Torres
Richard Maciel de Sá
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.30

31

Novos Rumos do Direito Sucessório: A Retirada do Cônjuge do Rol de Herdeiros Necessários no Projeto de Lei nº 4/2025 408

Veridiana Toczeki Santos
Pietra Rosa Zuchi
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.31

32

Uso da Internet por Crianças e Adolescentes: Responsabilidade dos Pais ou Responsáveis Legais Sob a Ótica da Tutela Jurídica a Partir da Lei Geral de Proteção de Dados 415

Andressa Carolyne Vasconcelos Braga
Larissa Braga Lima
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.32

33

Os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal no Século XXI: A Necessidade de Reestruturação das Vagas de Ministros pelo Pluralismo na Composição de Carreiras Essenciais à Justiça e a Fixação de Mandatos como Pilares de Modernização 424

José Marconi Moreira Filho
Flaide Flaviane Galvão Ferreira
Denison Melo de Aguiar
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.33

34

A Insalubridade Laboral dos Agentes de Endemias: Análise da Efetividade dos Direitos Trabalhistas e da Jurisprudência Brasileira.....448
Ana Caroline de Sá Landgraf
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.34

35

Fronteiras do Direito: A Violência e o Jogo como Possibilidades no Direito.....460
Simony Jin
Laís Miranda Lima
Welington Batista Lourenço
Luís Alberto de Jezus
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.35

36

Controle de Convencionalidade e Lei de Anistia: Uma Análise do Caso Gomes Lund e Seus Impactos no Sistema Jurídico Brasileiro 475
Leandro Ernani Freitag
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.36

37

Autonomia existencial e Registro Civil das Pessoas Naturais: a Efetivação Extrajudicial dos Direitos da Personalidade.....497

Mariana Miler Carneiro

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.37

38

Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: Configuração e Indenização do Dano Moral.....514

Caio Vinicius de Oliveira Garcia

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.38

39

A Produção e a Valoração da Prova na Arbitragem: Uma Análise Comparativa com o Processo Civil Brasileiro 525

Caio Vinicius de Oliveira Garcia

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.39

40

Entre o Custo do Crime e a Ilusão do Punitivismo: Um Diálogo Empírico Entre a Análise Econômica do Crime e o Garantismo Penal 537

João Pedro Nery Tenório
Danilo Pereira Vieira
José Márcio Pereira Vieira
Nigel Stewart Neves Patriota Malta
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.40

41

O Controle de Convencionalidade no Brasil: Um Estudo sobre o Diálogo entre a Jurisdição Constitucional e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos 552
Ramon da Silva Caggy
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.41

42

A Exigência de Dolo na Improbidade Administrativa após a Lei nº 14.230/2021: Entre a Segurança Jurídica e a Efetividade no Combate à Corrupção 562
Ingrid Lopes de Freitas
DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.42

Organizador.....574

Índice Remissivo.....577

APRESENTAÇÃO

O pluralismo jurídico, tomado como eixo de aproximação entre diferentes problemas do Direito contemporâneo, permite observar como normas, instituições, princípios e práticas são tensionados por transformações sociais, econômicas e tecnológicas. Este volume reúne discussões que percorrem campos diversos das Ciências Sociais Aplicadas, articulando questões constitucionais, civis, processuais, penais, tributárias, trabalhistas, administrativas e digitais. A composição do livro evidencia a presença recorrente de conflitos entre autonomia e regulação, proteção de direitos e exercício de poderes públicos ou privados, segurança jurídica e adaptação das categorias jurídicas a novas demandas sociais.

Parte significativa das análises concentra-se nas relações entre Constituição, legislação e atividade jurisdicional. Decisões dos tribunais superiores, temas de repercussão geral e interpretações legislativas aparecem associados a debates sobre fundamentação das decisões, imparcialidade processual, execução fiscal, direitos trabalhistas, acesso a medicamentos, controle de convencionalidade e organização institucional da Justiça. Também se discutem os limites da incidência de princípios constitucionais nas relações privadas, a distinção entre regras e princípios, a dignidade humana, o mínimo existencial e a função social, conceitos examinados em contextos concretos de aplicação jurídica.

Outro conjunto de questões decorre das mudanças nas formas de interação econômica e social. Responsabilidade de provedores, proteção de crianças e adolescentes na internet, contratos eletrônicos, biometria, dados pessoais, comércio digital, cancelamento em redes sociais e apostas online colocam em debate responsabilidade, privacidade, imagem, consumo e regulação de ambientes mediados por tecnologia. A proteção de sujeitos em condições específicas de vulnerabilidade também atravessa estudos sobre consumidores idosos, relações familiares, abandono afetivo, autonomia existencial e tutela processual, aproximando institutos tradicionais de problemas associados às condições atuais de exercício dos direitos.

A diversidade temática alcança ainda responsabilidade penal da pessoa jurídica, justiça restaurativa, habeas corpus, prova, arbitragem, planejamento tributário, sucessões, propriedade, relações laborais e instrumentos jurídicos de proteção patrimonial. Em conjunto, essas abordagens mostram um Direito atravessado por disputas interpretativas, escolhas institucionais e distintas formas de concretização normativa. O leitor encontrará análises voltadas tanto à elaboração teórica quanto às consequências práticas da legislação, da jurisprudência e dos mecanismos de solução de conflitos, compondo um quadro de debates pertinente à pesquisa, ao ensino e à atuação profissional.

Boa leitura!

Capítulo 01

Entre a Convicção e a Constituição: O Quesito Genérico de Absolvição, a Fundamentação das Decisões e o Tema 1.087 do STF

Between Conviction and the Constitution: The Generic Acquittal Question, the Reasoning of Judicial Decisions, and STF General Repercussion Theme Number 1,087

Daniela Peliciari

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Assessora de Juiz no TJMG.

Resumo: O presente estudo analisa a compatibilidade constitucional do quesito genérico de absolvição previsto no art. 483, III, do Código de Processo Penal, à luz da garantia da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição da República) e do princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. A partir de exame doutrinário e jurisprudencial, especialmente do julgamento do Tema 1.087 da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, investiga-se se a absolvição imotivada, inclusive por clemência , compromete a racionalidade do processo penal democrático. Conclui-se que o quesito genérico não é formalmente inconstitucional, mas produz tensões constitucionais que exigem interpretação conforme a Constituição, preservando simultaneamente a democracia participativa e o controle jurisdicional mínimo.

Palavras-chave: Tribunal do Júri; quesito genérico; fundamentação das decisões; soberania dos veredictos; clemência; Tema 1.087 do STF.

Abstract: This study analyzes the constitutional compatibility of the generic acquittal question provided for in article 483, III, of the Brazilian Code of Criminal Procedure, considering the guarantee of reasoned judicial decisions (Article 93, IX, of the Federal Constitution) and the principle of the sovereignty of jury verdicts. Based on a doctrinal and jurisprudential examination—particularly the Brazilian Supreme Federal Court's judgment in Theme 1,087 of general repercussion—the paper investigates whether unreasoned acquittal, including acquittal based on clemency, undermines the rationality of a democratic criminal justice process. It concludes that the generic question is not formally unconstitutional, but it generates constitutional tensions that require an interpretation consistent with the Constitution, simultaneously preserving participatory democracy and minimal judicial review.

Keywords: Jury Trial; generic acquittal question; reasoning of judicial decisions; sovereignty of verdicts; clemency; STF Theme 1,087.

INTRODUÇÃO

A exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, consagrada no art. 93, IX, da Constituição da República, representa um dos pilares do Estado Democrático de Direito, ao submeter o exercício do poder jurisdicional à racionalidade, à transparência e ao controle público. Nenhuma decisão estatal que

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.1

afete a liberdade, a honra ou o patrimônio do cidadão pode subsistir sem explicitação de suas razões.

No âmbito do Tribunal do Júri, entretanto, essa exigência encontra uma aparente exceção. A reforma introduzida pela Lei nº 11.689/2008 instituiu o quesito genérico de absolvição, autorizando o jurado a absolver o acusado sem indicar os fundamentos de sua decisão, sob o manto do sigilo das votações e da convicção íntima.

Diante disso, surge o problema central deste estudo: é constitucionalmente legítima a absolvição penal sem fundamentação explícita, em nome da soberania popular? A resposta a essa indagação exige análise sistemática que articule democracia, racionalidade processual e limites do controle jurisdicional.

A pesquisa desenvolve-se por meio de abordagem qualitativa, com utilização de método dedutivo e procedimento bibliográfico e jurisprudencial, valendo-se de análise dogmática e hermenêutico-constitucional para examinar a compatibilidade do quesito genérico de absolvição com a Constituição da República, à luz da doutrina especializada e do julgamento do Tema 1.087 da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

O JÚRI NO BRASIL

O Tribunal do Júri brasileiro foi instituído em 1822, ainda no período imperial, inicialmente com competência para julgar crimes de imprensa. Desde então, sua presença tem sido constante — ainda que sob variadas formas — em todas as Constituições, salvo durante o Estado Novo (1937).

A Constituição de 1988 conferiu-lhe status de garantia fundamental, inscrita no art. 5º, XXXVIII, com quatro pilares estruturais: a) plenitude de defesa; b) sigilo das votações; c) soberania dos veredictos; d) competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O Júri, assim, tornou-se expressão concreta do princípio democrático no processo penal. Todavia, sua natureza dual — popular e jurídica — faz dele um espaço de tensão permanente entre a convicção dos jurados e os limites constitucionais do devido processo legal.

Como sintetiza Oliveira (2014), o Tribunal do Júri é, ao mesmo tempo, a mais democrática e a mais arbitrária das instituições do sistema de justiça penal.

Essa ambiguidade é o cerne do presente trabalho, que visa analisar como a íntima convicção, valor essencial ao Júri, pode coexistir com a exigência constitucional de fundamentação racional das decisões.

RITO PROCESSUAL DO TRIBUNAL DO JÚRI

O procedimento do Tribunal do Júri, disciplinado nos arts. 406 a 497 do Código de Processo Penal, divide-se em duas fases principais: *judiciam accusationis* (admissibilidade da acusação) e *judicium causae* (julgamento em plenário).

Na primeira fase (sumário da culpa), o juiz singular verifica apenas a plausibilidade da acusação — prova da materialidade e indícios suficientes de autoria — culminando em uma das decisões: pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação. Trata-se de etapa sem julgamento definitivo do mérito, mas com relevantes efeitos sobre a liberdade do acusado.

A desclassificação ocorre quando o fato não configura crime doloso contra a vida, com remessa ao juízo competente. A absolvição sumária é cabível nas hipóteses taxativas do art. 415 do CPP e constitui sentença de mérito. A impronúncia, por sua vez, decorre da ausência de prova da materialidade ou de indícios de autoria, não fazendo coisa julgada material.

A pronúncia encerra o *judiciam accusationis* e admite a acusação com base em juízo de probabilidade, remetendo o réu ao julgamento popular; como leciona Fernando da Costa Tourinho Filho (2011), não afirma a culpa, apenas reconhece uma dúvida socialmente relevante.

Superada essa etapa, inicia-se o *judicium causae*, com sorteio dos jurados, preparação do plenário, instrução, debates, quesitação, votação e sentença do juiz presidente — fase marcada pela oralidade, publicidade e pela soberania dos veredictos do povo.

A REFORMA INSTITUÍDA PELA LEI Nº 11.689/2008

A Lei nº 11.689/2008 promoveu a mais profunda reforma do procedimento do Tribunal do Júri desde o Código de Processo Penal de 1941, com o objetivo de modernizar o rito, reduzir formalismos excessivos e conferir maior celeridade aos julgamentos, sem afastar suas bases constitucionais. A reforma surgiu como resposta a um sistema considerado arcaico, excessivamente fragmentado e propenso à nulidade e à multiplicação de recursos.

Entre as principais mudanças, destacam-se a extinção do libelo crime acusatório e do protesto por novo júri, mecanismos que contribuíam para a morosidade e a instabilidade dos julgamentos.

A nova legislação também simplificou a quesitação, especialmente com a introdução do quesito genérico de absolvição (art. 483, III, do CPP), reduziu atos processuais, ampliou as hipóteses de absolvição sumária e redefiniu o papel do juiz presidente na fundamentação da sentença quanto aos aspectos jurídicos.

Apesar dos avanços em eficiência e racionalização procedimental, a reforma intensificou uma tensão constitucional relevante: o conflito entre a soberania dos veredictos do Júri, expressão da democracia participativa, e o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição.

O quesito genérico de absolvição constitui o núcleo dessa controvérsia, pois permite a absolvição sem explicitação dos motivos, afastando a decisão popular de parâmetros mínimos de racionalidade jurídica.

A NATUREZA JURÍDICA DO VEREDICTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Conselho de Sentença, embora composto por cidadãos leigos, exerce função jurisdicional no momento do julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Suas decisões produzem efeitos jurídicos vinculantes, impondo-se ao juiz presidente e ao próprio Estado.

Como leciona Aury Lopes Jr. (2020), o veredicto do Júri não constitui mero juízo moral ou consultivo, mas verdadeiro ato jurisdicional, expressão da soberania popular no exercício da função jurisdicional estatal. Ainda que não togado, o jurado exerce poder decisório delegado, integrando o aparato do Poder Judiciário.

Essa constatação conduz à indagação inevitável: se o veredicto é ato jurisdicional, estaria ele igualmente submetido ao dever constitucional de fundamentação?

A problemática delineada projeta-se, de modo direto, sobre a estrutura da quesitação no Tribunal do Júri. Se o veredicto dos jurados é reconhecido como verdadeiro ato jurisdicional, expressão da soberania popular no exercício da função jurisdicional do Estado, torna-se inevitável examinar-se — e em que medida — ele se compatibiliza com o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

É nesse contexto que se insere o debate acerca do quesito genérico de absolvição, introduzido pela novel legislação, o qual reformulou profundamente o sistema de quesitação ao substituir a lógica analítica dos quesitos específicos por uma pergunta ampla e aberta.

O QUESITO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO

O impacto da Lei nº 11.689/2008 na reformulação do sistema de quesitação do Tribunal do Júri, teve como principal inovação — e fonte de controvérsia — a introdução do quesito genérico de absolvição (art. 483, III, do CPP). Esse modelo substituiu o sistema anterior, que exigia quesitos específicos para cada tese defensiva, por uma única pergunta ampla, permitindo ao jurado absolver o acusado sem indicar as razões do voto.

Simplificar o procedimento, reduzir nulidades e tornar o julgamento mais acessível aos jurados leigos, contudo, produziu um efeito colateral relevante: a opacidade do veredicto. Não é possível saber se a absolvição decorre de dúvida razoável, erro de percepção, razões emocionais ou juízos morais, o que compromete a inteligibilidade da decisão penal.

Ampliou-se a tensão entre o princípio da íntima convicção dos jurados e o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição), sobretudo quanto às absolvições paradoxais — situações em que o Conselho de Sentença reconhece a autoria e, ainda assim, absolve o réu — e às dificuldades práticas para o controle recursal do veredicto.

O quesito genérico simboliza o paradoxo do Júri contemporâneo: fortalece a dimensão democrática do julgamento popular, mas fragiliza a racionalidade e a transparência das decisões penais, impondo ao sistema o desafio de equilibrar soberania popular e constitucionalismo.

ARGUMENTOS PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO QUESITO GENÉRICO

Parte significativa da doutrina sustenta que o quesito genérico de absolvição viola a Constituição, especialmente por afrontar a garantia da fundamentação das decisões.

Para Lenio Streck (2001), a motivação não é prerrogativa do julgador, mas garantia do cidadão. Decidir sem fundamentar significa romper com a exigência de justificabilidade pública das decisões estatais, abrindo espaço para arbitrariedades incompatíveis com o constitucionalismo contemporâneo.

Além disso, o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição) não se limita à observância formal do contraditório, mas pressupõe decisões racionais e controláveis. O veredicto imotivado compromete a previsibilidade do Direito e dificulta o controle recursal, especialmente na hipótese do art. 593, III, “d”, do CPP, que autoriza a anulação da decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Sob essa ótica, a soberania dos veredictos converter-se-ia em verdadeira incriticabilidade absoluta, incompatível com o princípio republicano da responsabilidade dos atos estatais.

ARGUMENTOS PELA CONSTITUCIONALIDADE DO QUESITO GENÉRICO

Em sentido oposto, consolidou-se corrente doutrinária e jurisprudencial que reconhece a compatibilidade do quesito genérico com a Constituição.

Autores como Eugênio Pacelli (2014) e Guilherme de Souza Nucci (2013) sustentam que o dever de fundamentação se dirige aos órgãos judiciais togados, não aos cidadãos que exercem, temporariamente, função de representação popular no Júri.

A soberania dos veredictos, prevista no art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição, constitui garantia fundamental e impede que o julgamento popular seja esvaziado por exigências técnicas incompatíveis com sua natureza. O povo decide segundo sua consciência; ao juiz presidente compete fundamentar juridicamente a sentença, suprindo as exigências formais do art. 93, IX.

Nessa perspectiva, a ausência de motivação explícita não configura omissão inconstitucional, mas característica estrutural do modelo democrático de julgamento pelos pares.

O TEMA 1.087 DA REPERCUSSÃO GERAL E A ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA

O debate alcançou maturidade institucional com o julgamento do Tema 1.087 da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, que fixou importante tese de equilíbrio entre soberania popular e controle jurisdicional.

A Corte foi chamada a definir se, diante de uma absolvição fundada no quesito genérico do art. 483, III, do CPP, seria possível ao Tribunal de Justiça dar provimento ao recurso do Ministério Público para submeter o réu a novo julgamento, sem violar a soberania do Júri.

A discussão também envolveu a possibilidade de a absolvição por clemência — forma de perdão moral ou humanitário, sem fundamento técnico — ser considerada legítima à luz da Constituição Federal (1988).

A questão, portanto, tocou o cerne do sistema: até que ponto o veredicto popular é soberano e, ainda assim, passível de controle constitucional?

O caso que deu origem ao tema envolvia réu absolvido pelo Júri, ainda que reconhecida a materialidade e a autoria do delito. O Ministério Público recorreu, alegando contrariedade à prova dos autos.

O Tribunal de Justiça determinou novo julgamento, e a defesa impetrou *habeas corpus*, sustentando que a decisão dos jurados poderia ter sido motivada pela clemência, uma forma legítima de absolvição moral, não passível de revisão judicial.

O Supremo, ao apreciar o tema, reconheceu a possibilidade de o Tribunal revisor anular o julgamento, mas ressalvou a hipótese de absolvição por clemência, desde que a tese tenha sido expressamente defendida em plenário e seja compatível com os princípios constitucionais. Foi fixada a seguinte tese de repercussão geral (Tema 1.087):

> Mesmo que a absolvição tenha se dado com base no quesito genérico, o Tribunal de Justiça pode dar provimento ao recurso do Ministério Público para submeter o réu a novo julgamento, desde que a decisão dos jurados seja manifestamente contrária à prova dos autos. Contudo, se a defesa sustentou a tese de absolvição por clemência, compatível com a Constituição Federal e com as provas dos autos, o Tribunal não deve determinar novo julgamento (Brasil, 2025).

Nesse contexto, entre a afirmação da soberania popular e a necessidade de preservação de um mínimo de racionalidade jurídica no julgamento, emerge um espaço decisório peculiar próprio do Tribunal do Júri. Trata-se de uma zona de liberdade valorativa conferida aos jurados, na qual o veredicto não se limita a um exercício estritamente técnico de subsunção do fato à norma, mas admite a incorporação de juízos éticos, sociais e culturais compartilhados pela comunidade.

É justamente nesse interstício entre legalidade e sensibilidade social que se insere o debate sobre a clemência, como manifestação legítima — ainda que

controvertida — da soberania dos veredictos, capaz de revelar a dimensão humana do julgamento penal e a função democrática do Júri como espaço de expressão dos valores coletivos.

A clemência é o reconhecimento, por parte dos jurados, de que o réu deve ser absolvido não por ausência de prova, mas por razões de equidade, compaixão ou valores humanitários.

Trata-se de uma forma de justiça moral, permitida implicitamente pela redação ampla do quesito genérico: “O jurado absolve o acusado?”

Doutrinariamente, a clemência se diferencia da injustiça deliberada. Ela não é negação da lei, mas interpretação social da justiça, dentro do espaço moral que o Júri historicamente ocupa.

O STF reconheceu essa legitimidade, mas condicionou sua validade a dois critérios fundamentais:

- a tese de clemência deve ser explicitamente sustentada pela defesa; e

- a decisão deve guardar mínima coerência com as provas dos autos.

A clemência arbitrária — dissociada da prova e não arguida em plenário — não se confunde com absolvição legítima, devendo o Tribunal determinar novo Júri.

O Supremo reafirmou que o princípio da soberania dos veredictos não é absoluto. O controle judicial é possível em hipóteses excepcionais, quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, “d”, CPP).

Contudo, a expressão “manifestamente contrária” exige interpretação estrita. Não se trata de mera discordância judicial, mas de incompatibilidade lógica e probatória evidente.

Conforme salientaram a maioria dos Ministros, o tribunal não pode substituir a convicção popular por seu próprio juízo técnico, deve intervir apenas quando o veredicto desafiar frontalmente a razão e a prova.

Assim, o STF consagrou um modelo de dupla deferência:

- deferência à soberania do povo (que decide pela absolvição);

- deferência à racionalidade constitucional (que impede decisões arbitrárias ou irracionais).

O resultado é uma hermenêutica de equilíbrio: o Tribunal pode corrigir o abuso da convicção, mas não pode substituir a consciência coletiva por sua própria leitura dos fatos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O quesito genérico de absolvição não é formalmente inconstitucional, mas revela-se materialmente problemático. Ele amplia o espaço da convicção íntima, ao mesmo tempo em que reduz a transparência e dificulta o controle democrático das decisões penais.

A solução não reside na supressão do quesito, mas em sua interpretação conforme a Constituição. O Estado não pode abdicar do dever de racionalidade, ainda que reconheça a legitimidade da justiça popular. Cabe ao juiz presidente, ao Ministério Público e à defesa assegurar que o julgamento dialogue minimamente com as provas e com os princípios constitucionais.

O julgamento do Tema 1.087 marca a maturidade do constitucionalismo penal brasileiro.

Ao reconhecer a possibilidade de novo Júri em caso de decisão manifestamente contrária às provas, o STF reafirmou o princípio da racionalidade processual.

Ao legitimar a absolvição por clemência, preservou a dimensão ética e democrática do Tribunal Popular.

Em última análise, o Supremo consolidou uma compreensão dialética da justiça penal: nem a razão sem o povo, nem o povo sem a razão.

Entre a convicção e a Constituição, o Tribunal do Júri permanece como o locus mais humano, complexo e democrático da jurisdição penal brasileira — onde a sociedade participa da construção da justiça, sem romper com os limites que a Constituição impõe ao poder de punir.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF decide que cabe recurso contra decisão do júri que absolve réu em contrariedade às provas.** Notícias STF, Brasília, DF. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-decide-que-cabe-recurso-contra-decisao-do-juri-que-absolve-reu-em-contrariedade-as-provas/>. Acesso em: 26 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF fixa tese sobre possibilidade de recorrer de absolvição pelo júri em contrariedade às provas.** Notícias STF, Brasília, DF. 2025. Disponível em: <https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-fixa-tese-sobre-possibilidade-de-recorrer-de-absolvicao-pelo-juri-em-contrariedade-as-provas/>. Acesso em: 26 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 1.225.185 (Tema 1.087 da Repercussão Geral): possibilidade de o tribunal determinar a realização de novo júri em caso de absolvição por clemência**. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AREARE1225185TribunaldoJurieCleme770ncia.Informac807a771oa768sociedade.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2025.

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

BRASIL. **Código de Processo Penal.**

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 17.ª ed., 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal,** v. 3, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

Capítulo 02

Intervenção de Terceiros: Denunciação da Lide e Chamamento ao Processo

Third-Party Intervention: Denunciation of Lide and Call To Process

Gabriel Moreira de Almeida
Graduando em Direito, Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).

Julia Luise Peninque Moraes
Graduanda em Direito, Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).

Kamily Araújo da Cruz
Graduanda em Direito, Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).

Otávio Henrique Matzuoka
Graduando em Direito, Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).

Resumo: Este artigo oferece uma análise detalhada sobre a Intervenção de Terceiros no Direito Processual Civil. Inicialmente, são discutidos os fundamentos e os efeitos dessa intervenção nas demandas judiciais, bem como os conceitos de partes e terceiros. Em seguida, examina-se a Denunciação da Lide, definindo-a e elucidando seu objetivo incidente e as hipóteses em que é admissível. Posteriormente, aborda-se o Chamamento ao Processo, apresentando sua definição, a posição dos chamados no processo e as hipóteses de sua admissibilidade. Por fim, exploram-se as diferenças e semelhanças entre a Denunciação da Lide e o Chamamento ao Processo, proporcionando uma compreensão clara e abrangente desses institutos de Intervenção de Terceiros.

Palavras-chave: Intervenção de Terceiros; Fundamentos para Intervenção de Terceiros, Efeitos na Demanda Terceiros; Partes; Terceiros; Denunciação da Lide; Admissibilidade; Chamamento ao Processo; Diferenças; Semelhanças.

Abstract: This article provides a detailed analysis of Third-Party Intervention in Civil Procedural Law. Initially, it discusses the foundations and effects of this intervention in legal proceedings, as well as the concepts of parties and third parties. Next, it examines Denunciation of Litigation defining it and elucidating its purpose and the scenarios in which it is permissible. Subsequently, it addresses Joinder of Parties presenting its definition, the position of the parties called to the process, and the circumstances under which it is admissible. Finally, it explores the differences and similarities between Denunciation of Litigation and Joinder of Parties providing a clear and comprehensive understanding of these Third-Party Intervention concepts

Keywords: Third Party Intervention; Grounds for Third Party Intervention; Effects on Demand Third parties; Parts; Third Parties, Denunciation of Lide; Admissibility; Call to Process; Differences; Similarities.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como finalidade analisar a Intervenção de Terceiros no Direito Processual Civil, um instituto jurídico processual que permite a inclusão

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.2

de novos sujeitos em um processo já em andamento. A Intervenção de Terceiros é fundamentada em transformar terceiros inicialmente alheios à lide em partes do processo, sem criar uma nova demanda. A participação de terceiros está vinculada a um interesse direto ou reflexo no desfecho da demanda. As partes são aquelas que integram a relação processual com interesse direto no resultado do litigio, enquanto terceiros são inicialmente alheios à disputa, mas intervêm para proteger seus interesses jurídicos próprios relacionados ao objeto litigioso.

A construção teórica da presente pesquisa se propõe a cumprir os seguintes objetivos específicos: 1) abordar os fundamentos da Intervenção de Terceiros, bem como seus efeitos na demanda judicial, diferenciando os conceitos de partes e terceiros. Na sequencia o artigo dedica-se a duas modalidades específicas de Intervenção de Terceiros: Denunciação da Lide e o Chamamento ao Processo. 2) A Denunciação da Lide, conforme o Código de Processo Civil, pode ser provocada pelo autor ou pelo réu e envolve a inclusão de um terceiro na relação processual devido a um vínculo jurídico direto, com a finalidade de exercer um direito regressivo. Portanto, apresenta-se sua definição, seu objetivo incidente e as hipóteses em que há Admissibilidade. 3) O Chamamento ao Processo, por sua vez, é uma modalidade facultativa de intervenção utilizada pelo réu para convocar terceiros coobrigados pela dívida, aplicável em casos de fiança e solidariedade passiva. Nesta modalidade também se propõe trazer sua definição, a posição dos chamados ao processo, bem como as hipóteses em que há Admissibilidade. 4) Por fim, explora-se as diferenças e semelhanças entre essas duas formas de Intervenção de Terceiros.

METODOLOGIA

A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica, fundamentada na análise de obras doutrinárias, da legislação vigente e de fontes jurídicas complementares. O estudo possui abordagem qualitativa, permitindo a compreensão teórica dos institutos jurídicos processuais da Intervenção de Terceiros no âmbito do Direito Processual Civil, com especial atenção à Denunciação da Lide e ao Chamamento ao Processo, por meio dos quais viabilizam a inclusão de novos sujeitos em uma relação processual já instaurada.

REFERENCIAL TEÓRICO

O presente estudo fundamenta-se na doutrina Processual Civil contemporânea, com apoio nas contribuições dos autores Fredie Didier Júnior; Humberto Theodoro Júnior; Daniel Amorim Assumpção Neves; Cássio Scarpinella Bueno; Marcus Vinicius Rios Gonçalves e Pedro Lenza, aliadas à interpretação dos dispositivos pertinentes ao Código de Processo Civil de 2015 e de fontes jurídicas complementares para melhor desenvolvimento da temática proposta.

DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

A intervenção de terceiros é um fato jurídico processual no qual implica na modificação de uma demanda já existente. Refere-se a um ato jurídico processual pelo qual um terceiro sujeito, deste que com expressa autorização da lei, passa a fazer parte do processo pendente, tornando-se parte dele.

No Direito Processual Civil existem dois princípios fundamentais no tocante a teoria da intervenção de terceiros que possui como base duas condições essenciais: a) terceiros são todos os predispostos estranhos que antes nunca teve participação em uma demanda, mas que ao momento em que intervirem passam a se tornarem partes; b) a inclusão de novos sujeitos no processo, em qualquer hipótese de intervenção, não acarretará na criação de uma nova demanda – a inclusão de um novo terceiro faz com que o litigio tenha uma complexidade maior na resolução do mérito, entretanto o conteúdo da demanda continuará sempre será o mesmo.[1]

Existe a intervenção de terceiros espontânea, esta se dá quando um terceiro sujeito pede para intervir de maneira opcional 1(ex: assistência e o recurso de terceiros), ora também existe a intervenção de terceiros provocada , ora esta se dá quando um terceiro sujeito é trazido a juízo por determinação do juiz (ex: o chamamento ao processo). [2]

Fundamentos para Intervenções de Terceiro

De certo modo, toda demanda, de alguma o forma, afeta a sujeitos de fora do litigio. Seja emocional, seja reflexo econômicos ou judiciais.

O Direito Processual Civil disciplina os casos no qual se admite a participação de terceiros em uma demanda, em razão ao interesse em relação ao resultado da demanda, ou seja, somente se autoriza a intervenção de terceiros que mantenham um vínculo de interesse com a resolução da causa.

As vinculações jurídicas, na qual permitem a intervenção de terceiros, variam muito. Se permite o ingresso daquele que sofrerá a eficácia principal da decisão, ora a intervenção de um sujeito contra quem se reformula em uma demanda incidental ‘ou de quem sofra efeitos reflexos da decisão. Há caso de intervenção de terceiros que é um colegitimado extraordinário: não é o titular do direito da demanda, mas possui legitimidade para discuti-lo.

É essencial relatar, que a correta compreensão das intervenções de terceiro passa, necessariamente, pela constatação de que sempre haverá uma ligação entre o objeto em litigio e o sujeito terceiro.[3]

---

1 JÚNIOR, Fredie Didier. ***Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.*** *19ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. pag. 538*

2 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. ***Codigo de Processo Civil Comentado****. 5ª. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2020.*

3 JÚNIOR, Fredie Didier. ***Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento****. 19ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. pag. 539-540.*

Efeitos na Demanda

A Intervenção de Terceiros é um fato jurídico processual, no qual passa a transformar um sujeito que a principio não tem relação com um processo em andamento em parte dele integrante. Essa situação não resulta em um novo processo, mas, tão só, efeitos subjetivos e/ou objetivos no processo já em curso.

Subjetivamente, o processo pode passar por alteração ou ampliação. Sendo assim pode-se provocar uma modificação das partes - assim como é o caso de substituição do réu prevista no artigo. 339, §1°, do Código de Processo Civil, ou uma ampliação do rol das partes, que é o caso de todas as outras modalidades interventistas.

De modo objetivo, certas intervenções de terceiro podem ampliar o objeto litigioso, com a introdução de uma nova demanda no processo, é o que ocorre por exemplo na denunciação da lide e a desconsideração da personalidade jurídica. No entanto existe no processo civil alguns modelos de intervenção de terceiros que não ocasionam quaisquer repercussão objetiva na demanda, como por exemplo o chamamento ao processo, recurso de terceiros e a assistência.

Conceito de Partes e Terceiros

Entende-se por “parte” como aquele sujeito no qual participa diretamente e de modo parcial, passiva ou ativamente. Saber se essa participação se dá a partir da demanda principal ou incidental, ou em relação à discussão de outra questão, não é necessário para a compreensão do conceito puramente processual de parte. Portanto, entende-se por parte processual, aquele sujeito de uma demanda que é parcial ao contraditório e busca por uma determinada decisão judicial sobre o litigio, visando assegurar seu ponto de vista em relação a seus direitos em questão.

Existem três maneiras diferentes na qual alguém pode assumir a qualidade de parte em um processo: a) aquele que toma a iniciativa de ingressar com uma ação; b) quando é acionado em juízo para responder um processo; c) intervindo em um processo já em andamento entre outras pessoas.[4]

Entende-se como definição de “terceiro” no processo civil, como aquele que inicialmente não fazem parte do litígio em questão entre o autor e réu, mas tem um claro interesse no resultado ou nos efeitos da decisão judicial em uma determinada demanda, a sua intervenção em um processo, tem como objetivo permitir que uma pessoa possa participar de um processo entre outras pessoas, a fim de proteger seus interesses jurídico em relação ao objeto em litigio.[5]

---

4 JÚNIOR, Fredie Didier. ***Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 19ª****. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. pag. 537-538*

5 JÚNIOR, Fredie Didier. ***Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.*** *19ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. pag. 538.*

DENUNCIAÇÃO DA LIDE: DEFINIÇÃO E OBJETIVO INCIDENTE

A Denunciação da Lide, prevista no vigente Código de Processo Civil como uma ação regressiva, *in simultaneus processus*, consiste em uma forma de intervenção de terceiros que pode ser provocada tanto pelo autor quanto pelo réu. Caracteriza-se pela iniciativa de uma das partes do processo (denunciante) de trazer um terceiro (denunciado) para integrar a relação processual. Isso ocorre devido ao vínculo jurídico direto entre o denunciante e o denunciado, e à intenção do denunciante de exercer um direito regressivo caso seja condenado [6] . Embora tenha natureza jurídica de ação, não implica a formação de um processo autônomo, resultando em um único processo para a ação principal e a denunciação [7]. Todas as hipóteses de denunciação estão associadas ao direito de regresso, permitindo que o titular desse direito já o exerça nos mesmos autos em que pode ser condenado, favorecendo assim a economia processual e também evitar a dispersão de demandas sobre a mesma questão, o que garante decisões mais coerentes e justas. [8]

A lide, por sua vez, remete a ideia de pretensão resistida, ou seja, litígio, processo, pleito judicial, sendo a matéria conflituosa discutida em juízo. A Denunciação visa incorporar ao processo uma nova lide, envolvendo o denunciante e o denunciado em relação ao direito de garantia ou de regresso que um busca exercer contra o outro [9]. A sentença, dessa forma, não decidirá apenas a questão entre autor e réu, mas também a disputa entre o denunciante e o terceiro denunciado. Ademais, a denunciação da lide realiza um conjunto de ações, que pode ser originário (quando promovido pelo autor) ou superveniente (quando a iniciativa é do réu). Esse conjunto, entretanto, é eventual, pois o pedido formulado pelo denunciante contra o denunciado está condicionado à sua derrota na ação principal, ou seja, o pedido na ação regressiva será apreciado em seu mérito somente se ocorrer a derrota da pretensão do denunciante na ação primitiva. Portanto, o objetivo do incidente é instaurar um conjunto de ações sucessivas, ampliando o objeto do processo, sobre o qual formará a coisa julgada [10].

Hipóteses de Admissibilidade da Denunciação da Lide

Nos termos do artigo 125, do novo Código de Processo Civil, "é admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes (Brasil, 2015):

> I- Ao 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;

*6 JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 390 p. v. 1.*
*7 JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 398 p. v. 1.*
*8 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil.** 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. p. 717*
*9 JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 390 p. v. 1.*
*10 JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 390 p. v. 1.*

> II- Àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que for vencido no processo. A primeira hipótese refere-se ao chamamento do "alienante imediato", em que a evicção, fenômeno civil relacionado aos contratos generosos.

A primeira hipótese do artigo 125, Inciso I, do Código de Processo Civil, refere-se ao chamamento do "alienante imediato", em que a evicção, fenômeno civil relacionado aos contratos onerosos é aplicável. A evicção ocorre quando o adquirente de um bem perde a propriedade ou posse do bem para um terceiro, que é judicialmente reconhecido como o verdadeiro dono [11]. Em outras palavras, a denunciação da lide permite que o adquirente de um bem, com o risco de ser prejudicado pela perda desse bem em virtude de uma decisão judicial, possa garantir que será indenizado por quem lhe transferiu esse direito (alienante), caso o risco se concretize. Portanto, o adquirente tem direito de regresso contra o alienante, podendo reaver o valor pago pelo bem do qual foi privado, uma vez que ficou comprovado que o terceiro era o legítimo dono[12].

Por outro lado, a segunda e última hipótese do artigo 125, Inciso II, do Código de Processo Civil, trata-se do direito de regresso, previsto por lei ou contrato, em que aquele que estiver obrigado deve indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem perder no processo [13]. Além disso, é tão ampla que nem haveria necessidade do Inciso I. Conforme Humberto Theodoro Júnior, a norma em análise, que reproduz o art. 70, Inciso III, do Código de Processo Civil 1973, deve ser interpretada de forma restritiva, abrangendo exclusivamente o direito regressivo conforme conceituado em lei, e não situações meramente assemelhadas [14].

CHAMAMENTO AO PROCESSO: DEFINIÇÃO E POSIÇÃO DOS CHAMADOS AO PROCESSO

O chamamento ao processo é uma modalidade de intervenção de terceiros da qual pode valer-se o réu (chamante) de forma facultativa, não obrigatória, permitindo-lhe convocar ao processo terceiro (chamado), com o propósito de formar um título executivo contra um coobrigado.[15] É relevante assinalar que a distinção fundamental entre o assunto em pauta e a denunciação da lide reside no fato de que esse cabe em casos de fiança e de devedores solidários, sendo assim não há necessidade de uma ação de regresso, pois uma vez estabelecido que o terceiro

*11 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil.** 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. p. 719*

*12 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil.** 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. p. 721*

*13 JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 391 p. v. 1.*

*14 JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 391 p. v. 1.*

*15 BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. p.1474.*

também é responsável pela obrigação, a condenação é automática. É direito do réu, caso não realize o chamamento, poderá em uma ação autônoma para cobrar o coobrigado, buscando o ressarcimento do valor pago.[16]

Os chamados ao processo ocupam a posição de litisconsortes do réu original. Através do chamamento, o réu inclui no processo outros réus contra os quais o autor não havia inicialmente movido ação. Esse litisconsórcio passivo é formado posteriormente (ulterior), determinado pela iniciativa do réu que convoca o principal ou os coobrigados solidários. O chamamento não se trata de uma ação de regresso do chamante contra os chamados, mas sim de um mecanismo pelo qual o afiançado ou outros devedores solidários são incluídos no polo passivo, em litisconsórcio com o réu original, por iniciativa deste. Em caso de decisão procedente, todos os réus serão condenados a pagar ao autor e estarão sujeitos à execução. O réu que efetuar o pagamento poderá, nos mesmos autos, buscar ressarcimento contra o devedor principal ou os coobrigados solidários. [17]

Hipóteses em que há Admissibilidade ao Chamamento ao Processo

Conforme o dispõe o artigo 130 e seus Incisos I, II e III, do novo Código de Processo Civil, "É admissível o chamamento ao processo, requerido pelo réu" (Brasil, 2015):

> 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 dívida comum.

A primeira hipótese do artigo 130, Inciso I, do Código de Processo Civil, refere-se ao chamamento feito pelo fiador demandado ao devedor principal. Antes de tudo é importante compreender os conceitos envolvidos. A fiança, por sua vez, é um contrato em que uma pessoa, que não é a devedora, assume a responsabilidade pelo pagamento de uma dívida. Caso a dívida não seja quitada, o fiador responde com seus próprios bens perante o credor. No entanto, como a dívida não é de sua responsabilidade, após o pagamento ele tem o direito de ser reembolsado pelo devedor. Portanto, se for processado, o fiador pode chamar o devedor só processo. Isso significa que, quando o fiador é processado, ele pode chamar o devedor principal para integrar o processo. Tal medida garante que o devedor principal também seja responsabilizado e participe do processo, podendo se defender ou assumir sua parte da dívida [18].

---

*16 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil.** 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. p. 741*
*17 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil.** 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. p. 742*
*18 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil.** 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. p. 745*

Por outro lado, a segunda hipótese do artigo 130, Inciso II, aplica-se quando há mais de um fiador e apenas um ou alguns são processados. Nesse caso, o(s) fiador (es) demandado(s) pode (m) chamar os demais fiadores ao processo. Isso assegura que todos os fiadores dividam a responsabilidade, evitando que apenas alguns respondam pela dívidas. Essa hipótese não apresenta novidades e o inciso poderia ter sido suprimido , uma vez que, quando existem múltiplos fiadores, a relação entre eles já é de solidariedade [19].

Por fim, a última hipótese do artigo 130, inciso III, prevê o chamamento ao processo em situações de solidariedade, o que significa que é possível convocar todos os devedores solidários quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, o pagamento da dívida comum [20]. A solidariedade passiva permite ao credor cobrar o valor total da dívida de qualquer um dos devedores solidários. O credor pode optar por demandar um, alguns ou todos os devedores. Se a ação for movida contra apenas um ou alguns devedores, os outros podem ser chamados ao processo. Se a ação for procedente, todos os devedores solidários serão condenados, e o credor pode escolher de qual deles pretende penhorar os bens. O devedor que pagar a dívida integralmente terá o direito de cobrar dos demais devedores a parte que lhes corresponde. O devedor demandado não é obrigado a chamar todos os outros ao processo, podendo selecionar um ou alguns. No entanto, os devedores chamados podem, por sua vez, chamar outros devedores, resultando em chamamentos sucessivos.

DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE A DENUNCIAÇÃO DA LIDE E CHAMAMENTO DO PROCESSO

Denunciação da Lide e Chamamento ao Processo são dois institutos distintos de intervenção de terceiros previstos no Código de Processo Civil brasileiro, cada um com suas características e finalidades específicas. A Denunciação da Lide permite a inclusão de um terceiro na ação, podendo ser postulada tanto pelo autor quanto pelo réu. Sua principal finalidade é assegurar o direito de regresso ou de garantia, criando uma nova relação processual. A Denunciação da Lide ocorre quando uma das partes da ação original pretende, caso venha a ser condenada, obter o ressarcimento de outra pessoa que, de acordo com a lei ou contrato, tem a obrigação de indenizá-la. É comum em casos de evicção, fenômeno civil relacionado aos contratos onerosos.

Por outro lado, o Chamamento ao Processo é uma intervenção de terceiros que só pode ser requerida pelo réu. Sua principal finalidade é trazer ao processo o devedor principal ou outros coobrigados pela dívida, de forma a permitir que todos os responsáveis sejam julgados na mesma ação. Nesse caso, a condenação

*19 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil.** 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. p. 748*
*20 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil.** 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book. p. 751*

é automática, baseada na ideia de solidariedade [21]. O objetivo é garantir que o juiz possa declarar, em uma única sentença, a responsabilidade de cada um dos coobrigados, evitando decisões conflitantes e assegurando uma execução mais eficiente da dívida. Esse instituto resulta na formação de um litisconsórcio ulterior, passivo e facultativo, que pode ser unitário ou simples, dependendo da indivisibilidade da dívida solidária.

Embora diferentes em suas aplicações, ambos os institutos compartilham importantes semelhanças. Caraterizam-se como formas de intervenção de terceiros que ampliam a discussão processual ao incluir novas partes ou responsáveis na relação judicial. Contribuem para a racionalização do processo ao permitir que todas as responsabilidades sejam julgadas em um único procedimento, promovendo economia processual e evitando a multiplicidade de demandadas e decisões conflitantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, pode-se afirmar a crucial importância da Intervenção de Terceiros no Direito Processual Civil. Através de institutos como a Denunciação da Lide e ao Chamamento ao Processo, novos sujeitos podem ser incluídos em processos em andamento, sem a necessidade de criar novas demandas, o que é fundamental para permitir que aqueles com interesse e vínculo jurídico com o objeto litigioso participem de forma efetiva.

A Denunciação da Lide, ao incluir terceiros diretamente responsáveis ou com vínculo de regresso, amplia a proteção dos direitos das partes envolvidas, aumentando a efetividade da prestação jurisdicional. Por outro lado, o Chamamento ao Processo possibilita que o réu envolva outros devedores solidários, o que promove uma execução conjunta do crédito e agiliza o processo. Esses mecanismos não apenas contribuem para a economia processual, evitando a dispersão de demandas sobre a mesma questão, mas também garantem decisões mais coerentes e justas. Dessa forma, a denunciação da lide e o chamamento ao processo fortalecem não só a eficiência e a integridade do sistema judiciário, mas também promovem uma justiça mais abrangente e equitativa para todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União,** 16 mar, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. C**urso Sistematizado de Direito Processual Civil –Vol. 1.** 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.

*21 NESSIN, Caina Denunciação da Lide: Entenda essa ferramenta jurídica!. **fazdireito,** 2023. Disponível em: fazdireito.blog.br/denunciacao-da-lide/#/quais-sao-as-hipoteses-em-que-e-cabivel-a-denunciacao-da-lide. Acesso em: 01de junho, 2024.*

FONSÊCA, Vitor. STJ: direito de evicção e denunciação da lide. **diarioprocessual,** 2018. Disponível em: diarioprocessual.com/2018/09/25/stj-direito-de-eviccao-e-denunciacao-da-lide/. Acesso em: 01 de junho. 2024.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil.** 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.

JÚNIOR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** 19ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil.** 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1

NESSIN, Caina. Denunciação da Lide: Entenda essa ferramenta jurídica!. **fazdireito**, 2023. Disponível em: fazdireito.blog.br/denunciacao-da-lide/#/quais-sao-as-hipoteses-em-que-e-cabivel-a-denunciacao-da-lide. Acesso em: 01 de junho, 2024.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Codigo de Processo Civil Comentado.** 5ª. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

REIS, Mariana Costa. Capítulo III – Do chamamento ao processo. **aurum**, 2023. Disponível em: aurum.com.br/blog/novo-cpc-comentado/art-130-a-132-cpc/. Acesso em: 01 de junho, 2024.

Capítulo 03

A Responsabilidade dos Provedores de Internet na Infância

The Responsibility of Internet Providers in Childhood

Aline Cipriano da Cruz

Possui graduação em Direito pela Universidade Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2012). Especialista em Responsabilidade Civil pela Fundação das Arcadas - USP (2024). Certificação em Direito Civil e Processo Civil pela EPD. Mestranda em Função Social do Direito pela FADISP.

Irina de Oliveira Santos Emboava

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (2008). Especialista em Direito Tributário e Administrativo pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso, FESMP-MT (2024); Mestranda em Função Social do Direito pela FADISP.

Resumo: A internet está cada vez mais presente nas nossas vidas por meio de telas (TVs, computadores, tablets, celulares) em casa, na escola, no trabalho e nas ruas. Crianças e os adolescentes estão conectados, reduzindo a distância entre si e permitindo ampla dispersão da informação, proporcionando inúmeras oportunidades, ainda que traga riscos e, em alguns casos, danos. Para mães, pais e responsáveis, as inovações digitais da informação fazem com que o tema ganhe atenção e preocupação. Indispensável, então, que haja regulamentação adequada para garantir que as plataformas digitais preservem os direitos fundamentais de crianças e adolescentes no acesso à internet.

Palavras-chave: infância; internet; inteligência artificial; plataforma digital; empresas de provedores; proteção e bem-estar das crianças e adolescentes no ambiente digital.

Abstract: The internet is increasingly present in our lives through screens (TVs, computers, tablets, cell phones) at home, at school, at work and on the streets. Children and teenagers are fully connected, reducing the distance between people and content and allowing extensive dispersion of information, providing countless opportunities, even though it brings risks and, in some cases, can cause harm. For mothers, fathers and guardians, digital information innovations make the topic gain attention and concern. It is essential, therefore, that there be adequate regulation to ensure that digital platforms preserve the fundamental rights of children and adolescents in accessing the internet.

Keywords: infancy; Internet; artificial intelligence; digital platform; provider companies; protection and well-being of children and adolescents in the digital environment.

INTRODUÇÃO

A consolidação da internet como elemento central da vida contemporânea modificou de forma significativa as relações sociais, educacionais e informacionais. A presença constante de telas nos mais diversos espaços — como o ambiente doméstico, escolar, profissional e urbano — evidencia a ampliação do acesso às tecnologias digitais e a naturalização de seu uso cotidiano. Nesse cenário, crianças e adolescentes destacam-se como usuários ativos e permanentes do ambiente virtual, vivenciando uma realidade marcada pela rapidez na circulação de informações e pela ampliação das possibilidades de interação e aprendizado.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.3

Entretanto, embora o acesso à internet proporcione inúmeras oportunidades ao desenvolvimento infantojuvenil, ele também expõe esse público a riscos que podem resultar em violações de direitos e danos de natureza diversa. Tal contexto desperta crescente preocupação entre mães, pais e responsáveis, bem como impõe novos desafios ao Estado e à sociedade quanto à proteção integral de crianças e adolescentes no ambiente digital. Assim, torna-se imprescindível refletir sobre a necessidade de uma regulamentação adequada das plataformas digitais, capaz de assegurar a efetiva preservação dos direitos fundamentais desse grupo vulnerável no acesso e uso da internet.

BREVE HISTÓRICO SOBRE A INTERNET, PLATAFORMAS DIGITAIS E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Podemos conceituar a internet como rede de comunicação de milhões de computadores conectados, que oferece inúmeros serviços. São bilhões de páginas publicadas sobre os mais variados temas.

E o Website, conjunto de páginas ou ambientes na internet que é ocupado com informações (textos, fotos, animações gráficas, sons, e até vídeos) de uma empresa, governo, pessoa, etc. A internet está na palma da mão de qualquer pessoa, conectando-se com o mundo inteiro, a informação a poucos segundos.

E as diversas empresas que formam a rede das redes, como exemplo, provedores de acesso, Google, Meta, Netflix, são empresas que ajudam a formar a internet por serem independentes tecnicamente e administrativamente e têm seu sistema autônomo. A partir do acesso à Internet, a navegação em sites e aplicativos é apresentada, na maioria dos casos, de forma pública e, aparentemente, gratuita.

Contudo, geralmente, são os dados dos usuários a verdadeira moeda de troca.

As redes sociais transformaram a forma como nos comunicamos e interagimos no dia a dia. No Brasil, plataformas como WhatsApp, YouTube e Instagram lideram o uso, e o marketing dessas redes transforma a maneira como as marcas e ideias chegam ao público, com criação de estratégias que envolvem conteúdo visual cativante, uso inteligente de hashtags e uma compreensão aprofundada dos algoritmos das redes.

A inteligência artificial é o todo que está em nossa volta, a porta que abre com o reconhecimento facial, o aparelho que faz o que você deseja com apenas a sua fala.

A empresa de tecnologia IBM (n.d.) conceitua:

> Inteligência artificial ou a IA, é uma tecnologia que permite que computadores e máquinas simulem a capacidade de resolução de problemas e a inteligência humana.
> Como um campo da ciência da computação, a inteligência artificial engloba (e costuma ser mencionada com) aprendizado automático e *deep learning*. Essas disciplinas envolvem o

> desenvolvimento de algoritmos de IA, modelados de acordo com os processos de tomada de decisão do cérebro humano, que podem "aprender" com os dados disponíveis e fazer classificações ou previsões cada vez mais precisas com o passar do tempo.

Como não conseguiram ter uma definição coerente com a prática, pode ser dito que o termo IA tem sido usado quando uma máquina ou sistema desempenha o trabalho que frequentemente exigiria capacidade intelectual humana ou biológica para efetivar, como, por exemplo, assimilar a linguagem expressa, aprender comportamentos ou definir as complicações dos humanos.

INFÂNCIA

Para a Convenção sobre os Direitos da Criança (Brasil, 1990), criança é: "todo ser humano com menos de dezoito anos de idade". Para o Estatuto da Criança e do Adolescente, criança é "a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade"

Nas palavras delas próprias, criança é o "humano feliz"; "tem ossos, tem olhos, tem nariz, tem boca, caminha e come e não toma rum e vai dormir mais cedo"; é "um amigo que tem o cabelo curtinho, joga bola, pode brincar e ir ao circo"; é "vítima de violência".

No dicionário (n.d.), é o "ser humano no período da infância; menino ou menina". Para os termos da Convenção sobre os direitos da criança da ONU criança é até os 18 anos. A menos que venha acompanhada da palavra 'adolescente', quando esta será respectiva a pessoas de 12 a 18 anos e 'criança', nestas hipóteses, a pessoas de zero a 12 anos incompletos.

Dito isso para marcar o fato de que se trata de um grupo social único, formado por pessoas com características equivalentes, ainda que vivenciem condições e etapas de desenvolvimento diferenciados.

Incontestavelmente, é um período de máxima atenção e cautela por ser primordial não só ao desenvolvimento humano individual, como coletivo. A criança precisa ser cuidada para que viva bem e com dignidade hoje, mas também para que seja o adulto de amanhã vivendo bem e com dignidade em meio à toda a sociedade.

Vale ressaltar que o menor precisa ter zelo pelos adultos que o cercam, não será o Estado ou o poder público que cuidará diretamente dos pequenos, mas as pessoas, individual e coletivamente. O Estado e o poder público podem – na verdade, necessitam – propiciar condições para que as pessoas adultas consigam, verdadeiramente, cuidar das crianças de forma a asseverar-lhes condições adequadas para o bem viver.

DESAFIOS DO AMBIENTE DIGITAL NA INFÂNCIA

Um dos principais problemas do uso da internet está no seu acesso, por parte de crianças, sem gerência de um responsável. De acordo com Teresa Cristina Rebolho Rego (n.d.), professora de Psicologia da Educação da Faculdade de Educação da USP e líder do Grupo de Pesquisa Temas da Educação Contemporânea e a Perspectiva Histórico-Cultural, crianças e adolescentes ainda não têm condições nem maturidade suficientes para enfrentar certos desafios colocados pelo ambiente digital, como o *cyberbullying*, as redes de pedofilia, os apelos da mídia sensacionalista e fake news.

Além disso, o uso excessivo ou impróprio de dispositivos digitais por crianças e adolescentes está ligado ao aumento dos índices de ansiedade e depressão, distúrbios de atenção, atraso no desenvolvimento cognitivo e da linguagem, miopia, sobrepeso, problemas de sono, riscos de abuso e vitimização sexual.

Dessa forma, existe a necessidade de controle do que está sendo consumido por jovens, e tal responsabilidade não deve ser somente da família ou da escola, mas sim das empresas, as plataformas digitais, os criadores de conteúdo on-line, os responsáveis pela elaboração de políticas públicas, os influenciadores digitais.

O DEVER DAS EMPRESAS DE PROVEDORES PERANTE A CRIANÇA NO AMBIENTE DIGITAL

A Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD regulamentou o tratamento diferenciado para a coleta, armazenamento e tratamento de dados de crianças e adolescentes, reconhecendo a necessidade de tutela especial, em observância à Constituição Federal e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Tal norma reforça o texto constitucional, do qual já explana a necessidade de assegurar tutela especial a esses indivíduos; que seja observado o melhor interesse da criança e do adolescente no tratamento de dados.

Contextualizando o tema, André Ramos Tavares (2024), em sua obra A *nova matrix*, aponta que há necessidade de repensarmos as premissas de regulação dos fenômenos da era digital, pois as discussões não são novas e estamos replicando direitos e deveres previstos constitucionalmente.

Nessa toada, a previsão do art. 14 da LGPD estabelece parâmetros extremamente importantes para compreender os deveres de cuidado impostos aos controladores e operadores em razão da maior vulnerabilidade desses sujeitos de direito. O dispositivo estrutura-se sob quatro pilares: (i) a necessidade de observar o melhor interesse da criança e do adolescente; (ii) a exigência de consentimento específico parental razoavelmente verificável; (iii) a impossibilidade de condicionar a prática de jogos ou outras aplicações ao fornecimento, por crianças, de dados pessoais desnecessários e (iv) a maior transparência e clareza na política de dados.

A aceitação do responsável legal deve ser passível de averiguação, cabendo ao controlador o ônus de assegurar que os pais, inteiramente a par, manifestem sua

concordância com a política de privacidade que será conferida aos dados de seus filhos.

Outro ponto que merece destaque é a quantidade de propagandas direcionadas às crianças, pois a economia digital revolucionou o marketing infantil. A extração massiva de dados de crianças e adolescentes, muitas vezes, sem sequer o consentimento dos pais, permitiu o desenvolvimento do marketing direcionado, cujo grau de invasão é quase "inofensivo".

No mesmo sentido, reitera-se que a LGPD impõe a observância do melhor interesse da criança no que se refere ao tratamento de dados, e um dos desdobramentos mais importantes da previsão é justamente impedir a publicidade direcionada.

Além da vedação à propaganda direcionada, subsistem as preocupações quanto à publicidade contextual, ou seja, aquela que será feita de acordo com o acesso a um conteúdo infantil.

Diversamente do que ocorre na televisão, as propagandas nas plataformas digitais podem assumir diversos formatos. Por exemplo, No YouTube, além da "propaganda nativa", já explicada anteriormente, em que a relação contratual ocorre entre o anunciante e o youtuber, os anúncios podem ser veiculados na plataforma por meio de um contrato celebrado diretamente entre o YouTube e o anunciante[1]. Essa é uma das principais formas de monetização dos vídeos pelos "donos dos canais".

Em linhas gerais, esse tipo de publicidade consiste na inserção de clipes antes, durante ou após os vídeos, conforme as regras estabelecidas pela plataforma.

Como a relação, nesse caso, é direta entre o Google e os anunciantes, fica evidente que o dano não decorre da intermediação do conteúdo de terceiros, mas, diretamente, da decisão da plataforma de veicular publicidade contextual em conteúdos infantis, motivo pelo qual fica fácil vislumbrar a responsabilidade da plataforma, ainda que responda solidariamente com o anunciante.

Diante disso, emerge tanto para os anunciantes quanto para as plataformas e as mídias tradicionais o dever de não direcionarem publicidade à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço quando houver a utilização das técnicas de persuasão previstas no art. 2º da Resolução 163 de março de 2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - Conanda, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente:

> Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:
> I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

1 Parecer: Dever geral de cuidado das plataformas diante de crianças e adolescentes (criancaeconsumo.org.br) (acesso em 26/09/2024)

> II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
> III - representação de criança;
> IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
> V - personagens ou apresentadores infantis;
> VI - desenho animado ou de animação;
> VII - bonecos ou similares;
> VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
> IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.
> §1º O disposto no caput se aplica à publicidade e à comunicação mercadológica realizada, dentre outros meios e lugares, em eventos, espaços públicos, páginas de internet, canais televisivos, em qualquer horário, por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adultos.
> §2º Considera-se abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos. §3º As disposições neste artigo não se aplicam às campanhas de utilidade pública que não configurem estratégia publicitária referente a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social (Brasil, 2014).

Como se vê, as plataformas digitais constituem, em regra, um modelo de negócio caracterizado pela criação de sistemas de interação com ganhos de escala e efeitos de rede diretos e indiretos.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, a publicidade direcionada a crianças é considerada abusiva, aproveitando-se da falta de julgamento e experiência deste público. Além disso, é crucial que os produtos e serviços oferecidos não representem riscos à segurança das crianças, uma norma reforçada pela Resolução 245/2024 do Conada[2]. Sobre a aludida norma, em seu artigo 30, prevê, inclusive que:

> O tratamento de denúncias de violação dos direitos de crianças e adolescentes no ambiente digital recebidas pelas empresas provedoras deve compor fluxo de encaminhamento à Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (Disque 100), aos órgãos do Sistema de Garantia de Direitos, em especial aos Conselhos Tutelares, ao Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos de defesa do consumidor, e às autoridades policiais, preferencialmente delegacias especializadas em crimes virtuais e na proteção dos direitos de crianças e adolescentes.

2 resoluCAo-n-245-de-5-de-abril-de-2024-resoluCAo-n-245-de-5-de-abril-de-2024-dou-imprensa-nacional.pdf (acesso em 26/09/2024)

A Lei nº 15.211, de 17 de setembro de 2025[3], representa um avanço significativo no marco normativo brasileiro voltado à proteção de crianças e adolescentes no ambiente digital. A legislação estabelece diretrizes para que produtos e serviços de tecnologia da informação observem, de forma prioritária, os direitos fundamentais do público infantojuvenil, incorporando a lógica da proteção integral ao funcionamento das plataformas digitais.

Entre os principais avanços da norma, destaca-se a adoção do princípio da proteção desde a concepção e o design das tecnologias, exigindo que os impactos de produtos e serviços sobre crianças e adolescentes sejam considerados de maneira preventiva. Nesse sentido, reforçam-se deveres de transparência e diligência por parte das empresas, especialmente quanto à coleta e ao tratamento de dados pessoais, à exposição a conteúdos inadequados e à implementação de medidas de segurança compatíveis com a condição peculiar de desenvolvimento desse público.

A lei possui amplo campo de incidência, alcançando produtos e serviços de tecnologia da informação direcionados a crianças e adolescentes ou por eles potencialmente acessíveis, ainda que não tenham sido concebidos especificamente para esse público, independentemente do local de desenvolvimento, oferta ou operação. Tal abrangência afasta estratégias de exclusão formal de responsabilidade e amplia a efetividade da proteção normativa, em consonância com experiências regulatórias internacionais que consideram a probabilidade de acesso como elemento determinante para a aplicação de padrões mais elevados de tutela.

No tocante aos serviços de monitoramento infantil, a legislação estabelece parâmetros mínimos de segurança e privacidade, assegurando a proteção das informações captadas, armazenadas e transmitidas aos pais ou responsáveis. Exige-se, ainda, que crianças e adolescentes sejam informados, em linguagem adequada à sua faixa etária, acerca da realização do monitoramento, sempre orientado pelo melhor interesse da criança e pelo respeito ao desenvolvimento progressivo de suas capacidades.

Em relação aos jogos eletrônicos, a Lei nº 15.211/2025 adota medidas específicas voltadas à prevenção de práticas potencialmente nocivas ao desenvolvimento infantojuvenil. Entre elas, destaca-se a vedação de mecanismos de monetização com características análogas a jogos de apostas, como as chamadas caixas de recompensa (“loot boxes”), quando acessíveis a crianças e adolescentes.

Além disso, quando os jogos possibilitarem a interação entre usuários, a legislação impõe a observância de classificação indicativa compatível com os riscos da funcionalidade interativa, bem como a disponibilização de mecanismos que permitam a desativação das ferramentas de comunicação, reduzindo a exposição a condutas abusivas. Os provedores devem, ainda, manter canais acessíveis e eficazes para o recebimento e o processamento de denúncias e reclamações, além de informar previamente aos usuários as medidas aplicáveis em caso de infrações, os procedimentos de apuração, os prazos de análise, as sanções cabíveis e os instrumentos disponíveis para revisão de decisões e eventual reversão de penalidades, reforçando os deveres de transparência, previsibilidade e proteção no ambiente digital.

3 Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br) (acesso em 12/01/2026)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breviário, este estudo sugestionou uma consideração multifária sobre o que as famílias estão passando com suas crianças e os provedores de internet, com vídeos e informações abusivas para a faixa etária.

Foi abordado como o uso excessivo e as informações inapropriadas, trazendo conteúdos em que a criança pode ter sérios problemas de saúde, ansiedade, depressão, e até assuntos abusivos.

Foram analisado as doenças psíquicas que vem trazendo para a sociedade e todas as suas consequências, revelando a necessidade de instrumentos normativos aptos a responder aos desafios impostos pela sociedade digital. A ampliação do acesso às tecnologias da informação, embora proporcione relevantes oportunidades de desenvolvimento, aprendizagem e socialização, expõe o público infantojuvenil a riscos que demandam especial atenção do ordenamento jurídico, em consonância com o princípio da proteção integral.

Nesse contexto, a Lei nº 15.211, de 17 de setembro de 2025, configura-se como importante avanço no marco regulatório brasileiro ao estabelecer diretrizes específicas voltadas à tutela dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes no ambiente digital. A norma promove a adequação dos princípios já consagrados no sistema de proteção infantojuvenil às dinâmicas próprias das plataformas tecnológicas, impondo deveres preventivos aos provedores de produtos e serviços digitais e reconhecendo a condição peculiar de desenvolvimento desse público como elemento central da regulação.

Observa-se que a legislação adota uma abordagem estrutural e preventiva, ao exigir que aspectos relacionados à privacidade, à segurança da informação, à exposição a conteúdos inadequados e às práticas de monetização potencialmente nocivas sejam considerados desde a concepção e o funcionamento das tecnologias. Tal diretriz representa uma mudança relevante de paradigma, ao deslocar o foco da responsabilidade exclusivamente individual para uma lógica de corresponsabilidade entre Estado, empresas e sociedade.

Entretanto, a efetividade da Lei nº 15.211/2025 está diretamente condicionada à sua adequada implementação, fiscalização e atualização contínua frente à rápida evolução tecnológica. A atuação coordenada das autoridades competentes, o comprometimento das plataformas digitais com os parâmetros legais e o papel ativo de mães, pais e responsáveis mostram-se essenciais para que as disposições normativas produzam efeitos concretos na proteção do público infantojuvenil.

Dessa forma, conclui-se que a nova legislação constitui um passo relevante na construção de um ambiente digital mais seguro e compatível com os direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Todavia, a consolidação desse marco regulatório exige acompanhamento permanente, fortalecimento dos mecanismos de controle e ampliação da conscientização social, de modo a assegurar que o desenvolvimento tecnológico ocorra em harmonia com a dignidade, a proteção integral e o desenvolvimento saudável das futuras gerações.

REFERÊNCIAS

AGUDELO, Jhonan Sebastián. **Definição de criança**. In: NARANJO, Javier. Casa das estrelas: o universo pelo olhar das crianças. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018. p. 39.

BRASIL. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, seção 1, p. 2, 22 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, seção 1, p. 13.563, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 20 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 15.211, de 17 de setembro de 2025**. Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: https://www.camara.leg.br. Acesso em: 12 jan. 2026.

COORDENAÇÃO REGIONAL DE TECNOLOGIA NA EDUCAÇÃO NRE – TELÊMACO BORBA. **Internet, navegadores e pesquisa**. Disponível em: https://www.nre.seed.pr.gov.br/arquivos/File/telemaco/crte/internet_navegadores_pesquisa.pdf. Acesso em: 20 set. 2024.

IBM. **Artificial intelligence**. Disponível em: https://www.ibm.com/br-pt/topics/artificial-intelligence. Acesso em: 26 set. 2024.

JIMÉNEZ, Ana María. **Definição de criança**. In: NARANJO, Javier. Casa das estrelas: o universo pelo olhar das crianças. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018. p. 39.

MESA, Luis Gabriel. **Definição de criança**. In: NARANJO, Javier. Casa das estrelas: o universo pelo olhar das crianças. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018. p. 39.

MICHAELIS. **Criança**. Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/crian%C3%A7a/. Acesso em: 20 set. 2024.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Novas recomendações da SBP para a saúde de crianças na era digital.** Disponível em: https://www.mppr.mp.br. Acesso em: 20 set. 2024.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **SBP atualiza recomendações sobre saúde de crianças e adolescentes na era digital**. Disponível em: https://www.sbp.com.br. Acesso em: 20 set. 2024.

TAVARES, André Ramos. **A nova matrix: direito (re)programado na civilização plataformizada.** São Paulo: Etheria Editora, 2024.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Crianças não têm maturidade suficiente para enfrentar os desafios do ambiente digital.** Jornal da USP. Disponível em: https://jornal.usp.br. Acesso em: 26 set. 2024.

VERNEK, Iago; MEIRA, Marina; GONSALES, Priscila. **A escola no mundo digital: dados e direitos de estudantes.** São Paulo: Instituto Alana, 2020. p. 10 e segs. Disponível em: https://dadosestudantis.org.br/wp-content/uploads/2021/03/AEMDv3-1.pdf. Acesso em: 24 jun. 2024.

VILLEGAS, Jorge A. **Definição de criança**. In: NARANJO, Javier. Casa das estrelas: o universo pelo olhar das crianças. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018. p. 39.

Capítulo 04

O Processo de Apuração Disciplinar à Luz da Lei nº 16.544/2010 do Paraná: Garantias Processuais e a Defesa do Servidor Público

The Disciplinary Investigation Process in Light of Paraná State Law No. 16,544/2010: Procedural Safeguards and the Public Servant's Right to Defense

Devair Aparecido Ferreira

Resumo: O presente estudo analisa o Processo de Apuração Disciplinar no licenciamento de servidores públicos à luz da Lei nº 16.544/2010 do Estado do Paraná, com o objetivo de compreender como o diploma legal estrutura o procedimento administrativo disciplinar e assegura as garantias processuais ao servidor público. O estudo destaca o devido processo legal como fundamento essencial do Estado Democrático de Direito, enfatizando o contraditório como instrumento indispensável à participação do acusado e à produção de provas, bem como a ampla defesa como direito fundamental necessário à legitimidade do processo administrativo. Aborda-se a fase de instauração do procedimento disciplinar no contexto do licenciamento, analisando-se as etapas de instrução, apresentação de defesa e julgamento previstas na legislação estadual. O artigo evidencia o papel da autoridade administrativa na condução do processo, ressaltando a necessidade de imparcialidade, legalidade e motivação dos atos praticados. Demonstra-se que a observância das garantias processuais contribui para a prevenção de arbitrariedades e para a segurança jurídica no âmbito da Administração Pública. Discute-se, ainda, a relação entre eficiência administrativa e respeito aos direitos do servidor público, destacando que a inobservância das normas legais pode acarretar nulidades processuais e responsabilização do Estado. A pesquisa adota metodologia de revisão bibliográfica e análise normativa, com fundamento no Direito Administrativo e Constitucional, concluindo que a Lei nº 16.544/2010 oferece mecanismos adequados de proteção à defesa do servidor, cuja efetividade depende da correta aplicação pelos gestores públicos, reforçando a importância da legalidade e da justiça nos processos disciplinares.

Palavras-chave: processo administrativo disciplinar; ampla defesa; servidor público.

Abstract: This study analyzes the Disciplinary Investigation Process in the context of the dismissal of public servants, based on Paraná State Law No. 16,544/2010, with the aim of understanding how the legal framework structures the disciplinary administrative procedure and ensures procedural safeguards for public servants. The study highlights due process as a fundamental pillar of the Democratic Rule of Law, emphasizing the adversarial principle as an essential instrument for the accused's participation and the production of evidence, as well as the right to a full defense as a fundamental guarantee necessary for the legitimacy of the administrative process. It addresses the initiation phase of the disciplinary procedure in the context of dismissal, analyzing the stages of investigation, submission of defense, and judgment as provided in the state legislation. The article underscores the role of the administrative authority in conducting the process, stressing the need for impartiality, legality, and justification of official actions. It demonstrates that observance of procedural safeguards contributes to the prevention of arbitrariness and to legal certainty within Public Administration. Furthermore, it discusses the relationship between administrative efficiency and respect

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.4

for public servants' rights, highlighting that failure to comply with legal norms may result in procedural nullities and State liability. The research adopts a methodology based on literature review and legal analysis, grounded in Administrative and Constitutional Law, concluding that Law No. 16,544/2010 offers adequate mechanisms to protect the right of defense of public servants, whose effectiveness depends on its proper application by public managers, thereby reinforcing the importance of legality and justice in disciplinary proceedings.

Keywords: disciplinary administrative procedure; full defense; public servant.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar o Processo de Apuração Disciplinar de servidores públicos, à luz da Lei nº 16.544, de 14 de julho de 2010, do Estado do Paraná, com foco nas garantias processuais e na defesa do servidor público. A temática é relevante, pois trata da conciliação entre a necessidade da Administração Pública de manter a ordem e a disciplina funcional e o direito fundamental do servidor à ampla defesa e ao devido processo legal. A Lei nº 16.544/2010 estabelece normas específicas para a instauração, instrução e julgamento de processos administrativos disciplinares relacionados ao licenciamento, visando garantir legalidade, transparência e imparcialidade nos atos praticados pelas autoridades competentes.

A justificativa deste estudo encontra-se na importância de compreender a aplicação prática da legislação estadual, bem como os mecanismos de proteção ao servidor, evitando arbitrariedades e nulidades processuais. Além disso, o tema é relevante para gestores públicos, advogados e profissionais de Direito Administrativo, uma vez que proporciona maior segurança jurídica e contribui para a eficiência da administração pública. O processo disciplinar administrativo, quando conduzido de acordo com a lei, assegura a responsabilização justa e proporcional dos servidores sem comprometer os princípios constitucionais de ampla defesa, contraditório, legalidade e motivação.

A pesquisa adota como metodologia a revisão bibliográfica e análise normativa, utilizando-se de doutrinas de Direito Administrativo, Direito Constitucional e artigos acadêmicos sobre processo administrativo disciplinar. Foram consultadas obras que tratam de princípios fundamentais da Administração Pública, responsabilidade do servidor público e garantias processuais. A metodologia escolhida permite compreender, de forma crítica, como a legislação vigente regula o procedimento disciplinar, garantindo proteção ao servidor e segurança jurídica ao Estado.

O estudo aborda o procedimento administrativo desde a sua instauração até a decisão final, analisando as etapas de instrução, apresentação de defesa e julgamento, destacando a importância da imparcialidade, da motivação dos atos e do respeito às garantias processuais. Também se verifica a relação entre a correta aplicação da lei e a prevenção de conflitos administrativos, além do impacto do processo disciplinar sobre a imagem e a eficiência da administração pública.

O presente estudo contribui para o debate sobre a defesa do servidor e a legalidade dos processos administrativos, evidenciando a necessidade de

harmonizar o interesse público com os direitos individuais. Por fim, busca-se demonstrar que a correta observância das normas da Lei nº 16.544/2010 não apenas protege o servidor público, mas também fortalece a credibilidade e a legitimidade da Administração Pública no Paraná.

DESENVOLVIMENTO

Fundamentos do Processo Administrativo Disciplinar e Garantias Processuais

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) constitui um instrumento essencial da Administração Pública, destinado à apuração de faltas funcionais cometidas por servidores, assegurando a responsabilização dos mesmos e a preservação da disciplina administrativa, sem desrespeitar os direitos fundamentais dos acusados (Di Pietro, 2019). Esse procedimento deve observar rigorosamente os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, garantias constitucionais que conferem legitimidade e segurança jurídica aos atos administrativos (Brasil, 1988).

Segundo Di Pietro (2019, p. 134), "o processo administrativo disciplinar visa apurar a responsabilidade funcional de servidor público, garantindo a observância do devido processo legal, com oportunidade de ampla defesa e contraditório, preservando a legalidade e a moralidade administrativas". Dessa forma, o PAD não se limita a aplicar sanções, mas busca a verdade material, garantindo que o servidor tenha todas as oportunidades de se manifestar e produzir provas em sua defesa.

O devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (Brasil, 1988). Medeiros (2020, p. 77) reforça que "o devido processo legal é a garantia de que ninguém será submetido a pena ou sanção sem que tenha sido observado, formal e substancialmente, o rito legal e garantida a ampla participação do acusado em todas as fases procedimentais". Assim, a legalidade do procedimento administrativo está intrinsecamente ligada ao respeito a esses princípios fundamentais.

O contraditório permite ao servidor contestar todos os elementos apresentados contra ele, influindo diretamente no convencimento da autoridade julgadora. Machado (2018, p. 215) enfatiza que "o contraditório é a possibilidade de confrontar as provas e argumentos apresentados no processo, sendo indispensável à formação do convencimento da autoridade administrativa, sob pena de nulidade de todo o procedimento". Essa garantia assegura que o servidor possa acompanhar o processo, questionar provas e apresentar elementos que sustentem sua inocência, evitando decisões arbitrárias ou desproporcionais.

A ampla defesa complementa o contraditório ao assegurar que o servidor possa utilizar todos os meios legais para comprovar sua inocência ou contestar

acusações, incluindo a produção de provas, requerimento de diligências e arrolamento de testemunhas (Carvalho, 2017). Carvalho (2017, p. 98) observa que "a ampla defesa, no processo administrativo disciplinar, não se limita à mera apresentação de argumentos, mas exige a possibilidade efetiva de produção de provas e contradita das produzidas pela administração". Sem a ampla defesa, o processo perde legitimidade e torna-se passível de nulidade.

A interdependência entre devido processo legal, contraditório e ampla defesa evidencia que essas garantias não são princípios isolados, mas um conjunto indissociável de regras que asseguram justiça e legitimidade aos procedimentos disciplinares. Silva (2021, p. 53) alerta que "a ausência de qualquer dessas garantias compromete a legitimidade do processo administrativo disciplinar, podendo resultar em nulidade, em respeito à segurança jurídica e à proteção dos direitos fundamentais do servidor".

Outro aspecto relevante do PAD é a imparcialidade da autoridade julgadora, que deve conduzir o procedimento de maneira objetiva, sem influências externas ou interesses pessoais (Gomes, 2019). Gomes (2019, p. 120) afirma que: "A imparcialidade da autoridade julgadora é condição *sine qua non* para a validade das decisões administrativas no âmbito disciplinar, configurando requisito essencial de um processo justo e legítimo". A imparcialidade garante que a análise das provas e a decisão final sejam feitas de maneira equânime, respeitando os direitos do servidor e os princípios da Administração.

A motivação dos atos administrativos é igualmente essencial, permitindo que as decisões sejam compreendidas e, se necessário, questionadas judicialmente (Costa, 2018). Costa (2018, p. 307) explica que "a motivação deve explicitar os fundamentos fáticos e jurídicos que embasam o ato administrativo, permitindo a compreensão do raciocínio que conduziu à decisão e viabilizando eventual controle jurisdicional". Sem motivação adequada, o PAD corre o risco de ter seus atos anulados por falta de fundamentação.

Fonseca (2020, p. 142) acrescenta que "a concretização das garantias processuais no PAD é medida que se impõe não só por força constitucional, mas também para conferir legitimidade e credibilidade ao procedimento administrativo". Ou seja, não basta que os direitos do servidor estejam previstos na lei: é imprescindível que sejam efetivamente observados durante todas as fases do processo.

Além disso, o PAD deve assegurar transparência e publicidade nos atos administrativos, especialmente quando envolvem sanções que possam afetar não apenas o servidor, mas também a Administração Pública e a coletividade. A efetividade do processo disciplinar está diretamente relacionada à confiança da sociedade na capacidade da Administração de investigar, julgar e punir condutas inadequadas de maneira justa e legal (Di Pietro, 2019).

A aplicação adequada das garantias processuais também previne litígios judiciais prolongados, pois decisões fundamentadas, imparciais e transparentes tendem a ser menos contestadas judicialmente, promovendo segurança jurídica e eficiência administrativa. Segundo Medeiros (2020, p. 82), "processos administrativos

que respeitam integralmente as garantias constitucionais contribuem para reduzir a judicialização de conflitos e fortalecem a credibilidade da Administração Pública".

Segundo Di Pietro (2019, p. 134):

> O processo administrativo disciplinar visa apurar a responsabilidade funcional do servidor público, garantindo a observância do devido processo legal, com oportunidade de ampla defesa e contraditório, preservando a legalidade e a moralidade administrativas. Sua finalidade não se restringe à aplicação de penalidades, mas à busca da verdade material e à proteção dos direitos fundamentais do servidor investigado

Nesse sentido, o PAD deve observar rigorosamente os princípios constitucionais que asseguram o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, que estabelece: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (Brasil, 1988).

O contraditório permite ao servidor conhecer e contestar todas as provas e alegações produzidas no procedimento, influenciando diretamente na formação do convencimento da autoridade administrativa (MACHADO, 2018). Por sua vez, a ampla defesa garante a utilização de todos os meios legais possíveis para demonstrar sua inocência, incluindo produção de provas, arrolamento de testemunhas e requerimento de diligências (Carvalho, 2017).

Carvalho (2017, p. 98) afirma:

> A ampla defesa, no processo administrativo disciplinar, não se limita à mera apresentação de argumentos, mas exige a possibilidade efetiva de produção de provas e impugnação das produzidas pela Administração. Apenas dessa forma o servidor pode exercer de maneira plena seu direito de defesa, permitindo que o procedimento se desenvolva de forma justa e equânime, sem vulnerar seus direitos fundamentais.

O respeito a essas garantias é essencial para evitar nulidades processuais e litígios judiciais desnecessários, garantindo ao mesmo tempo a legitimidade da atuação administrativa. Medeiros (2020, p. 77) reforça que:

> O devido processo legal constitui garantia fundamental que assegura que ninguém será submetido a sanção sem que tenha sido observado, formal e substancialmente, o rito legal. A ampla participação do acusado em todas as fases do processo, aliada à imparcialidade da autoridade julgadora, constitui requisito indispensável para a validade do procedimento e para a proteção dos direitos individuais frente à Administração Pública.

A imparcialidade da autoridade que conduz o PAD é requisito essencial de legitimidade, evitando decisões influenciadas por interesses pessoais ou externos. Gomes (2019, p. 120) salienta que "a imparcialidade da autoridade julgadora é

condição *sine qua non* para a validade das decisões administrativas no âmbito disciplinar, configurando requisito essencial de um processo justo e legítimo". A motivação detalhada dos atos administrativos é igualmente fundamental, pois permite à Administração e ao servidor compreender os fundamentos que embasaram a decisão, facilitando eventual controle judicial (Costa, 2018).

Portanto, a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa é requisito basal de qualquer PAD legítimo, sendo indispensável para a validade de suas decisões e para a proteção dos direitos fundamentais dos servidores investigados (Silva, 2021). Quando devidamente aplicado, o PAD não apenas disciplina e controla a atuação funcional, mas também fortalece a credibilidade e a legitimidade da Administração Pública.

Análise da Aplicação da Lei Nº 16.544/2010 no PAD: Procedimentos e Fases

A Lei nº 16.544, de 14 de julho de 2010, do Estado do Paraná, estabelece normas específicas para a abertura e condução de Processos Administrativos Disciplinares (PADs) voltados a Apuração Disciplinar de licenciamento de servidores públicos. Seu objetivo central é regulamentar o procedimento de investigação e apuração de condutas funcionais que possam afetar a continuidade e a eficiência da prestação do serviço público, garantindo, simultaneamente, a observância dos direitos fundamentais dos servidores (Brasil, 2010).

Na visão de Di Pietro (2019, p. 145):

> A legislação estadual que regula o PAD de licenciamento tem como finalidade estabelecer regras claras e objetivas para a apuração de faltas funcionais, garantindo que todas as fases do procedimento sejam conduzidas com transparência, imparcialidade e respeito às garantias constitucionais do servidor. O rigor do procedimento assegura não apenas a aplicação adequada de penalidades, mas também a legitimidade do ato administrativo e a proteção dos direitos individuais.

O PAD de licenciamento, conforme previsto na Lei nº 16.544/2010, inicia-se com a instauração formal do processo, geralmente por portaria da autoridade competente, que delimita os fatos a serem investigados, indica a comissão responsável e especifica o prazo para a conclusão do procedimento. Medeiros (2020, p. 95) observa que "a formalização da abertura do PAD é etapa essencial, pois confere publicidade, define competências, delimita a investigação e assegura ao servidor o direito de tomar ciência do objeto da apuração desde o início, evitando surpresas ou arbitrariedades durante o trâmite processual".

Após a instauração, ocorre a fase de instrução, na qual são coletadas provas documentais, testemunhais e periciais, quando necessárias. O servidor tem pleno direito de se manifestar sobre cada prova produzida, apresentar documentos, requerer diligências e arrolar testemunhas, exercendo o contraditório e a ampla defesa (Carvalho, 2017).

Carvalho (2017, p. 104) afirma:

> A fase instrutória do PAD é o momento em que se concretiza a ampla defesa do servidor, garantindo-lhe acesso a todas as provas produzidas e a possibilidade de apresentar elementos de prova próprios. É nessa etapa que se assegura a efetividade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pilares da legalidade administrativa e da justiça funcional.

Durante a instrução, a imparcialidade da comissão é fundamental para que a análise das provas seja objetiva, evitando julgamentos precipitados ou motivados por interesses externos (Gomes, 2019). A comissão deve elaborar relatórios detalhados, com fundamentação clara sobre os fatos apurados e eventual recomendação de aplicação de penalidades ou arquivamento do processo. Silva (2021, p. 68) reforça que, "os relatórios das comissões devem explicitar de forma clara e objetiva todos os elementos coletados durante a instrução, garantindo a transparência do processo e permitindo eventual controle judicial ou administrativo subsequente."

A fase de defesa final consiste na apresentação da defesa escrita pelo servidor, na qual ele pode contestar integralmente as provas e alegações produzidas, solicitar diligências complementares e indicar testemunhas que possam corroborar sua versão. Machado (2018, p. 225), destaca que "a fase de defesa final é o momento em que o servidor exerce plenamente seu direito de ampla defesa, podendo influir diretamente na decisão final da autoridade competente, garantindo que a sanção, se aplicada, seja proporcional, legal e devidamente fundamentada."

A decisão final deve ser proferida pela autoridade competente, com base nos fatos comprovados e na análise das provas e defesas apresentadas. A decisão deve ser motivada, detalhando os fundamentos legais e fáticos que justificam a conclusão adotada, seja ela de arquivamento ou aplicação de sanção. Costa (2018, p. 315) afirma que "a motivação do ato decisório é requisito essencial de validade do PAD, permitindo ao servidor compreender as razões da decisão e viabilizando controle administrativo ou judicial quando cabível."

O cumprimento rigoroso das fases previstas pela Lei nº 16.544/2010 garante que o PAD seja conduzido de maneira organizada, transparente e legal, assegurando que o servidor tenha oportunidade de exercer plenamente suas garantias processuais, minimizando riscos de nulidades e promovendo legitimidade às decisões. Fonseca (2020, p. 155) enfatiza que "a aplicação criteriosa da legislação estadual que regula o PAD de licenciamento fortalece a disciplina funcional, assegura a justiça administrativa e protege os direitos fundamentais do servidor, equilibrando eficiência administrativa e legalidade.

No desenvolvimento do Processo Administrativo Disciplinar (PAD) de licenciamento, à luz da Lei nº 16.544/2010 do Paraná, torna-se essencial compreender cada fase do procedimento, suas implicações legais e os direitos assegurados ao servidor. Para facilitar a visualização e compreensão das etapas do PAD, apresenta-se o Quadro 1, que sintetiza as ações da Administração, os direitos do servidor e as possíveis consequências de cada etapa.

Quadro 1- Fases do PAD de Apuração Disciplinar de Licenciamento à Luz da Lei nº 16.544/2010.

Fase do PAD	Ação da Administração	Direitos do Servidor	Possíveis Consequências
1. Instauração	Portaria formal de abertura, definição do objeto da investigação e comissão designada.	Tomar ciência do processo, conhecer os fatos e alegações iniciais.	Garantia de transparência; início formal do PAD.
2. Notificação	Comunicação ao servidor sobre a instauração e detalhamento das acusações.	Direito à ciência das acusações, prazo para manifestação inicial.	Evita nulidade por falta de informação ao servidor.
3. Instrução/Investigação	Coleta de provas documentais, periciais e testemunhais; elaboração de relatórios preliminares.	Participar da produção de provas, arrolar testemunhas, apresentar documentos e requerer diligências.	Garantia de contraditório e ampla defesa; formação objetiva do convencimento.
4. Defesa Final	Recebimento da defesa escrita e análise das alegações do servidor.	Apresentar defesa detalhada, contestar provas, solicitar diligências adicionais.	Possibilidade de reverter ou minimizar penalidades; fundamentação da decisão.
5. Relatório Final	Comissão elabora relatório detalhado, recomendando arquivamento ou sanção.	Ter acesso ao relatório, manifestar discordância ou solicitar revisão.	Transparência e fundamentação legal da decisão; prevenção de nulidades.
6. Decisão da Autoridade	Autoridade competente profere decisão final motivada, aplicando sanção ou arquivando.	Direito a conhecer a decisão, fundamentação legal, eventual recurso ou impugnação.	Aplicação da penalidade, arquivamento do PAD ou recurso administrativo/judicial.
7. Recursos e Revisão	Possibilidade de interposição de recursos dentro de prazos legais.	Direito de recorrer, apresentar argumentos e provas adicionais.	Revisão de decisão; reforço da legalidade e justiça administrativa.
8. Encerramento e Registro	Registro oficial da conclusão do PAD; arquivamento ou execução da sanção.	Ter documentação final do PAD; garantia de integridade do processo.	Garantia de histórico administrativo; segurança jurídica e proteção de direitos.

Fonte: Autor (2026)

A análise do quadro 1 permite compreender de forma estruturada como se desenvolve o PAD de licenciamento, destacando a relação entre as ações da Administração e os direitos do servidor, além das possíveis consequências em cada fase.

Fase 1 – Instauração: Nesta etapa, a autoridade competente emite a portaria formal que abre o PAD, definindo o objeto da investigação e designando a comissão responsável. Essa fase garante ao servidor ciência formal do processo, prevenindo nulidades e estabelecendo o marco inicial do procedimento (Di Pietro, 2019).

Fase 2 – Notificação: A notificação é o mecanismo pelo qual o servidor é informado sobre a instauração do PAD e as acusações imputadas, permitindo-lhe preparar sua defesa. Conforme Medeiros (2020), essa fase é crucial para assegurar o direito ao contraditório desde o início do procedimento.

Fase 3 – Instrução/Investigação: Trata-se da fase mais ampla do PAD, onde são coletadas provas documentais, testemunhais e periciais. O servidor pode acompanhar a produção de provas, apresentar documentos e arrolar testemunhas, exercendo plenamente o contraditório e a ampla defesa (Carvalho, 2017). A imparcialidade da comissão é essencial para garantir que o julgamento se baseie exclusivamente em fatos e evidências.

Fase 4 – Defesa Final: Ao final da instrução, o servidor apresenta defesa escrita, contestando provas, alegações e solicitando diligências adicionais. Machado (2018, p. 225) observa que "a fase de defesa final é o momento em que o servidor exerce plenamente seu direito de ampla defesa, podendo influir diretamente na decisão final da autoridade competente, garantindo que a sanção, se aplicada, seja proporcional, legal e devidamente fundamentada."

Fase 5 – Relatório Final: A comissão elabora o relatório detalhado com todos os fatos apurados e recomendações de arquivamento ou aplicação de sanção. Silva (2021) reforça que a clareza e detalhamento do relatório garantem transparência e permitem eventual controle judicial ou administrativo subsequente.

Fase 6 – Decisão da Autoridade: A autoridade competente profere decisão final motivada, aplicando ou não penalidades. Costa (2018, p. 315) destaca que "a motivação do ato decisório é requisito essencial de validade do PAD, permitindo ao servidor compreender as razões da decisão e viabilizando controle judicial ou administrativo quando cabível."

Fase 7 – Recursos e Revisão: O servidor pode interpor recursos ou solicitar revisão dentro dos prazos legais, apresentando argumentos e provas adicionais. Essa etapa reforça a legalidade, assegura justiça administrativa e minimiza riscos de arbitrariedades (Fonseca, 2020).

Fase 8 – Encerramento e Registro: Por fim, o PAD é encerrado com registro oficial, arquivando o processo ou executando a sanção aplicada. Essa etapa garante histórico administrativo, integridade do processo e proteção de direitos, consolidando a credibilidade da Administração Pública.

Além disso, a lei contempla prazos específicos para cada etapa, o que contribui para a celeridade e eficácia do processo. O respeito a esses prazos evita que o PAD se prolongue indevidamente, preservando os direitos do servidor e garantindo que a Administração atue com eficiência. Medeiros (2020, p. 98) observa que "a observância de prazos legais no PAD é instrumento de proteção aos servidores e de eficiência administrativa, evitando morosidade injustificada e garantindo que as decisões sejam proferidas em tempo hábil e com fundamentação adequada."

A Lei nº 16.544/2010 proporciona um marco normativo claro para a condução do PAD de licenciamento, conciliando a necessidade de disciplina funcional com a proteção das garantias processuais. A correta aplicação das fases procedimentais e o respeito integral aos direitos do servidor são essenciais para a legitimidade do processo e para a credibilidade da Administração Pública.

Consequências Jurídicas e Administrativas do PAD de Apuração Disciplinar de Licenciamento da Lei Nº 16.544/2010

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) de licenciamento, regulado pela Lei nº 16.544/2010 do Paraná, possui repercussões significativas tanto para o servidor público quanto para a Administração. As consequências podem ser jurídicas, administrativas e funcionais, refletindo na carreira do servidor, na eficiência da prestação do serviço público e na credibilidade da Administração. A aplicação correta das normas previstas na lei é fundamental para que os efeitos do PAD sejam legítimos, proporcionais e juridicamente sólidos (Di Pietro, 2019).

As consequências jurídicas para o servidor derivam diretamente do resultado do PAD. Em caso de procedência das acusações, o servidor pode sofrer penalidades que variam desde advertência até demissão, conforme a gravidade da falta funcional. Segundo Carvalho (2017, p. 110):

> As sanções aplicáveis aos servidores públicos no âmbito do PAD devem ser proporcionais à gravidade da infração, respeitando o princípio da razoabilidade. A inexistência de fundamentação adequada ou a violação das garantias processuais implicam nulidade do ato, permitindo que o servidor recorra judicialmente para assegurar seus direitos fundamentais.

Nesse contexto, a observância das garantias processuais (ampla defesa, contraditório e motivação dos atos) torna-se essencial, pois qualquer irregularidade pode invalidar o procedimento, gerando repercussões legais para a Administração.

Medeiros (2020, p. 102) reforça:

> A violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa em um PAD compromete não apenas a validade do procedimento, mas também a confiabilidade da Administração Pública. Decisões tomadas sem a devida observância das garantias processuais estão sujeitas à anulação judicial, gerando insegurança jurídica e potenciais ônus financeiros ao Estado.

Do ponto de vista administrativo, o PAD busca preservar a disciplina funcional e a moralidade pública, evitando práticas que possam comprometer a confiança da sociedade na Administração. A correta aplicação da lei garante que servidores irregulares sejam responsabilizados, enquanto servidores inocentes tenham seus direitos protegidos, fortalecendo a legalidade e a legitimidade do serviço público (Gomes, 2019).

O PAD também possui impactos funcionais, influenciando a progressão na carreira, a manutenção de cargos de confiança e o acesso a benefícios e gratificações. Silva (2021, p. 75) explica que "a instauração de PAD e a eventual aplicação de penalidades podem interferir diretamente na carreira do servidor, afetando promoções, avaliações funcionais e futuras nomeações, demonstrando a relevância do procedimento para o equilíbrio entre direitos individuais e eficiência administrativa."

A credibilidade institucional da Administração também é impactada pelo PAD. Quando conduzido com rigor técnico e respeito às garantias constitucionais, o processo fortalece a confiança do público na capacidade do Estado de fiscalizar condutas irregulares e proteger o interesse público.

Fonseca (2020, p. 160) afirma que:

> A efetividade do Processo Administrativo Disciplinar depende da combinação entre observância estrita da lei, imparcialidade na condução do procedimento e transparência das decisões. A legitimidade do PAD contribui para a valorização da Administração Pública, reforçando o cumprimento dos princípios de moralidade, legalidade e eficiência.

No âmbito jurídico, decisões decorrentes do PAD podem ser objeto de recursos administrativos e judiciais. O servidor tem direito de impugnar atos que considera ilegítimos, buscando revisão da decisão e reparação de eventuais prejuízos. Costa (2018, p. 320) enfatiza que "a possibilidade de recurso administrativo e judicial é elemento essencial para a proteção do servidor, permitindo que sanções desproporcionais ou fundamentadas inadequadamente sejam revistas e garantindo segurança jurídica em todo o processo."

A transparência e motivação dos atos administrativos, previstas na Lei nº 16.544/2010, são cruciais para a prevenção de litígios e nulidades. Decisões fundamentadas reduzem contestações, aumentam a eficiência do procedimento e asseguram que a Administração atue de maneira ética e legal (Di Pietro, 2019). Machado (2018, p. 230) observa que "a motivação dos atos do PAD não se limita a formalidade, mas deve explicitar fundamentos jurídicos e fáticos, permitindo compreensão clara do processo e viabilizando o controle externo e judicial."

Além disso, o PAD pode gerar consequências financeiras e patrimoniais. Em casos de aplicação de sanções que impliquem demissão ou perda de benefícios, o Estado pode sofrer ações indenizatórias caso as garantias processuais não sejam respeitadas. Medeiros (2020, p. 108) destaca que "erros processuais em PADs podem resultar em condenações do Estado por danos morais ou materiais, reforçando a necessidade de observância rigorosa dos procedimentos e garantias legais."

Outro ponto relevante refere-se à prevenção de infrações futuras, uma função pedagógica e disciplinar do PAD. A aplicação correta da lei serve como medida educativa, orientando servidores quanto à conduta esperada e promovendo o cumprimento das normas internas. Carvalho (2017, p. 115) argumenta que "o PAD

não possui apenas caráter sancionador, mas também educativo, contribuindo para a formação ética do servidor e fortalecendo a disciplina administrativa."

O impacto social do PAD também merece atenção, pois a Administração Pública deve demonstrar à sociedade que investiga e responsabiliza servidores que cometem irregularidades, preservando a confiança pública. Fonseca (2020, p. 165) complementa que "o PAD de licenciamento, quando conduzido de forma transparente e justa, fortalece a legitimidade institucional e protege o interesse coletivo, equilibrando direitos individuais e deveres funcionais."

Além disso, decisões consistentes e fundamentadas reduzem a judicialização excessiva, promovendo eficiência administrativa e evitando sobrecarga do Judiciário com questionamentos sobre irregularidades processuais (Silva, 2021). O cumprimento das fases procedimentais previstas na lei, com prazos, formalidades e garantias, é um fator decisivo para que o PAD cumpra seu papel sem comprometer a eficácia do serviço público.

Essas consequências jurídicas e administrativas do PAD incluem sanções funcionais, impacto na carreira, possibilidade de recursos, credibilidade institucional, prevenção de irregularidades e segurança jurídica para o Estado e para o servidor. A correta aplicação da Lei nº 16.544/2010 assegura que o processo seja equilibrado, legítimo e transparente, consolidando a moralidade administrativa, protegendo direitos fundamentais e garantindo eficiência na Administração Pública (Di Pietro, 2019; Carvalho, 2017; Fonseca, 2020).

Impactos Éticos e Institucionais do PAD à Luz da Lei Nº 16.544/2010

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD), regulado pela Lei nº 16.544/2010 do Paraná, não possui impacto apenas jurídico ou administrativo, mas exerce papel central na manutenção da ética, moralidade e credibilidade das instituições públicas. A análise das consequências institucionais e éticas permite compreender como o PAD contribui para o fortalecimento do serviço público e para a preservação da confiança social, reforçando a responsabilidade funcional e a integridade do servidor.

A ética administrativa se configura como elemento essencial na execução de políticas públicas, garantindo que os atos do servidor estejam alinhados com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e eficiência.

Segundo Di Pietro (2019, p. 210):

> O Processo Administrativo Disciplinar exerce função ética fundamental na Administração Pública, pois permite apurar condutas irregulares de servidores, proteger o interesse público e assegurar que a atuação funcional seja pautada pela integridade, transparência e respeito às normas legais. A observância de garantias processuais, combinada com decisões fundamentadas, promove confiança na Administração, evitando práticas arbitrárias e fortalecendo a legitimidade institucional.

O PAD de licenciamento atua como mecanismo preventivo, estimulando a conduta ética entre os servidores e evitando comportamentos que possam comprometer a eficiência do serviço público. Estudos apontam que a percepção de fiscalização efetiva e aplicação de normas disciplinares adequadas influencia diretamente o comprometimento ético do servidor, aumentando a responsabilidade funcional (Carvalho, 2017; Gomes, 2019).

Além disso, a condução correta do PAD fortalece a credibilidade institucional, demonstrando à sociedade que a Administração Pública é capaz de investigar irregularidades de forma imparcial e eficiente. Silva (2021) enfatiza que decisões fundamentadas, com transparência em todas as fases, geram confiança no sistema administrativo, reduzindo questionamentos judiciais e reforçando a legitimidade das decisões.

O PAD também contribui para a educação ética do servidor, ao evidenciar limites claros de conduta e consequências de comportamentos incompatíveis com a função pública. A responsabilidade administrativa e o respeito às normas legais são reforçados, garantindo que a atuação do servidor seja consistente com os valores da Administração Pública. Fonseca (2020) destaca que a aplicação correta das fases do PAD permite não apenas a punição de irregularidades, mas também a orientação sobre padrões éticos esperados no exercício funcional.

Outro ponto relevante refere-se à proteção institucional: a correta condução do PAD resguarda a Administração contra questionamentos judiciais, prejuízos financeiros e danos à imagem da instituição. Medeiros (2020) ressalta que procedimentos disciplinarias bem fundamentados reduzem riscos de ações indenizatórias e fortalecem a capacidade da Administração de aplicar a lei de forma consistente.

As consequências éticas do PAD são também coletivas, impactando toda a instituição e promovendo cultura de integridade, moralidade e responsabilidade. Machado (2018) afirma que servidores que observam a aplicação rigorosa das normas disciplinares tendem a adotar comportamentos alinhados com os princípios administrativos, contribuindo para um ambiente de trabalho mais transparente e eficiente.

Ademais, o PAD possibilita controle social e accountability, pois decisões transparentes e fundamentadas permitem à sociedade acompanhar a atuação da Administração. Costa (2018) destaca que a publicidade dos atos administrativos, quando compatível com a proteção de dados e direitos individuais, fortalece a legitimidade institucional e promove a confiança pública.

A dimensão ética do PAD também está relacionada ao equilíbrio entre interesse público e direitos individuais. A Lei nº 16.544/2010 estabelece mecanismos que asseguram ampla defesa e contraditório, garantindo que sanções aplicadas sejam justas e proporcionais. Carvalho (2017) reforça que decisões fundamentadas e proporcionais evitam arbitrariedades e fortalecem a percepção de justiça dentro da instituição.

O PAD, portanto, desempenha função pedagógica e preventiva, reforçando padrões éticos e de conduta funcional. A combinação entre legalidade, transparência e observância de direitos fundamentais cria um ambiente de trabalho que incentiva responsabilidade, respeito às normas e compromisso com o serviço público (Di Pietro, 2019; Fonseca, 2020).

No contexto institucional, a aplicação correta do PAD contribui para a estabilidade organizacional, prevenindo crises internas, conflitos funcionais e desgaste da imagem da instituição. Silva (2021) argumenta que a implementação de processos disciplinares claros e fundamentados fortalece a cultura institucional e evita o desestímulo de servidores que cumprem suas funções corretamente.

Além disso, a ética administrativa influenciada pelo PAD também impacta a formulação de políticas internas e protocolos futuros. A análise de irregularidades permite ajustes nos regulamentos internos, criação de mecanismos de monitoramento e reforço de normas de conduta (Medeiros, 2020).

As consequências institucionais do PAD se manifestam ainda na percepção pública da Administração, sendo fator determinante para a legitimidade do Estado frente à sociedade. Gomes (2019) observa que a percepção de imparcialidade e eficácia do PAD influencia diretamente a confiança pública na capacidade do Estado de agir com justiça e eficiência.

A análise do PAD de licenciamento evidencia que suas consequências vão além da punição do servidor, envolvendo educação ética, fortalecimento institucional e preservação da confiança pública. A correta aplicação da Lei nº 16.544/2010 permite que o PAD cumpra seu papel de instrumento de disciplina, prevenção de irregularidades e promoção de integridade administrativa, equilibrando direitos individuais e deveres funcionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do Processo Administrativo Disciplinar (PAD) à luz da Lei nº 16.544/2010 evidencia a importância de um procedimento estruturado, transparente e fundamentado, que concilie a disciplina funcional com a proteção dos direitos constitucionais do servidor público. Ao longo deste trabalho, foi possível identificar que a lei estabelece fases bem definidas instauração, instrução, defesa final, relatório e decisão cada uma com direitos e garantias específicas, garantindo o devido processo legal e a ampla defesa.

As consequências do PAD vão além da aplicação de sanções, abrangendo impactos jurídicos, administrativos, institucionais e éticos. Para o servidor, o processo assegura o contraditório, a oportunidade de defesa e a proporcionalidade das penalidades, prevenindo arbitrariedades e assegurando segurança jurídica. Para a Administração, o PAD fortalece a disciplina, a moralidade e a eficiência, contribuindo para a credibilidade institucional e a confiança da sociedade nos órgãos públicos.

Além disso, o PAD exerce função pedagógica, estimulando condutas éticas e responsáveis, orientando servidores sobre limites funcionais e padrões de comportamento. A análise detalhada das fases, aliada à observância das garantias processuais, demonstra que decisões fundamentadas e transparentes reforçam a legitimidade do processo e evitam nulidades ou judicializações desnecessárias.

O estudo evidencia que a Lei nº 16.544/2010 cumpre papel estratégico na Administração Pública paranaense, equilibrando interesses do Estado e direitos individuais. A aplicação rigorosa das normas, o respeito às garantias do servidor e a motivação adequada dos atos administrativos consolidam um ambiente de justiça, ética e eficiência, promovendo a disciplina funcional sem comprometer a legalidade ou a integridade do serviço público.

O PAD, portanto, não é apenas um instrumento sancionador, mas também educativo, preventivo e estruturante, contribuindo para a manutenção de uma Administração Pública sólida, confiável e comprometida com a legalidade e o interesse coletivo. A compreensão de seus fundamentos, procedimentos e consequências reforça a importância de sua correta aplicação, consolidando a cultura de responsabilidade, transparência e ética no serviço público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 jan.2025.

CARVALHO, J. F. **Direito Administrativo Disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA, R. A. **Teoria Geral do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, M. S. **Curso de Direito Administrativo.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FONSECA, L. T. **Garantias Processuais no Processo Administrativo Disciplinar.** Curitiba: Juruá, 2020.

GOMES, A. P. **Administração Pública e Processo Disciplinar.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MACHADO, P. R. **Contraditório e Ampla Defesa no Direito Público**. Salvador: Edufba, 2018.

MEDEIROS, C. R. **Princípios Constitucionais do Processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

SILVA, D. F. **Processo Administrativo Disciplinar:** Garantias Fundamentais. Florianópolis: Insular, 2021.

Capítulo 05

O Cenário da Execução Fiscal após o Tema 1.184 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (Extinção de Execuções Fiscais de Baixo Valor) e Reflexões a partir da Crítica ao Direito Civil Constitucional

The Scenario of Tax Enforcement After Topic 1.184 of the General Repercussion of the Federal Supreme Court (Extinction of Low-Value Tax Enforcement Proceedings) and Reflections Based on a Critique of Constitutional Civil Law

Deniel Rodrigo Benevides de Queiroz

Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. http://lattes.cnpq.br/9049383321039525

Eduardo Bezerra Vieira

Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. http://lattes.cnpq.br/9345124262812805

Janary Yoshizo Kato Yokokura

Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. http://lattes.cnpq.br/2072085973801138

Pedro Liberato Mesquita Palmeira Filho

Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. http://lattes.cnpq.br/9225546070349903

Resumo: O estudo traz, em linhas gerais, o cenário da execução fiscal no Brasil, apresentando conceitos fundamentais como dívida ativa, com destaque para problemas estruturais (gargalo das ações de cobrança) e considerações ligadas ao Município de Manaus. Aborda as alterações trazidas pelo Tema 1.184 do Supremo Tribunal Federal, apontando algumas reflexões sob a ótica da crítica do direito civil- constitucional, sobretudo no que se liga ao ativismo judicial.

Palavras-chave: dívida ativa; execução fiscal; civil; constitucional; neoconstitucionalismo; ativismo judicial; RE 1.355.208/SC.

Abstract: This study outlines the landscape of tax enforcement in Brazil, presenting fundamental concepts such as outstanding debt, highlighting structural problems (bottlenecks in collection actions) and considerations related to the Municipality of Manaus. It addresses the changes brought about by Topic 1.184 of the Supreme Federal Court, pointing out some reflections from the perspective of a critique of constitutional civil law, especially regarding judicial activism.

Keywords: tax debt collection; tax enforcement; constitutional-civil law; neoconstitutionalism; judicial activism; RE 1.355.208/SC.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.5

INTRODUÇÃO

O estudo tem por escopo apresentar o cenário da execução fiscal no Brasil, considerando os gargalos e acúmulo de acervo. Exemplifica o cenário tributário, destacadamente do IPTU com dados e experiência do Município de Manaus, realçando o papel das medidas de desjudicialização. Aborda, ainda, nesse contexto, o Tema 1.184 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, como instituidor, ao lado da Resolução n.º 547/2024 do Conselho Nacional de Justiça, de um novo modelo de cobrança da dívida ativa. Isto, todavia, não imune a algumas ponderações, as quais fazemos neste momento, tomando emprestado as críticas ao ativismo judicial, por meio de uma leitura do direito civil-constitucional.

BREVE CENÁRIO DA EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL

No ordenamento brasileiro, constitui-se dívida ativa o crédito da Fazenda Pública, seja tributário ou não tributário, proveniente, assim, de obrigação legal relativa a tributos, seus adicionais e multas, ou mesmo proveniente dos demais créditos fazendários, tais como multas de qualquer origem, foros, laudêmios, aluguéis, taxa de ocupação, indenizações, reposições, crédito oriundo de contratos ou outras obrigações legais. Esse é o conceito que se lê no artigo 39, § 2º da Lei n.º 4.320/1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Inscrever o crédito em dívida ativa, ato de controle administrativo da legalidade, é etapa necessária à execução judicial, já que, neste momento, o montante se reveste da característica de título executivo extrajudicial. Outrossim, os requisitos do Termo de Inscrição e demais pormenores da persecução em juízo desses valores estão previstos em lei especial, qual seja, a chamada Lei de Execução Fiscal (Lei n.º 6.830/1980 – que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências, doravante, LEF).

A cobrança judicial dos créditos inscritos em dívida ativa tem sido tema de reflexão no cenário jurídico nacional. No Justiça em Números 2024, revelou-se a preocupação quanto aos gargalos da execução fiscal. Esse tipo de ação possui a mais elevada taxa de congestionamento, se comparada a outras espécies executivas, chega a 87,8%, ou seja, de cada 100 (cem) processos, somente 12 (doze) são baixados no ano. Também, constitui o principal fator de morosidade do Judiciário, representando 21% dos total de casos pendentes. O montante processual, ainda, é de difícil liquidação, pois, “o tempo de giro do acervo desses processos é de 7 anos e 2 meses, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seria necessário todo esse tempo para liquidar o acervo existente” (Brasil, 2024).

Se por um lado, o volume de execuções fiscais decorre da cultura do inadimplemento e da desconformidade fiscal, por outro, tem-se um número

elevadíssimo de títulos de baixo valor sendo cobrados na via judicial. Isso, porque, considerando-se as peculiaridades do crédito tributário, especificamente, impõe-se por dever aos entes a efetiva instituição e arrecadação dessas cifras. É o que dispõe o art. 11, caput, da Lei Complementar 101/2000.

Os créditos tributários, contudo, nem sempre se revestem de elevado valor econômico. Isso porque, ao se considerar o panorama do sistema tributário nacional, verifica-se a existência de diversas espécies tributárias (impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios) muitas das quais implicam exações de reduzida expressão pecuniária.

O que se pondera, portanto, é a relação entre custo da cobrança e efetividade do meio. E, em consequência disso, tem-se legislações chamadas "de alçada" e que estabelecem piso mínimo para ajuizamento. Isto é, ordinariamente só se permitirá o uso do instrumento execução fiscal para os casos em que, considerada a realidade peculiar da entidade, se extrapolar determinado valor. Aquém disto, deve-se seguir com metodologias extrajudiciais de cobrança (tais como protesto, negativação, uso do CADIN, averbação pré-executória).

O CENÁRIO DA DÍVIDA ATIVA DE IPTU NO MUNICÍPIO DE MANAUS E MEDIDAS DE DESJUDICIALIZAÇÃO

Para os Anais do último Congresso Nacional da Dívida Ativa, realizado em 2024, um grupo de Procuradores do Município de Manaus, atuantes na seara tributária, submeteu um artigo, aprovado e publicado na coleção (Matalon Neto, Amorim Junior e Palmeira Filho, 2024). Naquela ocasião, foram destacados os fundamentos da transação tributária no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando seus traços distintivos para os programas de parcelamento, e como ela contribuiria para a eficiência na Administração, operando de maneira mais justa e proporcional, dada sua adaptabilidade a situações concretas, distinta dos conhecidos REFIS.

Além dessas considerações conceituais, foram abordadas questões históricas, sobretudo ao destacar o contexto da pandemia de COVID-19 e a vigência da Lei Federal 13.988/2020, que regula o instituto da transação na União. Mencionaram-se ainda experiências de outros entes da federação, com destaque para o incremento arrecadatório percebido com o implemento do instituto.

Como o objetivo era traçar a maneira como se deu a implantação da transação tributária em Manaus/AM, focou-se nos instrumentos normativos do Município, com destaque para a Lei Municipal 3.064/2023 que instituiu a política de desjudicialização manaura, coordenada pela PGM/MANAUS. Assim, foram exibidas as modalidades de transação, com atenção para pontos delicados, incluindo, ainda, apontamentos para futuros aprimoramentos do quadro normativo, como a evolução na definição de critérios para a classificação de créditos inscritos em Dívida Ativa (sistema de rating), conforme Portaria Conjunta nº 001/2023–SEMEF-PGM; e a ampliação da regularização via transação tributária, para abranger créditos não tributários, eventualmente vinculados a fundos ou despesas específicas.

Mostrou-se o cenário da Dívida Ativa de Manaus, destacando três pontos: a) o expressivo número de execuções fiscais aforadas pelo Município; b) a significativa participação percentual das que veiculavam créditos de baixo valor (abaixo de R$ 10.000,00); c) a primazia do Imposto Territorial e Predial Urbano (IPTU).

Ainda que apenas en passant, cumpre registrar que o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.355.208/SC (Tema 1184 do STF), bem como a edição da Resolução n.º 547/2024 do Conselho Nacional de Justiça, promoveram relevante inflexão na sistemática de cobrança judicial dos créditos públicos. Tais medidas podem ser compreendidas, em alguma medida, como respostas institucionais ao já amplamente documentado gargalo das execuções fiscais, reconhecidas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário, com taxa de congestionamento que alcança 87,8% e tempo médio de giro do acervo superior a 7 (sete) anos.

É nesse contexto que se delimita o núcleo da presente discussão. Com efeito, em decorrência do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 1.355.208/SC, no qual se firmou o Tema 1.184 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça houve por bem editar a supramencionada Resolução n.º 547/2024, introduzindo novas condicionantes para o ajuizamento e a cobrança judicial dos créditos inscritos em dívida ativa.

O TEMA 1.184 DA REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSEQUENTE ALTERAÇÃO NO CENÁRIO DA COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA

Essa ideia de piso para ajuizamento não é nova. Encontra ecos na legislação de outros entes federados. Possui, também, guarida jurisprudencial. Isso porque ao julgar o Tema 109 da Repercussão Geral o Supremo Tribunal Federal (RE 591033/SP) fixou a seguinte tese:

> Lei estadual autorizadora da não inscrição em dívida ativa e do não ajuizamento de débitos de pequeno valor é insuscetível de aplicação a Município e, consequentemente, não serve de fundamento para a extinção das execuções fiscais que promova, sob pena de violação à sua competência tributária (São Paulo, 2011) .

Teve-se como Leading Case o Recurso Extraordinário 591033/SP e como relatora a Ministra Carmem Lúcia. Eis a descrição do caso:

> Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2.º e 156 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário aplicar lei estadual que autoriza o Poder Executivo Estadual a não executar os débitos com valor igual ou inferior a 30% do maior valor de referência (MVR) e, com fundamento nessa lei, extinguir processos, sem julgamento de mérito, em face da ausência de interesse de agir do Município, considerando o pequeno valor das ações de execução fiscal ajuizadas (São Paulo, 2011).

A rigor, cuida-se exatamente do que foi assinalado acima. Cada ente federado detém sua autonomia para fixação do piso para ajuizamento. Isso decorre do princípio federativo, da preservação da competência tributária, e da não interferência de um em outro, mas também da observância de peculiaridades locais. Não é razoável a adoção de piso uniforme. No caso do Tema 109/STF, não é correto obrigar ao Município obediência ao piso referente ao Estado-Membro. Argumenta-se, nesse sentido, com os seguintes fundamentos: a) há diferenças no que diz respeito aos tributos atribuídos a Municípios e a Estados, e, por isso, não é viável tratar-se um tributo mercantil como o ICMS em bases semelhantes ao IPTU, dada a discrepância entre perfil dos contribuintes, do valor cobrado, bem como da maneira de cobrança (mediante carnê, como IPTU, após lançamento de ofício; ou na sistemática de creditamento, observando-se o lançamento por homologação, e os destaques em nota fiscal, como visto no ICMS); b) há discrepâncias no aparelhamento e dos instrumentos a disposição do ente maior (Estado) em comparação com o Município – estados contam necessariamente com carreiras de auditoria, secretaria fiscal e procuradoria organizada em carreira; c) no mesmo sentido do último ponto, para aqueles entes menores, cuja receita é baixa, e que dependerá da arrecadação de todos os seus títulos, e que também, na persistência em não ajuizar poderá criar cultura do inadimplemento, num possível efeito social do desuso de instrumento jurídico a sua disposição.

O STF, porém, foi instado a julgar outro caso. Nesse, um Município do interior de Santa Catarina (Pomerode/SC) ajuizou execução fiscal de baixo valor em face de pessoa jurídica, sendo a ação extinta com fundamento em súmula do tribunal local e que cuida da necessidade de parâmetros mínimos para cobrança em juízo da dívida ativa. No Supremo o caso veio a ser o Leading Case do Tema 1.184 da Repercussão Geral. Eis a ementa e parágrafo de acórdão do Recurso Extraordinário 1.355.208 Santa Catarina:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL DE BAIXO VALOR POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR: POSTERIOR AO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 591.033 (TEMA N. 109). INEXISTÊNCIA DE DESOBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS FEDERATIVO E DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. FUNDAMENTOS EXPOSTOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA TESE DO TEMA N. 109 DA REPERCUSSÃO GERAL: INAPLICABILIDADE PELA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUE POSSIBILITOU PROTESTO DAS CERTIDÕES DA DÍVIDA ATIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO .
>
> Ao se extinguir a execução fiscal de pequeno valor com base em legislação de ente federado diverso do exequente, mas com fundamento em súmula do Tribunal catarinense e do Conselho da Magistratura de Santa Catarina e na alteração legislativa que possibilitou protesto de certidões da dívida ativa, respeitou-se o princípio da eficiência administrativa.

> Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem nortear as práticas administrativas e financeiras na busca do atendimento do interesse público. Gastos de recursos públicos vultosos para obtenção de cobranças de pequeno valor são desproporcionais e sem razão jurídica válida.
> O acolhimento de outros meios de satisfação de créditos do ente público é previsto na legislação vigente, podendo a pessoa federada valer-se de meios administrativos para obter a satisfação do que lhe é devido.
> Recurso extraordinário ao qual se nega provimento com proposta da seguinte tese com repercussão geral: "É legítima a extinção de execução fiscal de baixo valor, pela ausência de interesse de agir, tendo em vista o princípio da eficiência administrativa".
>
> ACÓRDÃO
>
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por maioria, apreciando o tema 1.184 da repercussão geral, negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da Relatora, vencidos os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes e, parcialmente, o Ministro Luiz Fux. Por unanimidade, foi fixada a seguinte tese: "1. É legítima a extinção de execução fiscal de baixo valor pela ausência de interesse de agir tendo em vista o princípio constitucional da eficiência administrativa, respeitada a competência constitucional de cada ente federado. 2. O ajuizamento da execução fiscal dependerá da prévia adoção das seguintes providências: a) tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa; e b) protesto do título, salvo por motivo de eficiência administrativa, comprovando-se a inadequação da medida. 3. O trâmite de ações de execução fiscal não impede os entes federados de pedirem a suspensão do processo para a adoção das medidas previstas no item 2, devendo, nesse caso, o juiz ser comunicado do prazo para as providências cabíveis".

Por força do Tema 1.184, e como consequência de suas disposições o Conselho Nacional de Justiça houve por bem editar a Resolução n.º 547/2024, posteriormente alterada pela Resolução n.º 617/2025. Nesta se trazem comandos normativos, voltados ao Judiciário, no sentido de extinguir em massa execuções fiscais cujos títulos sejam inferiores a R$ 10.000,00 (dez mil reais). A Resolução, ainda, estabelece os requisitos prévios para ajuizamento desse tipo de ação.

Assim, em síntese, para cobrança de um crédito inscrito em dívida ativa em juízo, na via da execução fiscal, é preciso que antes se adote medida de tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa. Essa tentativa de conciliação é satisfeita pela existência de parcelamento e condições favoráveis para adimplemento do débito. Como exemplo de adoção de solução administrativa, tem-se a notificação do acusado para pagamento voluntário, antes do ingresso em juízo. Outrossim, a execução, ainda, deverá ser precedida do protesto do título (certidão de dívida

ativa); este, protesto extrajudicial, a seu turno, pode ser dispensado em caso de negativação (SPC/SERASA, v.g.), averbação pré-executória, indicação de bens ou direitos penhoráveis e inclusão do crédito no CADIN Federal.

DA APROPRIAÇÃO DA CRÍTICA AO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL AO DIREITO TRIBUTÁRIO E AO TEMA 1.184 DO STF

Embora se apresente, entre os civilistas contemporâneos, como abordagem amplamente difundida, o civil-constitucionalismo não se mostra imune a críticas e a desenvolvimentos teóricos que evidenciam suas fragilidades, especialmente sob o prisma metodológico.

O Direito Civil-Constitucional pode ser entendido, numa acepção descritiva, como uma teoria ligada à perda da centralidade do Direito Civil face ao Direito Constitucional, em decorrência da ideia de um Estado Social, com incremento das prestações positivas, ganhando destaque as Constituições que conferem direitos sociais, exigíveis frente ao Poder Público.

Noutro lado, esse enfoque civilista, quando tomado como Teoria Normativa, tem, na concepção de Fernando Leal (2020), cinco pilares: a) endosso de uma teoria constitucional, com destaque para os direitos fundamentais, reforçando a normatividade e caráter unificador da Constituição, além de se percebê-la como trazendo os valores fundamentais da ordem constitucional; b) uma doutrina de eficácia dos direitos fundamentais, com destaque para aplicação entre particulares; c) uma teoria da norma e da decisão jurídica que concebe princípios como espécie do gênero "norma", e lança mão de métodos interpretativos que envolvem a ponderação e proporcionalidade; d) erige a dignidade da pessoa humana como um princípio destacado; e) uma concepção da Constituição com centralidade, mas com pluralidade de fontes normativas integradas e com abertura para os valores presentes na sociedade (Leal, 2020).

Nisto, digno de nota é a apropriação da técnica de matriz neoconstitucional pelo Direito Civil. O próprio termo neoconstitucionalismo pode abranger diversas ideias, sendo motivo de "ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos", parece ser desejado como um movimento pós-positivista. Mas, para os fins aqui propostos, ele pode ser entendido como algo oriundo do mundo pós-guerra, um direito novo, mas que, contraditoriamente, deposita "todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial". Isso porque, na linha do que defende Lenio Streck, a rigor, o neoconstitucionalismo não consegue superar positivismo, não é pós-positivista, porque, como no positivismo, não consegue trazer mecanismos para controlar a discricionariedade judicial. Essa teoria "acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente" (Streck, 2020).

Nesse viés, há expoentes que defendem uma releitura dos dispositivos e sua interpretação para absorver os anseios modernos, a realidade dos fatos, as modernidades. Tal postura traduz um substancialismo jurídico, uma crença "numa substância do direito que lhe permite atribuir normatividade à 'força constitutiva dos fatos' e à 'constituição haurida da realidade humana e social'" (Reis, 2017), e, como mencionado acima, relaciona-se a uma abertura para os valores presentes na sociedade (Leal, 2020).

Essas críticas voltadas ao Direito Civil são idôneas também à análise de outros ramos do direito. Porque, ao cabo: a) desembocam numa crítica ao ativismo judicial, com aumento da discricionariedade, sobretudo ao se deparar com técnicas como ponderação de valores, trazidas para o contexto brasileiro sem o rigor necessário, a exemplo da técnica dos pesos de Robert Alexy; b) mostram como elementos fora da relação jurídica processual, quando diante de um caso concreto, não deveriam influir na formação da decisão sobretudo quando em contraposição ao direito posto, e essa postura acaba resultando do abandono da subsunção, e implemento de métodos criativos.

Aqui, nosso objetivo, portanto, é utilizar esse pano de fundo, para sinalizar imperfeições na decisão do Supremo Tribunal Federal que culminou na fixação do Tema 1.184 de Repercussão Geral.

Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral (RE 1.355.208 -Tema 1.184), no qual se debatia a possibilidade de extinção de execução fiscal de baixo valor. Na origem, o Município de Pomerode do Estado de Santa Catarina ajuizou a execução fiscal no valor de R$ 528,41. O juiz de primeiro grau, tomando por base um entendimento sumulado da Corte Catarinense, Súmula 22 do TJSC, a redação do art. 2.º, II, da Lei Estadual n. 14.266/2007 e art. 2.º, § 3º e o disposto no Resolução n. 02/2008 do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, extinguiu o feito sem resolução do mérito com base na percepção de ausência de interesse processual. No âmbito da Corte Estadual, o recurso do Município de Pomerode/SC foi conhecido e improvido sob a compreensão de que o entendimento firmado no Tema 109 do Supremo Tribunal Federal, que não autorizava a extinção das execuções de pequeno valor com base em lei estadual, estaria superado. Isso, em face da possibilidade de protesto de certidão de dívida ativa, que passou a ser prevista na Lei n. 12.767/12. Ao apreciar o recurso extraordinário municipal, considerando a alteração legislativa da Lei n. 12.767/12, os custos envolvidos para cobrança dos débitos de baixos valores, o quantitativo de processos de execução fiscal em curso no país e a ótica do princípio da eficiência, o Supremo Tribunal Federal rejeitou o recurso do Município de Pomerode/SC (2012), firmando a seguinte tese:

> 1. É legítima a extinção de execução fiscal de baixo valor pela ausência de interesse de agir tendo em vista o princípio constitucional da eficiência administrativa, respeitada a competência constitucional de cada ente federado. 2. O ajuizamento da execução fiscal dependerá da prévia adoção das seguintes providências: a) tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa; e b) protesto do título, salvo por motivo

> de eficiência administrativa, comprovando-se a inadequação da medida. 3. O trâmite de ações de execução fiscal não impede os entes federados de pedirem a suspensão do processo para a adoção das medidas previstas no item 2, devendo, nesse caso, o juiz ser comunicado do prazo para as providências cabíveis.

Com efeito, não se olvida que o Direito Tributário tem matriz constitucional, e no seu cerne há uma contraposição entre Estado (Fisco) e cidadão (contribuinte), não cabendo, portanto, tipicamente, discussões quanto a eficácia de direitos fundamentais em relações privadas, pois na seara fiscal, não há propriamente conflito entre particulares. Como sinalizado acima, porém, na decisão aqui analisada, percebem-se traços de uma postura comum ao civil-constitucionalismo, e que se ligam à interpretação constitucional e aplicação do direito.

DA FUNDAMENTAÇÃO DO RE 1.355.208 (TEMA 1.184) SOBRE A LEI DE FIXAÇÃO DO PISO DAS EXECUÇÕES FÍSCIAS – AUSÊNCIA DE VALOR MÍNIMO OU VALOR MUITO BAIXO, FIXAÇÃO/IMPOSIÇÃO PELO JUDICIÁRIO PARA EXTINÇÃO DAS EXECUÇÕES FISCAIS – PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E RAZOABILIDADE - ANÁLISE SOB O ENFOQUE DO ATIVISMO JUDICIAL E NEOCONSTITUCIONALISMO

Dentre os fundamentos da decisão do Recurso Extraordinário 1.355.208 (Tema 1.184), consta:

> Por isso, a União, os Estados e os Municípios devem fixar em lei um valor mínimo (piso) para iniciar execuções fiscais que guarde relação com o custo de movimentação desses processos. Quando o ente público não fixar esse mínimo ou quando ele for muito baixo, o Judiciário pode definir o piso de ajuizamento a ser aplicado. Assim, o juiz pode encerrar as execuções fiscais iniciadas para a cobrança de débitos com baixo valor, com base nos princípios constitucionais da eficiência e da razoabilidade (art. 37, *caput*).

Analisando especificamente tal ponto, discutiremos tal fundamento sob enfoque do ativismo judicial e neoconstitucionalismo.

Como já relatado, o julgamento acabou por definir a possibilidade de extinção das execuções fiscais, pelo próprio Poder Judiciário, nos casos de ausência de fixação legal do mínimo (piso) pelos entes públicos para ajuizamento inicial das execuções, ou nos casos em que tais valores restarem identificados como “muito baixos”, podendo, inclusive, “definir o piso de ajuizamento a ser aplicado”. A ideia em questão traz a indicação do respeito aos princípios da eficiência e da razoabilidade, previstos no art. 37 da CF.

Nada obstante o respeito ao entendimento firmado, a generalização, a subjetividade, o ativismo e a amplitude abrangidos pela decisão merecem análise e

reflexões, especialmente com relação à discrepância identificada nos mais de 5.500 Municípios existentes no Brasil.

Ao julgar, pelo mesmo entendimento, as realidades dos entes públicos dotados de enormes discrepâncias, há indicativo de uma invasão da competência normativa e afronta ao princípio da separação dos poderes, sob o viés de um ativismo judicial que acabou por desconsiderar as dificuldades da maioria dos entes públicos, seja por deficiência funcional, financeira, estrutural, dentre outros, seja por deixar de considerar a responsabilidade e obrigatoriedade do cumprimento da legislação no exercício das funções dos agentes públicos que atuam na arrecadação do ente.

O julgamento segue pela necessidade de "enxugar" um acervo de execuções fiscais pendentes, representativos de aproximadamente um terço dos processos judiciais em andamento no país. A ideia de desafogar o Judiciário dos milhares de processos com custo elevado de tramitação e baixo retorno arrecadatório aos entes públicos é válida.

A irresignação posta seria na forma que foi efetivada e na fundamentação do tópico estudado, que pode indicar um ativismo judicial em busca de eficiência do Judiciário em si, sob enfoque de uma razoabilidade que parece pender apenas para uma direção.

Sob o prisma neoconstitucional, o julgamento estaria voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais, apostando no caráter transformador das Constituições modernas, como utopias de direito positivo, buscando norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais. No dizer de Ronald Dworkin (*apud* Cambi, 2016):

> Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular Marbury contra Madison – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio e não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não sobre como se promove o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.

Como similitude no caso concreto estudado, a necessidade de tratamento igualitário entre os entes públicos, em especial, os inúmeros municípios com realidades discrepantes. Deve-se respeitar dois elementos essenciais constantes no núcleo das Constituições Modernas, a separação dos poderes (limitação jurídica do poder do estado) e os direitos fundamentais.

Direcionando à ótica ao ativismo judicial, a Constituição traça parâmetros normativos para a concretização dos direitos fundamentais, predeterminando a necessidade de políticas públicas inerentes à realização desses direitos. Cabe ao Judiciário dar força normativa à Constituição, sem, com isso, absorver o espaço político reservado à deliberação majoritária acerca das políticas públicas, no caso

em questão, a indicação do ente federado do "valor mínimo" para ajuizamento de suas próprias execuções fiscais, diante da realidade específica de cada ente. A tarefa do juiz, ao preencher uma lacuna jurídica, ao considerar uma regra inconstitucional, ao concretizar um princípio jurídico ou mesmo ao formular uma política pública, para dar efetividade à Constituição, não se compara à atividade do legislador.

No caso estudado, o Judiciário adentra na atividade, inclusive, de "definir um piso de ajuizamento a ser aplicado", aplicando subjetivamente o seu entendimento do que seria um "valor muito baixo", de forma geral e desconsideradora das especificidades de cada ente, tudo acobertado pelos princípios da eficiência e razoabilidade.

Importante salientar que o RE discutido trouxe a possibilidade ao Judiciário de fixar o valor mínimo, nos casos de inexistência normativa do ente ou de considerar "muito baixo" o valor já estipulado pelo ente público, exercendo um ativismo, tanto integrativo, quando atua no caso da inexistência da norma, quanto interpretativo/modificativo, quando atua diretamente na análise do piso/valor mínimo já devidamente estipulado pelo ente interessado.

No primeiro ponto da fundamentação do RE, a lacuna pela ausência da regulamentação parece aceitável, no entanto, a interferência judicial ativa na modificação do valor/piso das normas já existentes parece destoar.

Nesse sentido, acompanhando as correntes tradicionalistas, o Judiciário não poderia comprometer o princípio da separação dos poderes, sopesando e privilegiando apenas a eficiência e razoabilidade.

REFLEXÕES SOBRE A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PRÉVIAS AO AJUIZAMENTO DAS EXECUÇÕES FISCAIS

Como destacado em diversos excertos dos votos proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário 1.355.208 (Tema 1.184), que debatia a possibilidade de extinção das Execuções Fiscais pelo juiz em casos de cobrança de valores baixos, o centro de debate do recurso estava na análise da superação ou não do Tema 109, em razão da alteração legislativa trazida pelo art.25 da Lei n. 12.767/2012. Que, ao incluir o parágrafo único no art. 1.º da Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, criou a possibilidade de protesto das certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas.

É o que se lê no voto da Ministra relatora, Cármen Lúcia no supramencionado recurso extraordinário:

> Estou afirmando em meu voto que a discussão posta neste recurso, que representa a controvérsia identificada no Tema 1.184 da repercussão geral, consiste exatamente em definir se a alteração legislativa, trazida pelo art. 25 da Lei n. 12.767, incluída entre os títulos sujeitos a protesto, teria estabelecido

> quadro normativo que afastaria o decidido por este Plenário do Supremo no julgamento do Recurso Extraordinário n. 591.033, que é o Tema 109, já aqui mencionado (Brasil, 2012).

Ainda quanto ao referido julgado, o Supremo Tribunal Federal firmou a tese de que o protesto seria indispensável como medida prévia, posterior à tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa, e anterior ao ajuizamento das execuções fiscais:

> 2. O ajuizamento da execução fiscal dependerá da prévia adoção das seguintes providências: a) tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa; e b) protesto do título, salvo por motivo de eficiência administrativa, comprovando-se a inadequação da medida (Brasil, 2023).

Sob a ótica de que, dentre outras razões, as medidas de tentativa de conciliação ou adoção de soluções administrativas e o protesto do título se consubstanciariam numa forma eficiente de cobrança extrajudicial, que além de permitir a redução do número de ações de execução fiscal, mostrar-se-iam alinhadas aos interesses dos entes federados, na perspectiva do princípio da eficiência.

Nesse contexto, faz-se necessário apresentar algumas reflexões quanto à determinação judicial de adoção de providências preliminares de tentativa de conciliação ou adoção de solução administrativa e protesto do título à Execução Fiscal.

Numa análise inicial, constata-se que o comando extraído da tese firmada se apresenta como inovação normativa, visto que na Lei n. 6.830/1980, que trata da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, não há qualquer referência indicativa de obrigação direcionada aos entes federados no tocante à necessidade de conciliação prévia ou protesto de título. Como também não se observa tal previsão no ordenamento jurídico pátrio.

Sendo válido frisar que a indigitada inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei n.º 9.492/1997 se deu de forma isolada, por meio do art. 25 da Lei n.º 12.767/2012, que dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica.

Assim, nesse cenário, pode-se visualizar uma atuação normativa do Poder Judiciário, na medida em que fixa procedimentos prévios à Execução Fiscal que não se encontram estabelecidos em lei.

Ainda, quanto à questão da legalidade, em que pesem os fundamentos para a adoção do prévio protesto à Execução Fiscal, a sua exigência viola também a autonomia tributária dos entes federados, que permitem o pleno exercício da sua competência legislativa, por meio de produção de leis. Isso, porque caberia aos entes da federação firmar, por meio de lei, o uso do instituto do protesto de títulos na cobrança de seus créditos tributários.

Aqui é esclarecedor o alerta de Ávila (2009):

> A interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais — os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes.

No mais, é importante expor que a distintiva realidade econômica dos municípios do país se mostra como circunstância impeditiva até para o cumprimento do comando prévio de tentativa de conciliação. Pois, sabe-se que muitos dos municípios não teriam condição financeira ou técnica de efetivar mutirões ou protestos de títulos.

Um outro questionamento que se levanta é quanto a real eficácia das medidas prévias, em especial, a de protesto, se tomada a realidade econômica da população de centenas de municípios brasileiros.

Pois, percebe-se que, apesar do caso apreciado se referir à cobrança tributária municipal, Município de Pomerode-SC, na análise do feito, os dados expostos nas manifestações dos Ministros ou são de entes federados distintos, como destacado no voto da ministra Cármen Lúcia (2012):

> Nesse sentido, portanto, visando a essa eficiência administrativa, realço – o que também vem em memoriais apresentados quanto à eficiência do processo e o aproveitamento de outras vias que não apenas o Executivo Fiscal – que, sob o vislumbre do êxito na busca de pagamentos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional apresentou dados, agora também repetidos pela Doutora Anelize, que, desde 2013, ou seja, no ano subsequente ao início da vigência da Lei n. 12.767, tem adotado protesto extrajudicial, obtendo índice de recuperação que aumentou de 1% até 2% para 15% a 19% no êxito, exatamente por esta via, ou seja, antes, só com o executivo fiscal, era de 1% a 2% de êxito, passou a esses valores. (...)
> Nos Estados e nos Municípios, o Ministro-Presidente me passou o dado também – vi ontem – relativo pelo menos a Estados do Centro Oeste, me parece, eu consegui só um, Presidente, no Sudeste, que sobe mais ou menos à média de êxito de 30%, mas dos Municípios eu não tenho.

Ou se referem a um número ínfimo de Municípios, como relatou o Ministro Luís Roberto Barroso (2015) no RE supramencionado:

> Nos estados analisados - está na nota técnica -, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Acre, a eficácia do processo extrajudicial de CDA na recuperação de dívidas fiscais foi maior, apresentando um índice de recuperação entre 30% e 38%. Nos municípios de Gramado, no Rio Grande do Sul, e Colatina, no Espírito Santo, houve um resultado de 46% num caso e de 16% num outro.

O que expõe a conclusão de que o protesto seria uma medida eficiente para a cobrança de créditos fazendários em geral, pois ela foi tomada a partir da análise de dados parciais, baseado em informações da União e de alguns Estados, e ínfimos,

com base de dados de Municípios.

Uma outra consideração a ser feita é que o julgado não considera que as medidas prévias ao protocolo das execuções fiscais, caso não se mostrem efetivas, no caso concreto, não suprem um dos pontos mais sensíveis de debate atinentes à alta demanda de feitos de cobrança fiscais, que é a necessidade de revisão da própria Lei de Execução Fiscal.

Consideração que foi exposta pelo Ministro Gilmar Mendes (2023) também no bojo da discussão do Tema nº 1.184:

> De todo modo, como já acautelava no julgamento do Tema 109 da repercussão geral, reitero ser "necessário que nós pensemos uma revisão do processo de execução fiscal". Afinal, boa parte da crise numérica do Poder Judiciário brasileiro está associada ao atual modelo de processamento das execuções fiscais.

A postura delineada acima talvez resulte na desconfiança no papel do Parlamento, o que, no contexto democrático, é identificado como "locus institucional privilegiado no qual sociedades complexas constroem consensos sobre as normas que irão orientar a conduta de seus cidadãos" (Reis, 2017). Essa desconfiança, provavelmente advinda do déficit de representação, e do distanciamento entre eleitor e agente político eleito, desemboca, no Brasil, num incremento da autoridade e centralidade do Supremo Tribunal Federal, com "posição central no nosso arranjo político", como "a vanguarda iluminista encarregada de empurrar a história quando ela emperra" (Barroso, 2015). Como identificado por Thiago Reis na crítica à posição de Fachin, aqui, no Tema 1.184, vê-se que o critério de relevância jurídica depende não de um sentido construído a partir do ordenamento, mas sim da vontade do próprio intérprete em reconhecer a normatividade imanente ao fato ou à atuação de sujeitos ou grupo na sociedade independentemente da autoridade do Parlamento. Relevância jurídica independe aqui, portanto, da institucionalidade que deve garantir a pluralidade de posições e legitimar consensos sobre as regras a serem aplicadas.

Ademais, ainda no argumento Thiago Reis, o risco é o de se conferir ao intérprete e aplicador sempre um espaço de normatividade, o qual pode escolher reconhecer e utilizar, para fundamentar sua decisão. Essa decisão, no ver no julgador, impulsionará a história para frente. Isto pode não ser verdadeiro, e mais, busca fundamentação fora dos limites da normatividade jurídica, abstrata e referencial da vida no Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Examinou-se o cenário contemporâneo da execução fiscal no Brasil, partindo da constatação empírica de seu grave congestionamento estrutural e da ineficiência do modelo tradicional de cobrança judicial da dívida ativa. Nesse contexto, demonstrou-se que o ordenamento jurídico já dispõe de instrumentos normativos e administrativos aptos à racionalização da cobrança do crédito público, como a fixação legislativa de pisos para ajuizamento, a adoção de meios extrajudiciais de

cobrança e o desenvolvimento de políticas públicas de desjudicialização, a exemplo da transação tributária. Tais mecanismos preservam a autonomia federativa, respeitam a legalidade e permitem que cada ente público formule estratégias compatíveis com suas peculiaridades econômicas, estruturais e sociais.

A análise do Tema 1.184 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal e da subsequente edição da Resolução n.º 547/2024 do Conselho Nacional de Justiça evidenciou, contudo, uma inflexão relevante no modelo de cobrança da dívida ativa, ao admitir a extinção judicial de execuções fiscais de baixo valor e ao impor condicionantes procedimentais não expressamente previstas na Lei de Execução Fiscal. Embora tais medidas sejam justificadas, no plano argumentativo, pelos princípios da eficiência e da razoabilidade, sustentou-se que sua formulação e aplicação podem suscitar problemas dogmáticos e institucionais.

A partir da crítica ao Direito Civil-Constitucional, especialmente no que se refere ao neoconstitucionalismo e ao ativismo judicial, argumentou-se que a decisão do STF tende a revelar uma ampliação da discricionariedade judicial que tensiona princípios estruturantes do Estado de Direito, notadamente a separação dos poderes, a legalidade e a autonomia federativa. A possibilidade de o Poder Judiciário não apenas suprir lacunas normativas, mas também redefinir ou relativizar escolhas legislativas previamente realizadas pelos entes federados, sob critérios abertos como “valor muito baixo”, traduz um deslocamento do centro decisório que merece cautela.

Infere-se, assim, que a necessária superação do modelo disfuncional das execuções fiscais não pode ocorrer à custa da erosão das garantias institucionais que estruturam o sistema jurídico-tributário. A racionalização da cobrança do crédito público deve ser promovida prioritariamente pelo legislador, mediante reformas estruturais da Lei de Execução Fiscal e pelo fortalecimento de políticas administrativas eficientes. Aparentemente, esta uma maneira possível compatibilizar a busca por efetividade arrecadatória com a preservação da segurança jurídica, da autonomia dos entes federados e dos limites constitucionais da atuação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: https://revistas.unifacs.br. Acesso em: 15 maio 2025.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, número especial, p. 24-50, 2015. Citado por: REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 213–238, abr./jun. 2017. Disponível em: https://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/290/275. Acesso em: 15 maio 2025.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2024.** Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em: 3 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução Nº 547 de 22/02/2024.** Disponível em https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5455. Acesso em 21 jan. 2026.

BRASIL. **Lei n.º 6.830, de 22 de Setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF, Presidência da República, 22 set. 1980. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm. Acesso em 21 jan. 2026.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.** Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em 21 jan. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Recurso Extraordinário n. 1.355.208/SC.** Relatora: Min. Cármen Lúcia, julgado em 19 dez. 2023. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=1.355.208&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 5 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 591033**. Relator: Min. Ellen Gracie, 17 nov. 2020; publicação: 25 fev. 2011. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur188314/false. Acesso em 8 mar. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020.** Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13988.htm. Acesso em 21 jan. 2026.

BRASIL. **Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012.** Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12767.htm. Acesso em 21 jan. 2026.

BRASIL. **Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9492.htm. Acesso em 21 jan. 2026.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. E-book. ISBN 9788584931156. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584931156/. Acesso em: 15 maio 2025.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 22, p. 91–150, maio/ago. 2020.

MANAUS. **Lei nº 3.064, de 01 de junho de 2023.** INSTITUI a Política de Desjudicialização no âmbito da Administração Pública Municipal e dá outras providências. Manaus: Câmara de Vereadores, 2023. Disponível em: https://leismunicipais.com.br/a/am/m/manaus/lei-ordinaria/2023/307/3064/lei-ordinaria-n-3064-2023-institui-a-politica-de-desjudicializacao-no-ambito-da-administracao-publica-municipal-e-da-outras-providencias. Acesso em 01 jul. 2024.

MATALON NETO, David; AMORIM JÚNIOR, Geraldo Uchôa; PALMEIRA FILHO, P. L. M.. **Implantação da Transação Tributária em Manaus/Am:** Concepção Normativa, Primeiros Resultados e Desafios Futuros. In: 1º CONGRESSO NACIONAL DA DÍVIDA ATIVA, 2024, BRASÍLIA. Anais do I Congresso Nacional da Dívida Ativa: consensualidade, cooperação e sustentabilidade fiscal, 2024.

REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 213–238, abr./jun. 2017. Disponível em: https://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/290/275. Acesso em: 15 maio 2025.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, p. 9–27, 2020.

Capítulo 06

A Constitucionalização do Direito Civil e seus Limites: Uma Análise Crítica sobre a Expansão dos Princípios Constitucionais nas Relações Privadas

The Constitutionalization of Civil Law and Its Limits: A Critical Analysis of the Expansion of Constitutional Principles in Private Relations

Otniel Servilha Torres

Janary Yoshizo Kato Yokokura

Resumo: A constitucionalização do Direito Civil consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro como um movimento interpretativo que reposicionou a Constituição no centro da dogmática privatista, promovendo a incidência direta de princípios constitucionais nas relações entre particulares. Esse fenômeno alterou a compreensão de institutos tradicionais do direito privado, como contratos, propriedade e responsabilidade civil, ampliando o espaço de interpretação judicial e redefinindo critérios normativos clássicos. A relevância da presente pesquisa reside na necessidade de examinar criticamente os limites dessa expansão principiológica, especialmente diante de seus impactos sobre a autonomia privada e a segurança jurídica, elementos estruturantes do Direito Civil. O estudo tem como objetivo geral analisar a constitucionalização do Direito Civil no Brasil, identificando seus fundamentos teóricos e delimitando o alcance normativo da aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas. Como metodologia, adota-se uma abordagem qualitativa, desenvolvida por meio de revisão bibliográfica, com análise de obras doutrinárias e produções acadêmicas que discutem a interação entre Constituição e Direito Civil. A investigação concentra-se no plano teórico, buscando sistematizar argumentos críticos relacionados à indeterminação normativa e à flexibilização excessiva das categorias civilistas. Como possíveis contribuições, a pesquisa pretende colaborar para o refinamento conceitual do debate sobre a constitucionalização do Direito Civil, oferecendo subsídios teóricos para a delimitação de critérios interpretativos mais rigorosos e para a preservação da coerência dogmática do direito privado, sem afastar a força normativa da Constituição.

Palavras-chave: autonomia privada; segurança jurídica; princípios constitucionais; dogmática civilista.

Abstract: The constitutionalization of Civil Law has consolidated itself in the Brazilian legal system as an interpretative movement that repositioned the Constitution at the center of private law doctrine, promoting the direct application of constitutional principles in relations between private individuals. This phenomenon altered the understanding of traditional private law institutions, such as contracts, property, and civil liability, expanding the scope of judicial interpretation and redefining classic normative criteria. The relevance of this research lies in the need to critically examine the limits of this principled expansion, especially in light of its impacts on private autonomy and legal certainty, structuring elements of Civil Law. The study aims to analyze the constitutionalization of Civil Law in Brazil, identifying its theoretical foundations and delimiting the normative scope of the application of constitutional principles in private relations. The methodology adopted is a qualitative approach, developed through a bibliographic review, with analysis of doctrinal works and academic productions that discuss the interaction between the Constitution and Civil Law. This investigation focuses on the

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.6

theoretical plane, seeking to systematize critical arguments related to normative indeterminacy and the excessive flexibility of civil law categories. As possible contributions, the research aims to collaborate in the conceptual refinement of the debate on the constitutionalization of Civil Law, offering theoretical support for the delimitation of more rigorous interpretative criteria and for the preservation of the dogmatic coherence of private law, without disregarding the normative force of the Constitution.

Keywords: private autonomy; legal certainty; constitutional principles; civil law dogmatics.

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito Civil é um fenômeno que tem ganhado crescente relevância no ordenamento jurídico brasileiro, particularmente após a Constituição de 1988. Com a incorporação de princípios constitucionais nas relações privadas, observa-se uma mudança significativa no papel do Direito Civil, que, antes centrado na autonomia das partes e no princípio da liberdade contratual, passa a ser impregnado por normas e valores do Direito Constitucional.

A justificativa para o desenvolvimento deste estudo repousa na necessidade de compreender as implicações dessa constitucionalização para as relações privadas, especialmente no contexto da autonomia das partes e da segurança jurídica, dois pilares que sempre nortearam o direito privado.

A problemática que emerge desse contexto está relacionada ao conflito entre a constitucionalização e os princípios tradicionais do Direito Civil, especialmente no que tange à autonomia privada e à estabilidade das relações jurídicas. Embora a expansão dos direitos fundamentais nas relações privadas tenha sido celebrada como um avanço civilizatório, surgem dúvidas sobre os limites dessa expansão e o risco de desestruturar o próprio sistema jurídico.

A pergunta-problema que guia esta pesquisa é: até que ponto a constitucionalização do Direito Civil pode ser considerada uma evolução ou um risco para a manutenção da autonomia privada e da segurança jurídica nas relações privadas?

O objetivo geral desta pesquisa é analisar a constitucionalização do Direito Civil no Brasil, destacando suas implicações nas relações privadas e os limites dessa expansão dos princípios constitucionais. Para tanto, pretende-se examinar os fundamentos teóricos e históricos desse movimento, com ênfase nas suas consequências práticas.

Os objetivos específicos incluem explorar a formação teórica da constitucionalização do Direito Civil; analisar a incorporação dos princípios constitucionais nas relações privadas e seus efeitos sobre a autonomia das partes e a previsibilidade das relações jurídicas; e delimitar os riscos e as fronteiras desse processo, avaliando seu alcance normativo.

A metodologia adotada será qualitativa, baseada em uma breve revisão bibliográfica crítica da literatura existente sobre o tema. As contribuições da pesquisa se orientam para um melhor entendimento das dinâmicas envolvidas na

constitucionalização do Direito Civil, suas implicações práticas e os limites dessa transformação.

Ao aprofundar a análise dos efeitos da incorporação de princípios constitucionais nas relações privadas, espera-se fornecer elementos que possam orientar a reflexão crítica sobre as mudanças no direito privado e sua interação com os direitos fundamentais. O estudo também visa oferecer subsídios para um debate mais equilibrado sobre a necessidade de limites à expansão dos princípios constitucionais, a fim de preservar a autonomia privada sem comprometer a eficácia dos direitos fundamentais.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: FUNDAMENTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Segundo Tepedino (2006), a Constituição da República de 1988 promoveu uma ruptura estrutural com a dogmática civil tradicional ao deslocar o centro normativo do ordenamento jurídico para a Constituição, dando origem ao fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

Esse processo submeteu o direito privado às escolhas axiológicas do constituinte, superando o paradigma liberal-individualista do século XIX e redefinindo o papel do Direito Civil, que passou a priorizar a tutela da pessoa humana em detrimento da lógica estritamente patrimonial. A incorporação dos direitos da personalidade, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais ao texto constitucional contribuiu para essa ressignificação, reposicionando a dignidade da pessoa humana como valor central do sistema jurídico.

O impacto da constitucionalização manifesta-se, para Trepedino (2004), na transformação axiológica do Direito Civil, fundada na dignidade da pessoa humana como parâmetro interpretativo obrigatório das normas infraconstitucionais.

A validade material da legislação civil passou a depender de sua conformidade com os valores constitucionais, exigindo a releitura dos institutos civilistas à luz da Constituição. Esse movimento também tornou inadequada a tradicional distinção entre direito público e direito privado, típica da codificação oitocentista, substituindo-a por uma diferenciação entre relações jurídicas existenciais e patrimoniais.

Como resultado, a dogmática civil foi reorganizada para valorizar as situações jurídicas existenciais e reduzir a centralidade das categorias patrimoniais clássicas, reafirmando a primazia da pessoa humana no ordenamento jurídico.

De forma complementar, Tepedino (2004) também destaca que, sob essa nova perspectiva, a dogmática do Direito Civil passou a ser presidida por uma distinção axiológica entre pessoa humana e pessoa jurídica, o que reduziu a centralidade de categorias tradicionais como direitos reais e obrigacionais ou a divisão entre direito civil e direito comercial. A reorganização dogmática imposta pela Constituição

conduziu à valorização das situações jurídicas existenciais, deslocando o foco da tutela patrimonial para a proteção da pessoa em sua singularidade, identidade e integridade.

A constitucionalização do Direito Civil também promoveu uma reconfiguração substancial da autonomia privada, substituindo a noção clássica de autonomia da vontade por uma concepção mais complexa e compatível com os valores constitucionais.

Essa transformação afetou simultaneamente os aspectos subjetivo, objetivo e formal da autonomia privada, afastando o modelo abstrato herdado das codificações liberais e impondo uma leitura orientada pela dignidade da pessoa humana (Tepedino, 2004).

Além disso, no plano objetivo, a constitucionalização implicou a prevalência de interesses existenciais sobre os interesses patrimoniais que historicamente orientaram o Direito Civil. O surgimento de novas situações jurídicas, decorrentes do avanço científico e tecnológico, como a engenharia genética, a procriação assistida e a circulação de dados sensíveis, evidenciou a insuficiência das categorias clássicas do direito de propriedade. A tutela da pessoa em relação a informações pessoais e genéticas, por exemplo, demonstra a necessidade de reconstrução dogmática orientada pela dignidade da pessoa humana.

Tepedino (2004) registra que a aplicação direta das normas constitucionais às relações de direito privado encontrou resistência significativa entre civilistas tradicionais, sobretudo no período posterior à promulgação da Constituição de 1988.

Argumentava-se que a constitucionalização reduziria o papel da dogmática própria do Direito Civil e comprometeria sua autonomia científica. Apesar dessas objeções, o autor sustenta que a integração entre Constituição e Direito Civil não implica a supressão da dogmática privatista, mas sua reconstrução em conformidade com os valores fundamentais do ordenamento.

De forma a complementar tais considerações, menciona-se que a constitucionalização do Direito Civil representa, na leitura de Lôbo (1999), a etapa mais significativa do processo de transformação de seus paradigmas conceituais, ao marcar a passagem do Estado liberal para o Estado social.

Esse movimento consiste na elevação dos princípios fundamentais do direito civil ao plano constitucional, condicionando a validade, a interpretação e a aplicação da legislação infraconstitucional às diretrizes constitucionais. A inversão do método interpretativo, pela qual o Código Civil passa a ser lido à luz da Constituição, impôs a superação de uma dogmática patrimonialista e abstrata, exigindo do jurista a centralidade da pessoa humana como critério de reconstrução dos institutos privados.

No âmbito do direito de família, essa transformação resultou em um processo de repersonalização, afastando o predomínio histórico do conteúdo patrimonial e afirmando a afetividade como elemento estruturante das entidades familiares, com tutela jurídica mínima orientada pela liberdade de constituição, convivência e dissolução, bem como pela rejeição do modelo patriarcal que concentrava a cidadania plena na figura do chefe da família.

No que se refere ao direito de propriedade, Lôbo (1999) assinala que a constitucionalização rompeu definitivamente com a concepção absolutista e individualista típica do Estado liberal, introduzindo uma dimensão coletiva como elemento integrante do próprio direito.

A Constituição passou a garantir a propriedade privada ao mesmo tempo em que condicionou seu exercício ao atendimento da função social, estabelecendo uma limitação interna positiva que incide sobre a existência e o conteúdo do direito. O interesse individual somente se legitima quando realizado em consonância com o interesse social, sendo incompatível com a inércia, a inutilidade econômica e a especulação.

Essa nova conformação afasta a ideia de domínio como poder ilimitado e impõe ao titular deveres positivos de utilização socialmente adequada, ampliando ainda o conceito constitucional de propriedade para abranger não apenas bens corpóreos, mas também a atividade econômica, o controle empresarial, os ativos mobiliários e as propriedades intelectuais, todos igualmente submetidos ao mandamento da função social.

No campo contratual, a constitucionalização também produziu efeitos relevantes ao subordinar a autonomia privada aos valores constitucionais, sem eliminá-la como categoria central do direito civil. Conforme destaca Lôbo (1999), o contrato deixou de ser compreendido como instrumento exclusivamente voltado à circulação de riquezas entre sujeitos formalmente iguais, passando a ser interpretado à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade material e da solidariedade social.

Essa mudança não implicou a negação da liberdade contratual, mas sua reconfiguração em moldes compatíveis com o Estado social, exigindo que a autorregulação dos interesses privados respeite limites constitucionais que protegem a parte vulnerável e asseguram a justiça das relações obrigacionais.

Assim, a constitucionalização redefine os pilares do Direito Civil, integrando família, propriedade e contrato em uma dogmática orientada pela centralidade da pessoa humana e pela função social dos institutos jurídicos.

A análise articulada das formulações de Lôbo (1999) e Tepedino (2004) permite compreender a constitucionalização do Direito Civil como um processo convergente de reorganização axiológica e metodológica da dogmática privatista.

Em Lôbo, evidencia-se a elevação dos princípios fundamentais do direito civil ao plano constitucional como marco da transição do Estado liberal para o Estado social, impondo a leitura do Código Civil à luz da Constituição e redefinindo os pilares da família, da propriedade e do contrato a partir da centralidade da pessoa humana.

Em Tepedino (2004), por sua vez, essa mesma centralidade manifesta-se na reconstrução sistemática do Direito Civil mediante a dignidade da pessoa humana, operando como princípio estruturante que condiciona a validade e o sentido das normas infraconstitucionais, ao mesmo tempo em que exige critérios dogmáticos para a incidência dos princípios constitucionais nas relações privadas.

A correlação entre ambos revela que a constitucionalização não representa a dissolução da dogmática civil, mas sua reorientação funcional, na qual a proteção da pessoa humana e a realização de interesses existenciais assumem primazia, sem afastar a necessidade de preservação da autonomia privada e da segurança jurídica como elementos constitutivos do direito privado no Estado Constitucional.

LIMITES E CRÍTICAS À EXPANSÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO DIREITO CIVIL: TENSÕES ENTRE CONSTITUCIONALIZAÇÃO, AUTONOMIA PRIVADA E SEGURANÇA JURÍDICA

Mesmo após o reconhecimento generalizado da força normativa da Constituição, a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações de direito privado passou a enfrentar objeções consistentes na doutrina civilista, especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Conforme analisa Tepedino (2006), embora a constitucionalização do Direito Civil tenha sido apresentada como consequência necessária da centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, sua operacionalização prática revelou limites teóricos e dogmáticos que não podem ser ignorados. O debate deslocou-se, assim, do reconhecimento abstrato da normatividade constitucional para a discussão acerca dos critérios e das fronteiras de sua incidência no âmbito das relações interindividuais.[1]

Nesse contexto, uma das críticas mais recorrentes refere-se à natureza dos princípios constitucionais enquanto normas voltadas primordialmente à organização política e social do Estado.

A utilização direta desses princípios para regular relações privadas implicaria uma indevida substituição do legislador ordinário, a quem compete disciplinar o direito civil de forma específica e sistemática. Essa objeção assenta-se na ideia de que a Constituição estabelece diretrizes gerais, enquanto a conformação concreta das relações privadas deveria permanecer no âmbito da legislação infraconstitucional, sob pena de ruptura da lógica tradicional da separação de competências normativas.

1 Mesmo admitindo-se difusamente a força normativa da Constituição, a aplicação direta dos princípios constitucionais, cujo conteúdo normativo foi proclamado pelos civilistas há vinte anos, nas relações de direito privado encontrou na doutrina e jurisprudência críticas que podem ser agrupadas em quatro objeções centrais: (i) os princípios constitucionais, mesmo tomados como preceitos normativos, constituem-se em normas de organização política e social e, portanto, valer-se deles para a regulamentação das relações jurídicas interindividuais traduziria verdadeiro salto sobre o legislador ordinário, ao qual é dado disciplinar o direito privado; (ii) a baixa concretude dos princípios constitucionais, suscitaria exagerada e por vezes perigosa subjetividade dos juízes; (iii) as normas constitucionais sujeitam-se a reformas, compromissos e contingências políticas, ao contrário das normas do direito privado, muito mais afeitas à estabilidade própria da sua dogmática, em grande parte herdada, quase de forma intacta, desde o direito romano; e (iv) o controle de merecimento de tutela imposto pela aplicação automática das normas constitucionais, para além do juízo de ilicitude dos atos em geral, representaria uma ingerência valorativa indevida nos espaços privados, reduzindo o campo das escolhas e liberdades individuais (Tepedino, 2004, p. 169).

Além disso, destaca-se a crítica relacionada ao grau de abstração dos princípios constitucionais, apontado como fator de ampliação excessiva da discricionariedade judicial. A baixa densidade normativa desses princípios, quando aplicada diretamente às relações privadas, pode favorecer decisões marcadas por elevado grau de subjetividade.

Tal cenário desloca o centro de gravidade do sistema jurídico da lei para o intérprete, atribuindo ao julgador papel determinante na definição do conteúdo normativo aplicável ao caso concreto, com impactos relevantes sobre a previsibilidade das decisões judiciais.

Ademais, como observa Schmidt (2015), há situações em que a Constituição pouco ajudaria nos casos de direito privado. Como as originárias de relação de cidadãos privados, nas quais ambos podem evocar direitos fundamentais.

A esse argumento soma-se a preocupação com a estabilidade normativa, tradicionalmente associada ao Direito Civil. As normas constitucionais encontram-se sujeitas a processos de reforma, bem como a contingências políticas próprias do jogo democrático, enquanto o direito privado caracteriza-se por uma continuidade dogmática construída historicamente, em grande parte herdada do direito romano.

A aplicação direta de princípios constitucionais às relações privadas, nesse sentido, suscita receios quanto à fragilização dessa estabilidade, elemento considerado essencial para a segurança jurídica e para a confiança nas relações civis.

Esse controle valorativo, fundado em parâmetros constitucionais amplos, pode reduzir o campo das escolhas privadas, ao submeter condutas lícitas a avaliações axiológicas externas à lógica própria do direito civil clássico.

A partir dessa perspectiva, a autonomia privada passa a ser vista como progressivamente condicionada por juízos de conformidade constitucional, o que suscita críticas quanto à extensão desse controle. A ingerência valorativa decorrente da constitucionalização tende a reconfigurar o espaço decisório dos particulares, impondo limites que nem sempre decorrem de normas legais específicas, mas de interpretações principiológicas amplas. Esse fenômeno desafia a concepção tradicional da autonomia privada como esfera legítima de autorregulação dos interesses individuais.

Não obstante, Reis (2017) ressalta que tais objeções não se dirigem necessariamente à constitucionalização em si, mas a sua aplicação a crítica e indiscriminada. O problema central reside na ausência de critérios dogmáticos claros para a incidência dos princípios constitucionais nas relações privadas. Sem parâmetros normativos definidos, corre-se o risco de transformar a Constituição em fonte genérica de soluções casuísticas, afastando o Direito Civil de sua função sistematizadora.

Sobre isso, Schmidt (2015), aponta a invocação frequente da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro. Onde, por exemplo, a dignidade humana poderia justificar o direito à indenização da vítima de um acidente de carro, mas não conseguiria apresentar soluções para questionamentos posteriores, como a

negligência de quem causou o dano, a análise da possível negligência da vítima e a ocorrência de outro acidente a caminho do hospital. Questionamentos que precisariam de respostas de doutrinas específicas para o caso.

Dessa forma, a crítica à expansão dos princípios constitucionais no Direito Civil também envolve a preservação da racionalidade dogmática do sistema. A constitucionalização não deve implicar a dissolução das categorias civilistas, mas sua reconstrução controlada à luz da Constituição. O desafio consiste em compatibilizar a força normativa dos princípios constitucionais com a necessidade de previsibilidade, coerência e estabilidade próprias do direito privado.

Assim, os limites da constitucionalização do Direito Civil revelam-se na necessidade de equilibrar a incidência dos princípios constitucionais com a preservação da autonomia privada e da segurança jurídica.

Outrossim, como pondera Ávila (2009), o texto constitucional de 1988 reserva ao Poder Legislativo competência de regular, por meio de lei, inúmeras matérias. Sendo assim, o uso de princípios constitucionais em situações em que há regras compatíveis com a Constituição ultrapassaria a interpretação teleológica em abandono da hipótese legal. De forma que, estar-se-ia diante de um paradoxo. A interpretação, o uso de princípios constitucionais em detrimento das regras, carregaria, em si, violações aos princípios da democracia, legalidade e separação dos Poderes.

Ainda, Reis (2017) demonstra que a expansão substancial, quando desacompanhada de critérios dogmáticos rigorosos, pode gerar distorções interpretativas e reduzir a funcionalidade do sistema civil. A reflexão crítica sobre esses limites constitui, portanto, etapa indispensável para a consolidação de um Direito Civil constitucionalizado que permaneça fiel à sua tradição dogmática sem afastar-se das exigências do Estado Constitucional.

Em suas reflexões críticas, Lôbo (1999) problematiza a tendência doutrinária de acentuar de forma excessiva os efeitos da constitucionalização do Direito Civil, apontando para uma hipérbole teórica que, em certos discursos, atribui à Constituição a absorção integral do direito privado.

A afirmação segundo a qual o Direito Civil teria se convertido em direito constitucional aplicado é recebida pelo autor com reservas, na medida em que sugere uma dissolução da autonomia conceitual e metodológica do direito privado.

Embora reconheça a intensidade das transformações promovidas pela Constituição, Lôbo adverte que tal formulação extrema obscurece a permanência de categorias próprias do Direito Civil e pode conduzir a uma leitura reducionista, como ressaltado, incapaz de distinguir adequadamente a incidência dos princípios constitucionais da subsistência de uma dogmática civil específica.

As críticas formuladas à constitucionalização do Direito Civil convergem na advertência contra leituras acríticas e expansivas dos princípios constitucionais no âmbito das relações privadas. Existe, portanto, a necessidade de preservar a racionalidade dogmática do Direito Civil, defendendo uma constitucionalização metodologicamente controlada, capaz de assegurar a centralidade da pessoa humana sem comprometer a segurança jurídica e a coerência do sistema privatista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa evidenciou que a constitucionalização do Direito Civil constitui um marco relevante na reorganização axiológica e metodológica do direito privado brasileiro, ao deslocar o centro interpretativo da legislação civil para a Constituição.

Verificou-se que esse processo promoveu a centralidade da pessoa humana, redefiniu os fundamentos dos institutos civis tradicionais e ampliou a incidência dos princípios constitucionais nas relações privadas. Ao mesmo tempo, constatou-se que a incorporação desses princípios não implica a supressão da dogmática civil, mas exige sua reconstrução à luz dos valores constitucionais, preservando categorias próprias do direito privado e reconhecendo sua função na conformação das relações jurídicas interindividuais.

Concluiu-se, ainda, que a expansão dos princípios constitucionais no Direito Civil encontra limites necessários à manutenção da autonomia privada e da segurança jurídica. A pesquisa demonstrou que a aplicação indiscriminada da principiologia constitucional pode gerar indeterminação normativa, ampliar excessivamente o espaço decisório do intérprete e comprometer a previsibilidade das relações jurídicas.

Nesse sentido, os resultados apontam para a necessidade de uma constitucionalização controlada, pautada por critérios dogmáticos rigorosos, capaz de harmonizar a força normativa da Constituição com a estabilidade e a coerência do sistema civil, assegurando a proteção da pessoa humana sem esvaziar os espaços legítimos de liberdade privada.

Esta pesquisa respondeu à problemática inicialmente apresentada ao demonstrar que a constitucionalização do Direito Civil configura uma evolução quando orientada pela centralidade da pessoa humana e pela função integradora dos princípios constitucionais na tutela das relações privadas, permitindo a superação de um modelo estritamente patrimonialista e abstrato.

Contudo, evidenciou-se que esse mesmo processo pode representar um risco à autonomia privada e à segurança jurídica quando aplicado de forma indiscriminada, sem critérios dogmáticos claros, ampliando a indeterminação normativa e a margem interpretativa do julgador.

Assim, concluiu-se que a constitucionalização deve operar de maneira controlada e sistematicamente fundamentada, de modo a conciliar a força normativa da Constituição com a preservação da previsibilidade e da liberdade decisória próprias do Direito Civil.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 18 de dezembro de 2025.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

LEAL, Fernando. **Seis objeções ao direito civil constitucional.** R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 22, p. 91–150, mai./ago. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 141, p. 99-109, 1999.

REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 11, p. 213–238, abr./jun. 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; Rodas, Sergio. Interview with Reinhard Zimmermann and Jan Peter Schmidt. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. N. 2. v. 4. p. 379-413. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano IV, n. 4 e Ano V, n. 5, p. 167-176, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Direito do Estado**, v. 2., p. 37–53, 2006.

Capítulo 07

O Instituto do "Construction Lien" na Perspectiva Jurídica Brasileira

The Construction Lien System Through the Brazilian Legal Perspective

Marcelo Puccini Caminha Filho

Resumo: Ao redor do mundo, diversos países incorporaram aos seus sistemas jurídicos o instituto dos "liens" para assegurar direitos creditícios, consistente na gravação do título de propriedade de bem, ou equivalente, com ônus real restritivo do direito de dispor subsistente até a satisfação da obrigação subjacente. Dentre suas diversas espécies, o "construction lien" sobressai-se como um dos mais um dos de maior uso e utilidade. Trata-se de uma modalidade de "lien" aplicável a créditos originados em contratos de empreitada e afins. No presente estudo, buscou-se apresentar uma visão geral deste instituto, conforme legislação condensada de várias jurisdições, e, a partir dessa contextualização, analisar a possibilidade e conveniência de adequação da sua sistemática ao sistema registral imobiliário brasileiro. Para tanto, foi realizada uma revisão da bibliografia e dos diplomas legislativos estrangeiros e nacionais pertinentes.

Palavras-chave: ônus real; gravame; benfeitorias; empreitada; direito comparado.

Abstract: All around the world, multiple countries have incorporated into their legal systems the lien system to secure credit rights, consisting of the encumbering of a property title or deed with a lien, preventing the sale of the property until the satisfaction of the underlying obligation. Amongst its many species, the construction lien stands out as one of the most used and useful. It is a type of lien applicable to credits derived from building and renovation contracts. In this study, an overview of this tool was presented, according to the condensed legislation of several jurisdictions, and, from this contextualization, an analysis was performed regarding the possibility and the convenience of an adaptation of this institute to the Brazilian real estate registry. To that end, a bibliographical and legislative review was conducted using foreign and local legislation.

Keywords: lien; encumbrance; improvements; building contract; comparative law.

INTRODUÇÃO

O sistema de oneração de bens, especialmente imóveis, pela gravação do seu título de propriedade ou equivalente com o chamado "*lien*" possui longínquas raízes históricas, tratando-se de instituto clássico nos ordenamentos jurídicos de tradição anglo-americana (*common law*). Tratando-se de gênero, suas espécies diferem principalmente em origem, procedimento de instituição e prioridade no concurso creditório. Dentre elas, sobressai-se em popularidade de uso e em utilidade o "*construction lien*", uma modalidade que se fundamenta em um crédito oriundo de um contrato de empreitada ou em qualquer prestação de serviços de construção ou manutenção de bens, ou de fornecimento de materiais para tanto.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.7

A instituição de um "*construction lien*" compreende uma sequência de atos destinados a assegurar a legitimidade e a autenticidade do crédito, bem como a publicidade e contraditório, visando a mitigação do risco de potenciais prejuízos. No entanto, o seu arquivamento junto ao título de propriedade dispensa intervenção judicial, o que contrasta com as averbações publicitárias e constritivas no sistema registral brasileiro. Essa flexibilização no formalismo registral não impede que o instituto seja amplamente difundido nos sistemas jurídicos ao redor do mundo. Esses múltiplos exemplos, somados à relevância do crédito advindo da prestação de serviços de empreitada e/ou de fornecimento de materiais, que, em sua razão de ser (conservação do bem), equipara-se às cotas condominiais, conduz ao questionamento quanto à possibilidade e à conveniência de adaptar o instituto do "*construction lien*" ao sistema registral imobiliário brasileiro.

No presente estudo, abordou-se, a partir da revisão bibliográfica e legislativa de fontes nacionais e estrangeiras, a sistemática do "*lien*" e do "*construction lien*", seu histórico, procedimento e efeitos. Em comparação com o sistema registral imobiliário brasileiro, avaliaram-se as vantagens de sua adaptação e incorporação e, ao final, elaborou-se proposta nesse sentido.

O SISTEMA DE "LIENS"

Um "*lien*"[1] é, na definição fornecida Legal Institute Information, mantido pela Cornell University, um interesse ou direito adquirido sobre a propriedade de outrem por um credor ou titular do "*lien*" que, em geral, previne a venda da propriedade até a satisfação da obrigação originária e autoriza a venda forçada do bem em caso de inadimplência.[2] Trata-se de instituto comum aos sistemas jurídicos de diversos países, especialmente aqueles influenciados pelo sistema da *common law*, como o Canadá[3], a Austrália, o Reino Unido e os Estados Unidos da América. Dadas as peculiaridades das legislações locais, que, por vezes, contemplam variações interestaduais ou interregionais, não há como estabelecer um conceito específico e, simultaneamente, abrangente de "*lien*", visto que o termo compreende um gênero de ônus reais que convergem apenas na sua função uniforme de garantia. Trazida para a realidade brasileira, o instituto do "*lien*" transita entre uma espécie de gravame[3] e a total indisponibilidade do imóvel.

1 Etimologicamente, "lien" deriva do francês antigo "lien" ou "loyen", significando ligação ou constrição, e, originariamente, do latim "ligamen", significando ligação2.

2 "A lien is a security interest or legal right acquired in one's property by a creditor, or lienholder. A lien usually prevents sale of the property until the underlying obligation to the creditor is satisfied. If the underlying obligation is not satisfied, the creditor may be able to take possession of the property involved."2

3 Como explicam Sérgio Jacomino e Nataly Cruz: "A expressão "gravame" originariamente e em seu sentido lato referia-se à ofensa, afronta, agravo, injuria. Ao longo do tempo ela experimentou uma extensão de significados, alcançando situações como os ônus que recaem sobre direitos, restringindo o seu pleno exercício, como as constrições judiciais. É também entendido como ônus que recaem sobre ativos financeiros e valores mobiliários, direitos de garantia sobre veículos automotores etc."4

Edward H. Cushman (*1932*) relata que o "*lien*" possui suas raízes remotas na Lei das Doze Tábuas e em uma provisão do Imperador Marcus Aurelius que estabelecia o direito de hipoteca em favor de quem emprestasse dinheiro para a restauração de um prédio. A sistemática, segundo o mesmo autor, pode ser encontrada também no Código Napoleônico. Nos Estados Unidos da América, a primeira legislação promulgada sobre o tema o foi no Estado de Maryland, em *19* de dezembro de *1791*, garantindo ao empreiteiro o direito de gravar com "*lien*" a propriedade trabalhada[5]. O "*lien*" constitui um gênero de constrições que convergem na finalidade de assegurar um direito creditório pela imposição de restrições ao direito de dispor da propriedade, publicizadas pela gravação do título de propriedade do bem ou de outro instrumento equivalente no sistema jurídico. Também é comum que a inadimplência do crédito garantido por "*lien*" permita a a*lien*ação forçada do bem com a reserva do valor arrecadação para a quitação da dívida. Divergem as espécies de "*lien*", no entanto, quanto aos motivos e formas de sua constituição.

Os "*lien*s" podem ser classificados em voluntários e involuntários. Dentre os voluntários, podem ser citados, a título de exemplo, o "mortgage *lien*", que corresponde ao instituto brasileiro da hipoteca, e os "*lien*s" colocados sobre bens de natureza móvel, como automóveis, que equivaleriam ao penhor*6*. Já entre os involuntários, podem ser mencionados o "tax *lien*", advindo de um débito tributário, o "judgement *lien*", decorrente de ordem judicial, e o próprio "*construction lien*"[6]. Os "*lien*s" também podem ser divididos em gerais ou específicos, a depender se atingem a totalidade dos bens do devedor ou apenas um bem específico[7]. No ponto, equivalem às indisponibilidades gerais ou específicas previstas na lei registral brasileira.

O "*CONSTRUCTION LIEN*" E SEU PROCEDIMENTO DE INSTITUIÇÃO

"*Construction lien*", também chamado de "*mechanic's lien*", "*laborer's lien*", or "*artisan's lien*"[4] é uma espécie de "*lien*" que salvaguarda os interesses creditícios de alguém que empregou recursos laborais ou materiais na construção ou reforma de um bem (usualmente um imóvel, mas também outros, como automóveis). O instituto é comum a várias jurisdições e, em geral, trata-se de direito exercido com base legal, dispensando previsão contratual específica[8].

O "*construction lien*" consiste em modalidade de oneração que, por sua utilidade, foi amplamente adotado. Nos Estados Unidos da América, todos os Estados federados possuem legislação própria o instituindo, datadas do final do século XIX e do início do século XX[9]. O procedimento de instituição de um "*construction lien*" varia conforme o Estado e o país cuja legislação é analisada. Em geral, o início de uma obra coincide com o arquivamento nos registros do condado ou cidade de um "*notice of commencement*", ou aviso de início, no qual são informados o nome e endereço do proprietário; o nome e endereço dos prestadores; nome e

4 Respectivamente, em tradução livre, "lien de construção", "lien do mecânico", "lien do trabalhador" e "lien do artesão".

endereço da instituição financiadora e do fiador, se existirem; descrição do projeto e da sua localização; data de início e de previsão de finalização[10]. Esse documento, obrigatório em algumas localidades, costuma instruir os pedidos de licença de construção submetidos aos órgãos municipais. Dentre suas finalidades está lastrear eventual pedido de arquivamento de "*lien*" sobre a propriedade e evitar a dupla cobrança do mesmo serviço ou materiais[10].

Na sequência, um "*notice to owner*", ou aviso ao proprietário, é entregue ao titular do imóvel, informando-o sobre o trabalho a ser desempenhado na propriedade, e sobre a possibilidade e o procedimento de arquivamento do "*lien*" de construção[11]. Trata-se de uma notificação preliminar e essencial à identificação do prestador de serviço, especialmente nos casos de subcontratação[12]. Ocorrendo a inadimplência, o fornecedor deve registrar um "*Claim of Lien*", ou reivindicação de oneração, perante o registro de imóveis, ou instituição equivalente, por meio do preenchimento de um formulário e arquivando-o junto ao título de propriedade perante o órgão registral[13].

O "*CONSTRUCTION LIEN*" COMO POTENCIAL ADIÇÃO AO DIREITOS REGISTRAL IMOBILIÁRIO BRASILEIRO

Embora o instituto do "*construction lien*" tenha ampla presença nos ordenamentos jurídicos a*lien*ígenas, não há ferramenta equivalente no Direito Brasileiro. Põem-se, portanto, as questões da possibilidade e da conveniência da importação desse sistema ou da adaptação de uma estrutura semelhante.

O sistema registral imobiliário brasileiro admite, pela não taxatividade dos atos averbáveis na matrícula imobiliária, conforme art. *246* da Lei n° *6.015*, de *1973*, o ingresso no acervo imobiliário de averbações premonitórias (art. *799*, inc. IX, da Lei nº *13.105*, de *2015*) e de indisponibilidades em geral decretadas judicialmente[14]. Mais do que isso, o ordenamento impõe a averbação em caráter de notícia na matrícula do imóvel como requisito para a eficácia do direito perante terceiros, no que se convencionou chamar de princípio da concentração[15], consagrado no art. *54* da Lei nº *13.097*, de *2015*. Dessa forma, os créditos decorrentes de contrato de prestação de serviços de manutenção e de empreitada, bem como de fornecimento de materiais para tanto, podem receber publicidade registral pelo ingresso mediante averbação na matrícula imobiliária.

Duas particularidades, no entanto, demandam atenção. A primeira é o fato de que essa providência demanda tutela jurisdicional, o que reduz a sua eficácia e aumenta o seu custo geral. A segunda é a natureza, discutivelmente, *propter rem* do crédito do prestador no contrato de empreitada.

Do Procedimento para Instituição de "Construction Lien" e Suas Vantagens em Relação ao Procedimento de Oneração Brasileiro

Como relatado no capítulo *2*, o procedimento de instituição de um "*construction lien*" ocorre em várias etapas, concebidas para garantir a legitimidade e a autenticidade da oneração, a fim de garantir segurança ao titular da propriedade e ao do crédito. Para tanto, são estabelecidos – de forma geral, dada as diferenças de legislação – (*1*) um momento de consensualidade, consistente no "*notice of commencement*" arquivado pelo proprietário junto aos órgãos municipais; (*2*) uma comunicação preliminar informativa, consistente no "*notice to owner*"; e (*3*) a notificação direta do proprietário do "*claim of lien*", oportunizando o pagamento purgativo ou a busca por tutela jurisdicional protetiva. Além disso, a oneração do título de propriedade por um "*lien*" não implica, por si só, a expropriação do bem. Ela produz a indisponibilidade específica e temporária do bem, que depende do ajuizamento de ação judicial para conduzir ao "foreclosure", ou à execução, do "*lien*"[13]. Ausente essa intervenção judicial, o "*lien*" perderá sua eficácia.

Dessa forma, apesar do seu arquivamento dispensar atuação jurisdicional, percebe-se uma cautela significativa na garantia da higidez do crédito e na mitigação do risco de potenciais prejuízos ao titular da propriedade. Embora os sistemas de registro imobiliário que contemplam esse instituto não sejam de mesma natureza que o brasileiro, servindo aqueles, no mais das vezes, como mero repositório de títulos, a busca por eficiência é um objetivo comum, e a extrajudicialização tem servido, no Brasil, como uma ferramenta importante na sua consecução.

Da Natureza do Crédito Garantido pelo *"Construction Lien"*

O contrato de empreitada, e outros similares, caracteriza-se pelo emprego de mão-de-obra e/ou de materiais na construção ou na conservação de bem imóvel de terceiro. Como tal, a obrigação de contraprestação pecuniária é contraída com o intuito de adimplir obrigação de natureza *propter rem*, consubstanciada naquela que recai sobre o titular de direito real de manter a coisa.

Bunazar[16] explica que a obrigação *propter rem* tem como função a conservação do objeto da situação jurídica que gerou a obrigação. Trata-se de obrigação inerente à titularidade de uma posição jurídica ativa (como a propriedade) de adimplemento de uma benfeitoria necessária à existência e manutenção da condição de uso da coisa. Típico é o exemplo da contribuição condominial, que advém do dever do coproprietário de contribuir para as despesas de conservação da coisa, conforme art. *1.315* da Lei nº *10.406*, de *10* de janeiro de *2002*.

Da mesma forma, o proprietário, ou demais titulares de direitos reais, que celebra contrato de empreitada com o objetivo de promover benfeitorias necessárias no imóvel o faz em cumprimento à obrigação *propter rem* que advém da sua situação júri-real. Não se justifica, portanto, distinção entre os créditos decorrentes de contribuições condominiais inadimplidas e o de relações negociais que envolvam prestação de serviços ou fornecimento de materiais para a conservação de bem

imóvel. Dessa forma, o mesmo regime jurídico aplicável à cobrança de cota condominial, excepcionadas as particularidades relacionadas à formalidade da constituição do crédito, deve incidir nessa outra hipótese.

Essa correspondência se torna relevante na análise da potencial aplicação da regra exceptiva prevista no inc. IV do art. *3º* da Lei nº *8.009*, de *29* de março de *1990*[17].

Cumpre sa*lien*tar que, de início, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conferindo interpretação literal ao dispositivo, entendeu que a referida exceção à impenhorabilidade do bem de família atingia apenas impostos, taxas e contribuições de natureza tributária, afastando a interpretação extensiva que alcançava as cotas condominiais[18, 19]. Em *1997*, no entanto, quando do julgamento do Recurso Especial nº *150*.*379*/MG, os integrantes da Quarta Turma alteraram o seu posicionamento, passando a compreender o termo "contribuição" em sentido amplo, abrangendo também as contribuições condominiais. Para tanto, foi levantada a natureza *propter rem* das cotas condominiais e argumentado pelo Ministro Relator, Barros Monteiro, que a interpretação restritiva implicaria enriquecimento sem justa causa do condômino inadimplente. Em complemento, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar arguiu duas questões: a injustiça de obrigar os demais condôminos a arcarem sozinhos com as despesas comuns e o potencial prejuízo à conservação dos prédios. Reforçou também a questão da obrigação *propter rem*, nos seguintes termos:

> Além disso, devemos considerar dois pontos: a obrigação surge da própria coisa, vinculando o proprietário ao pagamento das despesas que decorrem da existência do bem imóvel e do seu uso, sendo razoável acreditar que o imóvel é a garantia do pagamento das despesas que ele gera; o crédito em favor do condomínio não decorre de uma opção do credor (que por isso, na normalidade das relações obrigacionais, deve sofrer as consequências de haver escolhido negociar com um devedor inadimplente), mas se impõe pela só existência do condomínio (...)[20]

Essa posição interpretativa ampliativa fixou-se no panorama jurisprudencial brasileiro, tornando-se consolidada. No entanto, as mesmas razões que justificam a extensão do conteúdo da norma exceptiva para abranger também as contribuições condominiais existem em relação aos créditos advindos da prestação de serviços e fornecimento de materiais empregados na conservação do imóvel.

Proposta de Adaptação do "*Construction Lien*" ao Sistema Registral Imobiliário Brasileiro

Vislumbradas as vantagens do sistema estrangeiro de oneração e a sua compatibilidade com os fundamentos e princípios registrais no Brasil, é possível e conveniente desenhar uma proposta de adaptação do instituto. O maior acréscimo em eficiência advém da extrajudicialização da averbação que noticia a existência de débito. Para incorporar essa sistemática sem prejuízo à verificação de legitimidade

e autenticidade do crédito, é indispensável que haja elemento de consensualidade na sua constituição, o que pode ser materializado em contrato escrito, com reconhecimento de firmas, em que estejam descritos os serviços prestados e o seu valor.

O adimplemento por parte do contratado poderia ser certificado por ata notarial nos termos do art. *7º*-A da Lei nº *8.935*, de *18* de novembro de *1994*[21]. Essa etapa, no entanto, não parece ser necessária. Isso porque a averbação do "*construction lien*" não conduz, por si só, à fase expropriatória do imóvel, a qual depende de intervenção judicial – momento em que é aberto o contraditório e que é adequado à produção probatória. A inscrição possui, nesse momento, mera carga publicitária, de notícia, assegurando a ciência de terceiros da existência de um crédito.

Nesse sentido, é pertinente o estabelecimento de um prazo para o ajuizamento da ação expropriatória – no Direito a*lien*ígena, o "foreclosure" –, em procedimento similar ao do requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente previsto no art. *303* da Lei nº *13.105*, de *13* de março de *2015*, porém com o transcurso extrajudicial da etapa preliminar. Essa medida assegura a caducidade da averbação onerativa e, por consequência, adiciona uma camada de proteção ao titular do direito real registrado.

Embora afastada, em um primeiro momento, a intervenção judicial, a qualificação registral do título apresentado é suficiente para assegurar a sua higidez. Conveniente adicionar a intimação dos titulares de direitos reais sobre o imóvel, a ser realizada pelo Oficial de Registro de Imóveis ou de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas, em sistemática análoga à do procedimento de a*lien*ação fiduciária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, realizado a partir da revisão das fontes bibliográficas e legislativas estrangeiras e nacionais sobre o sistema de "*construction lien*", permitiu compreender o seu conceito, histórico, procedimento e efeitos. Verificou-se que esse sistema de oneração de bens, notadamente imóvel, pelo arquivamento junto ao título de propriedade, ou documento equivalente, de um "*lien*" (um ônus) relacionado a um crédito decorrente de contrato de empreitada, possui longa tradição e está presente em diversos sistemas jurídicos ao redor do mundo.

Da análise do seu procedimento, foi possível verificar que são estabelecidas várias etapas sequenciais a fim de garantir a legitimidade e a autenticidade do crédito objeto do "*lien*", resguardando os direitos do titular do crédito e dos titulares de direitos reais sobre o imóvel. Em comparação com o sistema de averbações premonitórias brasileiro, foi possível vislumbrar um ganho de eficiência decorrente procedimento preliminar extrajudicializado, sem, aparentemente, aumento de risco de prejuízo aos envolvidos, o que se garante pela consensualidade, pelo contraditório e, em especial, pela temporariedade da oneração, que exige uma segunda etapa judicial para resultar na expropriação do imóvel.

Diante dessas vantagens, desenhou-se proposta de incorporação desse instituto ao direito registral imobiliário brasileiro, aproveitando-se da estrutura jurídica já existente, com o fim de maximizar a eficiência do sistema.

REFERÊNCIAS

1. Lien. In: Merriam-Webster Dictionary [Internet]. Springfield (MA): Merriam-Webster; c2024 [cited 2024 Sep 24]. Available from: https://www.merriam-webster.com/dictionary/lien

2. Lien. In: Legal Information Institute [Internet]. Ithaca (NY): Cornell Law School; c2024 [cited 2024 Sep 24]. Available from: https://www.law.cornell.edu/wex/lien

3. Government of Canada. Debt collection at the CRA — putting a lien on or seizing your assets [Internet]. Ottawa (ON): Canada Revenue Agency; c2024 [cited 2024 Sep 27]. Available from: https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/about-canada-revenue-agency-cra/when-you-money-collections-cra/personal-debt/legal-warning/putting-lien-on-seizing-your-assets.html

4. Jacomino S, Cruz N. SREI – ontologia titular: ônus, gravames, encargos, restrições e limitações. Versão 1.6 [Internet]. NEAR-lab; 2021 Nov 9 [cited 2024 Sep 24]. Available from: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/11/FB4065A49350A6_2021.11.09-GRAVAME.pdf

5. Cushman E. The proposed uniform mechanics' lien law. Univ Pa Law Rev Am Law Reg. 1932 Jun;80(8).

6 Arvanitakis Law Group. Four types of liens that can be placed on your home [Internet]. [place unknown]: Arvanitakis Law Group; c2024 [cited 2024 Oct 4]. Available from: https://alg-legal.com/four-types-of-liens-that-can-be-placed-on-your-home/

7. Kass C. A guide to property liens and how they affect you [Internet]. [place unknown]: Vanguard Title Company; c2024 [cited 2024 Oct 4]. Available from: https://vgtitle.com/a-guide-to-property-liens-and-how-they-affect-you/

8. Construction lien. In: Legal Information Institute [Internet]. Ithaca (NY): Cornell Law School; c2024 [cited 2024 Sep 24]. Available from: https://www.law.cornell.edu/wex/construction_lien

9. Dudley FR, Buzzett WA, Kaveney D. Construction lien law reform: the equilibrium of change. Fla State Univ Law Rev [Internet]. 1990–1991;18(2):257–266 [cited 2024 Oct 1]. Available from: https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2388&context=lr

10. Jenkins. A comprehensive guide to Florida's notice of commencement [Internet]. [place unknown]: Blue Notary; c2024 [cited 2024 Oct 4]. Available from: https://bluenotary.us/a-comprehensive-guide-to-floridas-notice-of-commencement/

11. Oregon Construction Contractors Board. Information notice to owner about construction liens [Internet]. Salem (OR): State of Oregon; c2024 [cited 2024 Oct 4]. Available from: https://www.oregon.gov/ccb/Documents/information%20notice%20to%20owner%20about%20construction%20liens.pdf

12. SunRay Construction Solutions LLC. What is a notice to owner/notice to contractor in the state of Florida? [Internet]. YouTube; 2017 [cited 2026 Jan 29]. Available from: https://www.youtube.com/watch?v=5BdSxEPh-DQ

13. Building Industry Association of Washington. How to file a lien [Internet]. Olympia (WA): BIAW; c2021 [cited 2024 Oct 4]. Available from: https://www.biaw.com/wp-content/uploads/2021/02/Lien-Memo-Revised.pdf

14. Sarmento Filho ESC. Direito registral imobiliário: sujeitos, imóveis e direitos inscritíveis de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.465/2017. Vol. 2. 1st ed. Curitiba: Juruá; 2018.

15. Sarmento Filho ESC. Direito registral imobiliário: sujeitos, imóveis e direitos inscritíveis de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.465/2017. Vol. 1. 1st ed. Curitiba: Juruá; 2018.

16. Bunazar MB. Da obrigação propter rem [dissertation] [Internet]. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo; 2012 [cited 2024 Oct 4]. Available from: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-06022014-140824/publico/DISSERTACAO_MESTRADO_MAURICIO_B_BUNAZAR_Da_obrigacao_propter_rem.pdf

17. Brasil. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da União. 1990 Mar 30.

18. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 52.156/SP. Bem de família. Relator: Fontes de Alencar. Quarta Turma. Julgado em 23 ago 1994. Diário da Justiça. 1994 Oct 10:27179.

19. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 82.563/RJ. Execução. Bem de família. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. Julgado em 12 fev 1996. Diário da Justiça. 1996 Apr 8:10477.

20. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 150.379/MG. Penhora. Bem de família. Relator: Barros Monteiro. Quarta Turma. Julgado em 24 nov 1997. Diário da Justiça. 1997 Dec 15:66453. Republicado em 1998 Mar 9:125.

21. Brasil. Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal. Diário Oficial da União. 1994 Nov 21:17500.

Capítulo 08

Quando o Combate à Litigância Predatória se Torna Predatório: Função Social do Processo Civil e Proteção do Hipervulnerável no Civil-Constitucionalismo Brasileiro

When the Fight Against Predatory Litigation Becomes Predatory: Social Function of Civil Procedure and the Protection of Hyper-Vulnerable Parties in Brazilian Civil-Constitutionalism

Luis Albert dos Santos Oliveira

Resumo: O presente estudo analisa os limites do enfrentamento da litigância predatória no contexto do processo civil brasileiro, a partir da perspectiva do direito civil constitucional, da função social dos institutos privados e da proteção do consumidor hipervulnerável. Parte-se do diagnóstico de que a litigiosidade repetitiva, especialmente em relações de consumo bancárias e digitais, nem sempre decorre de modelos abusivos de exploração do processo, podendo refletir lesões estruturais produzidas pelo próprio desenho de produtos e serviços marcados por assimetria informacional. Sustenta se que respostas judiciais genéricas e defensivas ao fenômeno da litigância predatória, quando desprovidas de critérios objetivos e sensibilidade às desigualdades materiais, podem restringir indevidamente o acesso à justiça e transformar o sistema de justiça em agente de exclusão do hipervulnerável. A partir da análise doutrinária e normativa, o estudo propõe critérios para diferenciar a massificação legítima de demandas do abuso processual, bem como diretrizes para um modelo de judicialismo constitucional protetivo, capaz de combater a exploração do processo sem punir o consumidor vulnerável nem desorganizar a racionalidade econômica do sistema. Conclui-se que o combate à litigância predatória somente se mantém constitucionalmente legítimo quando orientado por proporcionalidade, direcionamento adequado de sanções e preservação da função social do processo civil.

Palavras-chave: litigância predatória; acesso à justiça; hipervulnerabilidade do consumidor; função social do processo civil; judicialismo constitucional.

Abstract: This study analyzes the limits of addressing predatory litigation within the context of Brazilian civil procedure, from the perspective of constitutional civil law, the social function of private legal institutions, and the protection of hypervulnerable consumers. It is based on the diagnosis that repetitive litigation, especially in banking and digital consumer relations, does not always result from abusive models of procedural exploitation, but may reflect structural harms produced by the very design of products and services marked by informational asymmetry. It is argued that generic and defensive judicial responses to the phenomenon of predatory litigation, when lacking objective criteria and sensitivity to material inequalities, may unduly restrict access to justice and transform the justice system into an agent of exclusion for hypervulnerable individuals. Based on doctrinal and normative analysis, the study proposes criteria to distinguish the legitimate massification of claims from procedural abuse, as well as guidelines for a model of protective constitutional judicialism capable of combating procedural exploitation without punishing vulnerable consumers or disrupting the economic rationality of the system. It is concluded that combating predatory litigation remains constitutionally

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.8

legitimate only when guided by proportionality, appropriate targeting of sanctions, and the preservation of the social function of civil procedure.

Keywords: predatory litigation; access to justice; consumer hypervulnerability; social function of civil procedure; constitutional judicialism.

INTRODUÇÃO

A litigiosidade em massa no Brasil deixou de ser apenas um dado estatístico e passou a operar como sintoma institucional de um problema estrutural: a forma como mercados assimétricos produzem conflitos seriados e como o sistema de justiça reage a eles. Em um extremo, observa-se a exploração estratégica do processo por agentes que transformam o direito de ação em instrumento de ganho ou de coerção, com petições padronizadas, baixa aderência fática e, em hipóteses mais graves, fraude documental ou condução do litígio sem ciência real do demandante (Ferraz, 2024). Em outro extremo, há judicialização repetitiva legítima, derivada de práticas de mercado também repetitivas, que atingem, com especial intensidade, consumidores em condição de vulnerabilidade agravada (Lino, 2023).

O desafio começa quando o debate público e institucional passa a tratar o tema como se o problema residisse principalmente no volume. Medidas administrativas, protocolos e estratégias de filtragem surgem para conter o que se nomeia como litigância predatória, frequentemente impulsionadas por preocupações com congestionamento, custo orçamentário e eficiência (Watanabe, s.d.). Essas preocupações são compreensíveis. A questão problemática é a forma de resposta. Quando o enfrentamento se estrutura por presunções genéricas, critérios meramente quantitativos ou mecanismos automáticos, o sistema corre o risco de deslocar o foco do abuso para o próprio acesso à justiça, atingindo justamente quem depende do Judiciário como último recurso de proteção.

A pergunta que orienta este estudo é a seguinte: Como o sistema de justiça pode combater a litigância predatória sem se tornar ele próprio predatório, isto é, sem adotar respostas padronizadas que apaguem o hipervulnerável e, simultaneamente, sem desorganizar a economia por incentivos adversos ao mercado e ao próprio processo civil? A expressão tornar-se predatório, aqui, não se refere a mera escolha retórica. Designa a hipótese em que o combate ao abuso passa a produzir efeitos excludentes, elevando barreiras de acesso e transferindo ao consumidor vulnerável o custo institucional de um problema que, muitas vezes, é gerado por modelos de negócio e por assimetrias informacionais persistentes (Sousa *et al.,* 2024).

Defende-se, como tese, que o enfrentamento da litigância predatória é necessário e legítimo, mas não pode ser conduzido por soluções defensivas e generalizantes. Quando o Judiciário reage dessa forma, pode transformar instrumentos de racionalização em mecanismos de exclusão, restringindo indevidamente o acesso à justiça de consumidores hipervulneráveis, justamente no contexto em que a repetição de demandas tende a espelhar a repetição do dano. A leitura da função social dos institutos privados, especialmente no domínio

do crédito e do consumo, somada à perspectiva do direito civil constitucional e do processo civil contemporâneo, fornece um critério de controle: a tutela jurisdicional deve diferenciar massificação legítima de abuso processual, sancionando agentes que exploram o processo sem punir o consumidor que procura proteção (Costa Neto, 2024).

A noção de hipervulnerabilidade é essencial para evitar respostas cegas. Não se trata apenas de reconhecer vulnerabilidade presumida nas relações de consumo, mas de identificar situações em que pobreza, envelhecimento, baixa escolaridade, exclusão informacional e dependência tecnológica se sobrepõem, reduzindo a autonomia real do consumidor e dificultando reações extrajudiciais. Em cenários assim, a judicialização repetitiva pode ser mais sintoma do desequilíbrio de mercado do que sinal de exploração oportunista do processo (Coelho; Ayala, 2019). Em paralelo, o ambiente bancário e digital, com uso intensivo de tecnologia e práticas preditivas, aprofunda assimetrias e pode intensificar conflitos seriados, reforçando a necessidade de respostas calibradas e não automáticas (Martins, 2025).

O método adotado é qualitativo e dedutivo, com análise de doutrina, instrumentos normativos e orientações institucionais pertinentes ao tema, sob a lente da função social dos institutos privados e da tutela de direitos fundamentais em relações privadas. O estudo privilegia o acervo do projeto, especialmente os estudos sobre litigância predatória, acesso à justiça, políticas judiciárias e hipervulnerabilidade no consumo e no crédito, complementando com referências externas apenas quando necessário.

A estrutura do trabalho é a seguinte. A Seção 2 fixa os conceitos centrais e o marco civil constitucional, definindo acesso à justiça, vulnerabilidade e hipervulnerabilidade, litigância predatória, função social dos institutos privados e judicialismo constitucional no processo civil. A Seção 3 apresenta diagnóstico do fenômeno no cenário brasileiro, destacando como a litigância predatória se manifesta e como respostas institucionais genéricas podem atingir consumidores hipervulneráveis. A Seção 4 propõe critérios normativos e indícios objetivos para diferenciar massificação legítima de abuso processual e orientar decisões sem automatismos. A Seção 5 apresenta propostas para um judicialismo constitucional protetivo, com instrumentos processuais e institucionais capazes de sancionar quem explora o processo preservando o acesso à justiça de quem precisa dele. Ao final, as conclusões retomam a pergunta central e consolidam entregas práticas ao sistema de justiça, ao mercado e à tutela dos hipervulneráveis.

CONCEITOS E MARCO CIVIL CONSTITUCIONAL

Esta seção fixa o vocabulário do estudo e o marco normativo que sustenta a tese. A pergunta central exige precisão porque o mesmo rótulo pode esconder fenômenos distintos: há litigância de massa legítima, há abuso do direito de ação, há repetição produzida por desenho defeituoso de produtos e serviços e há, também,

modelos de exploração do processo. A resposta institucional, quando genérica, tende a tratar tudo como uma coisa só e é aí que o remédio pode virar veneno.

Acesso à Justiça como Acesso à Ordem Jurídica Justa e ao Tratamento Adequado do Conflito

Acesso à justiça não se reduz a entrar com ação. No marco contemporâneo, trata-se de acesso a uma ordem jurídica justa, isto é, a uma resposta institucional capaz de reconhecer o direito aplicável e entregar tutela adequada, efetiva e em tempo razoável. Essa leitura importa aqui porque políticas de contenção que confundem eficiência com restrição podem virar filtro social, reduzindo o acesso precisamente de quem mais depende do sistema para existir juridicamente (Watanabe, 2011).

A doutrina de política judiciária e tratamento adequado dos conflitos descreve que o Judiciário brasileiro historicamente se estruturou na solução adjudicada como reflexo padrão, com efeitos conhecidos: multiplicação de recursos, congestionamento e dificuldade de estabilizar soluções (Watanabe, 2011). Isso não significa demonizar a sentença. Significa evitar que ela seja o único modo de organização de conflitos repetitivos, sobretudo quando há caminhos institucionais mais racionais.

"A predominância desse critério vem gerando a chamada 'cultura da sentença" (Watanabe, 2011).

O elo com a litigância predatória é direto. Se o acesso é direito fundamental e o sistema tem limites, o abuso do processo prejudica o próprio acesso de quem age legitimamente. Por isso, o enfrentamento precisa mirar condutas e padrões abusivos, sem transformar volume em presunção automática de ilicitude, o que seria um atalho perigoso contra vulneráveis (Ferraz, 2024).

Vulnerabilidade e Hiper Vulnerabilidade no Consumo e no Processo

Vulnerabilidade é dado estrutural das relações de consumo, ligado à assimetria de informação, poder econômico e capacidade técnica do fornecedor. A função jurídica disso é clara: orientar interpretação, reforçar deveres de informação e justificar controles de abusividade (Marques *et al.,* 2025).

Hipervulnerabilidade é a vulnerabilidade agravada por fatores pessoais e contextuais cumulativos, como idade, pobreza, letramento limitado, deficiência informacional e dependência tecnológica. Aqui ela não é apenas categoria descritiva. Ela opera como categoria de decisão: exige cautelas reforçadas e impede que filtros genéricos tratem como caso padrão aquilo que, na vida real, é caso de risco aumentado (Marques *et al.,* 2025).O acervo que trabalha idoso e superendividamento mostra como mercados de crédito e consumo podem ampliar risco e reduzir autonomia real, com maior incidência de contratação desvantajosa e dificuldade de reação extrajudicial (Coelho; Ayala, 2019).

Em paralelo, estudos sobre pobreza, hipervulnerabilidade e consumo indicam que a desigualdade material afeta a própria capacidade de ser parte no processo,

desde conservar documentos até compreender termos e resistir a acordos assimétricos.

No ambiente bancário digital, a hipervulnerabilidade se intensifica quando instituições atuam com superioridade informacional e uso de tecnologia e práticas preditivas, ampliando opacidade e assimetria. Isso é relevante para a tese do estudo: parte da litigiosidade repetitiva é previsível porque o conflito é produzido em série no desenho do serviço.

Litigância Predatória e Distinções Necessárias

Litigância predatória tem sido usada para nomear práticas de abuso do direito de ação que instrumentalizam o processo como meio de extração de vantagem, com industrialização de demandas, padronização acrítica, baixo lastro fático e, em casos graves, fraude ou distorções de representação (Martins, 2025). A categoria é útil, mas perigosa quando vira rótulo automático.

A advertência mais importante do acervo é simples: volume não prova abuso. Se o sistema confunde repetição com predatório, passa a tratar conflito de massa legítimo como desvio e o custo disso recai sobre o hipervulnerável (Sousa *et al.,* 2024).

"O ajuizamento de número elevado de demandas não revela, por si só, litigância predatória" (Lino, 2023).

Essa cautela conversa com a ideia de economia de massa: conflitos seriados podem refletir práticas seriadas de mercado. Quando o Judiciário recebe esses conflitos de forma individualizada, a repetição aparece como litigiosidade, mas a causa pode estar fora do processo, no próprio produto ou serviço (Lino, 2023).

Por isso, neste estudo, litigância predatória será tratada como abuso processual estrutural, caracterizado por intencionalidade instrumental, padrão repetitivo orientado a ganho com baixo risco e desconexão relevante entre narrativa e realidade fática mínima exigível (Watanabe, 2011). A Seção 4 vai transformar isso em critérios verificáveis.

Função Social dos Institutos Privados e Projeção no Processo

A função social dos institutos privados, especialmente contratos e crédito, opera como cláusula de correção do civil constitucionalismo. Ela impede que a autonomia formal legitime externalidades sociais graves e desequilíbrios incompatíveis com dignidade e justiça contratual (Thamay, 2021).

No consumo, essa racionalidade se conecta com transparência, dever de informar e controle de abusividade, sobretudo quando o serviço envolve crédito e bens essenciais. Em ambiente digital, a arquitetura da contratação pode produzir indução, erro e opacidade, ampliando vulnerabilidade e tornando o conflito previsível em escala (Roque, s.d.).

O salto do estudo é assumir que a função social também ilumina o processo civil. Se o processo é instrumento público de tutela de direitos, ele não pode

ser capturado como linha de produção de renda e nem fechado como escassez administrada por barreiras genéricas. Função social do processo, aqui, significa conter o abuso exploratório e conter a reação defensiva genérica que exclui hipervulneráveis (Ferraz, 2024).

Judicialismo Constitucional e Tutela de Direitos Fundamentais em Relações Privadas

O marco constitucional brasileiro reconhece a incidência de direitos fundamentais para além da relação vertical Estado cidadão, influenciando relações privadas e impondo deveres de proteção em contextos de desigualdade material. Isso sustenta a necessidade de tutela reforçada em consumo e crédito, com atenção a grupos hipervulneráveis.

O judicialismo constitucional, nesse quadro, não é voluntarismo. É atuação orientada pela centralidade da Constituição na conformação de institutos civis e processuais, especialmente quando a aplicação mecânica da legalidade falha em proteger dignidade e igualdade material (Mendes, s.d.).

No combate à litigância predatória, essa lente impõe três compromissos: não discriminação indireta, motivação qualificada e coerência sistêmica. Critérios neutros podem ser seletivos, filtragens exigem indícios objetivos e conexão com o caso, e segurança jurídica e proteção do hipervulnerável não são inimigas quando o alvo correto é o explorador do processo (Sousa *et al.,* s.d.).

DIAGNÓSTICO: COMO O COMBATE À LITIGÂNCIA PREDATÓRIA PODE SE TORNAR PREDATÓRIO CONTRA O HIPERVULNERÁVEL

A litigância predatória entrou no centro do debate processual brasileiro porque o sistema passou a identificar padrões de uso abusivo do processo, com industrialização de demandas, peças seriadas, repetição mecânica de narrativas e, em casos extremos, fraudes documentais e distorções de representação. Essa realidade existe e não deve ser minimizada: ela consome tempo jurisdicional, eleva custo sistêmico, produz acordos por exaustão e contamina a credibilidade do acesso à justiça (Macêdo, 2024).

O problema que este estudo isola é outro: a forma de reação institucional. Quando o Judiciário e seus órgãos de governança respondem ao fenômeno com soluções genéricas e defensivas, o combate passa a atingir o consumidor hipervulnerável, que já chega ao processo com desvantagens estruturais de informação, renda, letramento e capacidade de produzir prova. Assim, o remédio que deveria conter a exploração do processo pode virar barreira de entrada e mecanismo de exclusão.

Litigância Predatória não é Sinônimo de Litigância Repetitiva

O diagnóstico começa pela distinção que evita o erro mais comum: litígios repetitivos podem ser expressão legítima de lesão em massa. Em mercados de consumo bancário, crédito consignado, cobranças automatizadas e serviços digitais, a repetição do conflito frequentemente é reflexo da repetição do produto e do procedimento. Tratar a repetição como suspeita automática desloca o foco do agente que explora o processo para a parte que busca tutela (Sousa *et al.,* 2024).

A literatura do acervo insiste que a litigância predatória é fenômeno de abuso, e abuso se identifica por indícios objetivos, não por antipatia ao volume. Por isso, os textos sobre o tema advertem contra a elasticidade conceitual: quando o rótulo vira carimbo, ele deixa de descrever um desvio e passa a servir como justificativa pronta para restringir o direito de ação em bloco (Ferraz, 2024).

"A litigância predatória não se presume pelo volume, mas pelos indícios do abuso" (Lino, 2023).

A Reação Defensiva do Sistema e a Troca do Mérito pela Porta de Entrada

Uma das marcas do fenômeno no Brasil é que a resposta institucional tende a deslocar o centro de gravidade do processo. Em vez de apurar o abuso ao longo da instrução e punir o agente responsável, adotam-se filtros na entrada: exigências documentais extraordinárias, emendas padronizadas, indeferimentos serializados e decisões que tratam grupos inteiros de ações como se fossem um único caso (Lemos, 2025).

Esse movimento tem uma consequência concreta: ele transforma a vulnerabilidade do consumidor em obstáculo processual. Aquele que já tem menos acesso a documentos, menos estabilidade digital e menos capacidade de preservar prova passa a ser testado por requisitos que, na prática, ele não consegue cumprir. A filtragem, então, vira seletiva, ainda que se apresente como neutra.

Onde o Hipervulnerável Aparece e por que ele some nas Políticas Genéricas

O acervo sobre vulnerabilidade e hipervulnerabilidade mostra que certos consumidores não estão apenas em desvantagem, mas em desvantagem agravada, por fatores cumulativos como pobreza, idade, baixa escolaridade, dependência tecnológica e superendividamento (Dell'Isola, 2020). Em litígios bancários e digitais, o dano pode surgir como desconto indevido, contratação não reconhecida, renovação automática, fraude por engenharia social ou assédio de crédito, e o consumidor só percebe o problema quando o orçamento já colapsou.

Os textos sobre pobreza, hipervulnerabilidade e consumo são particularmente duros: pobreza não é mero dado socioeconômico externo ao processo; ela é fator que altera capacidade de escolha, de reação, de preservação de prova e de sustentação

de litígio (Souza; Freitas, 2022). Nessa realidade, a resposta institucional que eleva o sarrafo documental pode operar como uma "seleção por capacidade", não como um controle de abuso.

"A pobreza agrava vulnerabilidades e produz exclusões silenciosas, inclusive no acesso à justiça" (Souza; Freitas, 2022).

Consumo Digital e Bancos: Conflito em Massa como Produto do Desenho do Serviço

O diagnóstico não se completa sem olhar a origem dos conflitos. Parte relevante da litigiosidade repetitiva nasce do desenho de produtos e serviços. O acervo sobre relações eletrônicas de consumo evidencia que a vulnerabilidade do consumidor se intensifica no ambiente digital, em que interfaces, fluxo de contratação e assimetria informacional moldam a decisão (Bonna *et al.,* 2024).

No setor bancário, o material sobre tecnologia e hipervulnerabilidade descreve a migração para ecossistemas automatizados, com serviços preditivos e canais digitais, ampliando opacidade, risco e dificuldade de contestação (Martins, 2025). O resultado é simples: o fornecedor controla logs, registros, trilhas digitais e sistemas; o consumidor controla, quando muito, o próprio extrato e a memória do susto. Exigir do consumidor, na fase inicial, prova que está em poder do fornecedor, sem calibragem e sem cooperação, é tornar o acesso à justiça uma corrida onde só um dos lados escolhe a pista (Khouri, 2022).

Função Social do Processo e Função Social dos Institutos Privados: O Ponto de Virada

A leitura da função social dos institutos privados, especialmente do contrato e do crédito, impede que se trate o conflito como "falha individual do consumidor". Se um modelo de contratação gera dano em escala, a repetição não é anomalia, é sintoma estrutural (Thamay *et al.,* 2019). A função social, nessa chave, exige que o sistema jurídico não normalize a externalização de custos para o consumidor e para o Judiciário.

No processo civil, a função social atua como limite duplo. Limite contra a exploração do processo como produto e limite contra a administração defensiva do acesso. O combate à litigância predatória se torna predatório quando cria barreiras genéricas que punem quem é parte fraca e invisível, em vez de concentrar sanções e correções no agente que estrutura o abuso (Ferraz, 2024).

Filosofia e Direitos Humanos: Por Que Isso é Critério, não Ornamento

A filosofia do direito ajuda a enxergar a armadilha institucional. Em Reale, a compreensão do direito exige articular fato, valor e norma. Se o "fato" é a explosão de demandas, o "valor" constitucional é a proteção da dignidade e da igualdade

material, e a "norma" é o processo civil, a resposta não pode ser só defensiva: precisa ser proporcional e sensível às desigualdades reais (Reale, 2002).

Em perspectiva crítica, a forma jurídica pode operar como neutralidade aparente que reproduz assimetrias. Quando o sistema aplica filtros iguais a desiguais, pode converter técnica processual em exclusão (Mascaro, 2022).

Na chave de direitos humanos, o acervo reforça que dignidade e igualdade material não são poesia normativa: são parâmetros para avaliar políticas públicas e práticas institucionais, inclusive a forma como o sistema de justiça organiza triagem, padronização e tratamento de conflitos repetitivos que atingem grupos vulneráveis (Ramos, 2023; Piovesan, 2021).

Síntese do Diagnóstico: O Combate Vira Predatório Quando Erra o Alvo

O diagnóstico desta pesquisa é que o enfrentamento da litigância predatória é necessário, mas torna se predatório quando substitui indícios concretos por presunções genéricas, desloca a apuração do abuso para a fase inicial como rotina automática e transfere ao consumidor hipervulnerável ônus probatórios incompatíveis com a assimetria informacional do consumo bancário e digital. Em vez de punir o explorador do processo, o sistema passa a punir o usuário do processo.

Essa fotografia prepara a Seção 4, que terá a tarefa mais importante do estudo: construir critérios objetivos para diferenciar massificação legítima de abuso processual e orientar medidas proporcionais que preservem o acesso à justiça do hipervulnerável sem incentivar a exploração do processo.

ANÁLISE E CRITÉRIOS: COMO DIFERENCIAR MASSIFICAÇÃO LEGÍTIMA DE ABUSO PREDATÓRIO SEM PUNIR O HIPERVULNERÁVEL

Esta seção transforma a tese em régua operacional. O objetivo não é inventar uma fórmula mágica, mas construir critérios verificáveis para que o sistema de justiça consiga separar três coisas que hoje se misturam perigosamente: a litigiosidade de massa legítima, o abuso processual oportunista e a fraude organizada. A calibragem é o coração do problema: sem critérios, o combate vira desconfiança automática; com critérios, o combate vira proteção inteligente.

Premissas Normativas e Método de Leitura

O acervo aponta que a litigância predatória não é apenas um tema de técnica processual, mas de política judiciária e de desenho institucional, porque envolve incentivos, triagens e respostas em escala. Em termos de política pública, a racionalidade do sistema exige instrumentos para tratar conflitos repetitivos sem perder a capacidade de enxergar quem é vulnerável e por que a repetição ocorreu.

Isso é compatível com a política de tratamento adequado de conflitos, que nasce justamente da percepção de sobrecarga e crise de desempenho, e propõe organizar respostas para além da cultura da sentença (Watanabe, 2011; Aquino; Carvalho, 2016).

Ao mesmo tempo, o acervo também alerta para um risco: criar soluções gerais para lidar com um fenômeno que não está bem definido. Esse alerta, formulado em linguagem direta, deve funcionar como travamento argumentativo do estudo, “Mas como combater algo que não se sabe exatamente o que é?” (Lino, 2023).

A função social, aplicada ao processo civil, opera aqui como limite duplo. Ela exige contenção do uso abusivo do processo, mas também exige impedir que a contenção se converta em barreira para quem depende do Judiciário para existir juridicamente, sobretudo o consumidor hipervulnerável (Thamay *et al.,* 2019).

Critérios para Reconhecer Massificação Legítima

A massificação legítima, no recorte do estudo, é a repetição de demandas produzida por lesão repetida, por desenho padronizado do serviço ou por falha recorrente de mercado. O acervo de consumo digital e bancário indica que a vulnerabilidade se agrava quando a contratação e a execução se dão em ambiente de alta assimetria informacional e controle técnico do fornecedor, o que torna previsível que muitos consumidores sofram o mesmo tipo de dano e busquem tutela individual (Roque; Martins, 2025).

Para reconhecer essa massificação legítima, este estudo propõe um conjunto de sinais positivos, observáveis, que afastam a presunção de abuso e justificam tratamento protetivo:

Padrão de lesão compatível com produto ou procedimento de massa

Há coerência entre a causa de pedir e o funcionamento típico do serviço. Exemplo clássico: descontos bancários indevidos em benefícios, cobranças automatizadas, falhas de cancelamento, renovações não reconhecidas, contratações digitais opacas.

Lastro documental mínimo compatível com a condição do autor

O consumidor apresenta o que razoavelmente consegue apresentar: extrato, comprovantes de desconto, mensagens, protocolos, prints, documentos pessoais. O acervo sobre hipervulnerabilidade e pobreza indica que exigir mais do que isso de forma generalizada pode transformar o processo em filtro social (Dell’isola, s.d.; Souza; Freitas, 2022).

Prova relevante em poder do fornecedor

Quando logs, gravações, trilhas digitais e documentação contratual estão sob controle do fornecedor, a ausência inicial desses elementos não pode ser convertida automaticamente em suspeita contra o consumidor, sob pena de premiar

a assimetria. O material sobre bancos e tecnologia reforça esse ponto ao descrever a expansão de ambientes automatizados e preditivos, com opacidade informacional e dependência de registros técnicos.

Coerência narrativa e individualização mínima

Mesmo em ações semelhantes, a narrativa traz dados concretos do caso individual: datas, valores, conta, benefício, número de contrato quando existente, período de descontos, tentativa de contato ou motivo plausível para ausência dessa tentativa.

Vulnerabilidade agravada como fator de interpretação

Idade avançada, pobreza, baixo letramento digital e superendividamento devem funcionar como elementos de contexto para calibrar exigências e evitar que a parte seja cobrada por um padrão de organização que ela não tem. O acervo sobre idoso e superendividamento mostra como o consumo em hiperconsumo pode intensificar risco e reduzir autonomia real, com dano em escala (Coelho; Ayala, 2019; Osna, 2023).

Esses sinais positivos sustentam um ponto central: volume de ações pode ser sintoma de volume de lesões. A resposta adequada, portanto, não é fechar a porta, mas tratar a repetição com inteligência e proporcionalidade.

Indícios Objetivos de Litigância Predatória e Abuso Organizado

O combate ao abuso exige critério simétrico: se não se presume predatório pelo volume, também não se ignora o abuso quando ele aparece. O acervo processual recente apresenta indícios típicos que, quando presentes em conjunto, justificam atuação judicial mais intensa, sem transformar isso em regra para todos (Osna, 2023; Ferraz, 2024; Lemos, 2015).

Este estudo organiza esses indícios em quatro blocos, com lógica cumulativa. Quanto mais blocos se confirmam, maior a legitimidade de medidas de saneamento e controle.

Bloco 1 Integridade da representação e da autoria

Sinais de irregularidade na procuração, divergências grosseiras de assinatura, autores que não demonstram mínima ciência, endereços inverossímeis ou repetidos de forma artificial, padrões que sugerem captação irregular ou uso de pessoas como massa de manobra.

Bloco 2 Padrão de artificialidade documental

Documentos idênticos em processos distintos com dados incompatíveis, repetição de comprovantes com pequenas alterações, ausência sistemática de elementos básicos que deveriam existir, inconsistências internas em anexos.

Bloco 3 Inconsistência fática seriada

A narrativa é copiada e colada sem aderência ao caso individual, com erros recorrentes, dados incompatíveis, pedidos desconectados da causa, valores incoerentes. Aqui o critério é simples: repetição sem individualização mínima é sinal de produção em linha, não de tutela de direitos.

Bloco 4 Estrutura de incentivo típica de exploração do processo

O padrão de atuação aponta para objetivo de acordos por exaustão ou de sucumbência em escala, com baixa disposição para instrução e alta disposição para volume, ou para multiplicação artificial de causas.

A literatura do acervo reforça que a identificação do abuso depende de método e de prudência, evitando transformar o tema em categoria pejorativa vazia.

Esse trecho não serve para relativizar o abuso. Serve para lembrar que o rótulo não pode substituir a demonstração.

Matriz de Decisão Proporcional: O que Fazer Diante de Indícios sem Generalizar

O ponto mais delicado é a resposta. O acervo que discute o Tema 1.198 no Superior Tribunal de Justiça indica um caminho de meio: diante de indícios objetivos, é possível exigir correções iniciais e reforçar deveres de esclarecimento, desde que haja fundamentação e compatibilidade com o acesso à justiça (Ferraz, 2024).

Este estudo propõe uma matriz proporcional em três níveis, pensada para reduzir o risco de o combate virar predatório.

Nível 1 Sinais fracos ou isolados

Conduta recomendada: saneamento simples. Pedidos de esclarecimento pontuais, sem exigências impossíveis, com foco em individualizar o caso e confirmar elementos mínimos.

Nível 2 Indícios relevantes e combinados, sem fraude evidente

Conduta recomendada: saneamento reforçado. Determinações específicas de emenda, conferência de representação, verificação de documentos, eventualmente cruzamento de informações em cooperação com órgãos de inteligência, sempre com decisão motivada e delimitada ao caso.

Nível 3 Indícios fortes de fraude ou abuso estrutural

Conduta recomendada: resposta contundente e direcionada. Aqui entram medidas de repressão ao abuso e comunicação institucional quando necessária, mas com cuidado para não punir o consumidor de boa-fé que eventualmente foi capturado por cadeia abusiva.

A regra de ouro é a direção correta da sanção. O acervo sobre novas faces da litigiosidade sugere que o sistema deve mirar o agente que explora o processo e o padrão que contamina, não o consumidor como categoria abstrata (Viaro, 2025).

Salvaguardas para o Consumidor Hipervulnerável Dentro do Combate ao Abuso

É aqui que o estudo amarra processo, consumo e direitos humanos sem romantizar. A hipervulnerabilidade não é salvo conduto para litigar sem lastro. Ela é critério de calibragem para impedir que exigências genéricas se convertam em exclusão.

O acervo sobre pobreza e hipervulnerabilidade insiste que a desigualdade material atravessa o processo e pode impedir o exercício efetivo do direito. Já o material sobre vulneráveis e acesso à justiça em tempos de crise reforça que políticas e crises ampliam barreiras e invisibilizam sujeitos.

Com base nisso, este estudo sustenta quatro salvaguardas mínimas:

Exigência probatória compatível com a realidade informacional do consumo

Se o fornecedor controla logs e documentos centrais, o sistema não pode usar a ausência inicial desses elementos como presunção automática contra o consumidor.

Preferência por saneamento em vez de extinção automática

Em contextos de vulnerabilidade agravada, a lógica deve privilegiar correção e esclarecimento, não eliminação padronizada.

Separação entre dúvida sobre o caso e suspeita sobre o sujeito

O sistema deve desconfiar de indícios, não de categorias sociais. Desconfiança genérica contra ações de consumidores em massa vira punição por atacado.

Atenção a setores de alta assimetria tecnológica

O consumo na sociedade da informação e o ambiente bancário digital elevam risco de prova assimétrica e de danos em escala. O acervo indica que essas características exigem prudência reforçada na calibração de filtros (Lemos, 2015).

Critério de Racionalidade Econômica: Previsibilidade sem Desorganizar a Economia e sem Apagar o Vulnerável

O estudo também assume uma premissa econômica do acervo: o abuso processual gera custos sistêmicos e pode ser lido como tragédia do Judiciário, isto é, exploração de um recurso comum (Ferraz, 2024). O combate ao abuso, portanto, tem uma justificativa de eficiência institucional.

Mas a eficiência não pode ser tratada como licença para excluir. Se a resposta reduz volume por bloqueio genérico, pode gerar incentivo perverso para o mercado: lesões pequenas repetidas se tornam mais baratas, porque o custo de contestação cresce e o acesso cai. A calibragem correta preserva previsibilidade econômica por outro caminho: aumenta o custo do ilícito e reduz o custo do litígio legítimo.

Em síntese, a racionalidade econômica boa é a que corta o incentivo errado. E o incentivo errado não é o consumidor vulnerável demandar. O incentivo errado é explorar o processo ou explorar a assimetria de mercado.

Fecho da Seção: A Linha Nítida que o Estudo Precisa Entregar

A linha que este estudo entrega, ao final da seção, é esta: massificação legítima é efeito de lesão em escala e de assimetria estrutural, especialmente em consumo bancário e digital; litigância predatória é desvio de finalidade com indícios objetivos de artificialidade, irregularidade e exploração do processo. O combate só se mantém legítimo quando é proporcional, motivado e direcionado ao agente correto, preservando o acesso à justiça do hipervulnerável e a racionalidade do sistema.

A próxima seção, de propostas, vai converter esses critérios em caminhos institucionais concretos: instrumentos coletivos e estruturais, centros de inteligência e precedentes, sanções direcionadas e desenho de tratamento adequado de conflitos sem respostas genéricas.

PROPOSTAS: CAMINHOS PARA UM JUDICIALISMO CONSTITUCIONAL PROTETIVO NO ENFRENTAMENTO DA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA

Esta seção traduz a tese em propostas institucionais concretas. O ponto de partida é simples: combater a litigância predatória é dever do sistema de justiça, mas fazê-lo por meio de respostas genéricas, automáticas ou defensivas compromete a função social do processo e restringe, na prática, o acesso à justiça do consumidor hipervulnerável. As propostas a seguir buscam organizar um judicialismo constitucional protetivo, capaz de reprimir o abuso sem apagar o conflito legítimo, preservar a racionalidade econômica e manter previsibilidade decisória.

Saneamento Qualificado como Regra, Extinção como Exceção

A primeira proposta diz respeito ao modo de entrada das demandas. Diante de suspeitas de abuso, a resposta prioritária não deve ser o indeferimento imediato, mas o saneamento qualificado, orientado por indícios objetivos e delimitados ao caso concreto. A literatura sobre litigância predatória insiste que a repressão eficaz depende de método e de cautela, sob pena de transformar suspeita em presunção geral (Sousa *et al.,* 2024).

O saneamento qualificado exige três cuidados. O primeiro é a clareza da exigência: o juiz deve indicar exatamente qual ponto precisa ser esclarecido ou complementado, evitando listas genéricas de documentos incompatíveis com a realidade do consumidor. O segundo é a proporcionalidade: as exigências devem ser compatíveis com a natureza do serviço e com a condição do autor, sobretudo quando se trata de hipervulnerável. O terceiro é a possibilidade real de correção, com prazo razoável e sem transformar a emenda em obstáculo intransponível.

Esse desenho preserva a integridade do processo e impede que o combate ao abuso se converta em filtro socioeconômico de acesso.

Direcionamento Racional do Ônus da Prova e Cooperação Processual

Em conflitos bancários e digitais, grande parte da prova relevante está sob controle do fornecedor: registros de contratação, logs de acesso, gravações, trilhas digitais, histórico de cobranças. Exigir que o consumidor produza esses elementos como condição inicial de acesso equivale a reforçar a assimetria informacional que o direito do consumidor pretende corrigir (Roque, 2022).

A proposta, alinhada ao acervo do projeto, é fortalecer o direcionamento racional do ônus da prova, associado ao dever de cooperação. Sempre que houver plausibilidade da narrativa e indícios mínimos do vínculo, a produção de prova técnica deve ser deslocada para quem detém os meios informacionais. Essa técnica reduz litigância artificial, desestimula modelos de negócio baseados na opacidade e evita que a ausência inicial de documentos seja lida como indício automático de má-fé.

Instrumentos Coletivos e Estruturais como Resposta à Lesão em Escala

Quando o conflito revela padrão estrutural, a insistência exclusiva na via individual pode alimentar tanto a litigância defensiva quanto a acusação de predatória. O acervo sobre tutela coletiva e política judiciária aponta que instrumentos coletivos e estruturais são mais adequados para tratar lesões repetitivas produzidas por desenho de produtos e serviços (Sousa *et al.,* 2023).

A proposta é reforçar a articulação entre demandas individuais e coletivas, utilizando ações coletivas, precedentes qualificados e soluções estruturais para atacar a fonte do conflito. Isso reduz a multiplicação artificial de ações, melhora previsibilidade econômica e evita que o consumidor seja responsabilizado pelo volume de litígios que não criou.

Centros de Inteligência, Dados e Limites do Uso Estatístico

Centros de inteligência e análise de dados são instrumentos importantes, mas perigosos quando usados como atalhos decisórios. Dados servem para identificar padrões, não para substituir a análise do caso concreto. A proposta é que esses centros atuem como suporte técnico, indicando focos de atenção, sem gerar presunções automáticas contra classes de demandas ou perfis de autores (Ferraz, 2024).

A utilização de dados deve ser acompanhada de três salvaguardas: transparência metodológica, vedação de filtros automáticos sem decisão fundamentada e compromisso explícito com a proteção do hipervulnerável. Estatística não pode virar prova de má-fé; deve ser ponto de partida para investigação qualificada.

Sanções Direcionadas ao Agente Explorador do Processo

O combate eficaz à litigância predatória exige acertar o alvo. A sanção não deve recair difusamente sobre consumidores ou sobre o simples exercício do direito de ação, mas sobre condutas profissionais abusivas, esquemas de captação irregular, fraude documental e exploração sistemática do processo (Osna, 2023).

A literatura do projeto é clara ao afirmar que punir o consumidor em bloco não desarticula o modelo predatório; ao contrário, o fortalece, pois desloca o risco para quem tem menos capacidade de reação. A proposta, portanto, é concentrar sanções em quem estrutura e lucra com o abuso, utilizando mecanismos processuais, disciplinares e institucionais adequados.

Salvaguardas Mínimas ao Acesso do Consumidor Hipervulnerável

Toda política de enfrentamento da litigância predatória deve incorporar cláusulas explícitas de proteção ao hipervulnerável. O acervo sobre pobreza, hipervulnerabilidade e direitos humanos mostra que desigualdade material atravessa o processo e pode impedir o exercício efetivo do direito de ação (Dell'Isola, 2020).

Como salvaguardas mínimas, propõem-se: interpretação pró acesso em casos de dúvida razoável; preferência por saneamento em vez de extinção; atenção reforçada a idosos, pobres e consumidores com baixo letramento digital; e vedação de exigências probatórias incompatíveis com a realidade informacional do consumo bancário e digital. Essas salvaguardas não incentivam abuso; elas impedem que o sistema se torne ele próprio predatório.

Síntese Propositiva

As propostas convergem para um ponto comum: combater o abuso sem abdicar da função social do processo. Um judicialismo constitucional protetivo não é ingênuo nem punitivista. Ele reconhece a existência de exploração do processo, mas recusa soluções genéricas que tratam volume como culpa e vulnerabilidade como suspeita. Ao alinhar saneamento qualificado, cooperação probatória, instrumentos coletivos, uso responsável de dados e sanções direcionadas, o sistema de justiça pode enfrentar a litigância predatória sem sacrificar o acesso à justiça do consumidor hipervulnerável e sem desorganizar a economia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema que orientou este estudo pode ser sintetizado em uma pergunta simples e incômoda: como combater a litigância predatória sem transformar o próprio sistema de justiça em agente predatório contra o consumidor hipervulnerável. A análise desenvolvida ao longo do texto permite responder a essa questão de forma afirmativa, porém condicionada: o combate é legítimo e necessário, mas perde

legitimidade quando se apoia em respostas genéricas, defensivas e indiferentes às desigualdades materiais que atravessam o acesso à justiça no Brasil.

A investigação demonstrou que a litigância predatória não pode ser confundida com a mera repetição de demandas. Em setores como consumo bancário, crédito e serviços digitais, a litigiosidade em massa frequentemente é efeito previsível do desenho de produtos, da assimetria informacional e da concentração de prova nas mãos do fornecedor. Tratar esse fenômeno como patologia do consumidor, ou como desvio presumido da advocacia, desloca o foco do problema e produz um efeito regressivo: restringe o acesso de quem já chega ao processo em condição de desvantagem estrutural.

A partir do marco do direito civil constitucional e da função social dos institutos privados, o estudo sustentou que o processo civil também possui função social própria. Essa função impõe um duplo dever ao sistema de justiça: conter a exploração abusiva do processo e, simultaneamente, impedir que políticas de filtragem e racionalização se convertam em barreiras socioeconômicas ao exercício do direito de ação. Quando a contenção do abuso se faz por presunções abstratas, exigências probatórias incompatíveis com a realidade do consumo ou decisões padronizadas sem motivação qualificada, o combate deixa de proteger o sistema e passa a excluir sujeitos invisibilizados.

O diagnóstico revelou, ainda, que a hipervulnerabilidade não é categoria retórica, mas critério jurídico decisivo. Pobreza, idade, baixo letramento digital, dependência econômica e exposição a mercados altamente tecnologizados produzem obstáculos reais à compreensão do conflito e à produção de prova. Ignorar esse contexto equivale a aplicar igualdade formal onde a desigualdade material é gritante, convertendo técnica processual em mecanismo silencioso de exclusão.

Com base nisso, o estudo propôs critérios para diferenciar massificação legítima de abuso predatório, privilegiando indícios objetivos, análise contextual e resposta proporcional. Demonstrou-se que a repressão eficaz ao abuso não exige fechamento de portas, mas mudança de alvo: do consumidor para o agente que estrutura, incentiva e lucra com a exploração do processo. Sanções direcionadas, saneamento qualificado, cooperação probatória, uso responsável de dados e fortalecimento de instrumentos coletivos mostraram-se caminhos mais compatíveis com a proteção do hipervulnerável e com a racionalidade econômica do sistema.

As propostas apresentadas apontam para um modelo de judicialismo constitucional protetivo, que não abdica do controle do abuso, mas rejeita soluções defensivas que tratam volume como culpa e vulnerabilidade como suspeita. Esse modelo preserva a segurança jurídica não pelo bloqueio do acesso, mas pela correção das distorções que geram litígios em escala, aumentando o custo do ilícito e reduzindo o custo do litígio legítimo.

Em síntese, o estudo conclui que o combate à litigância predatória só se mantém constitucionalmente legítimo quando respeita três compromissos fundamentais: foco em indícios concretos, proteção efetiva do consumidor

hipervulnerável e coerência com a função social do processo civil. Fora desses limites, o sistema de justiça corre o risco de trocar um problema real por outro ainda mais grave: o de se tornar predatório justamente contra aqueles que dele mais dependem para existir juridicamente.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa; CARVALHO, Cristiane Caldas. Política judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses: uma análise sobre os sujeitos envolvidos na política de solução e prevenção de litígios no Brasil. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, v. 2, n. 1, jun 2016.

BONNA, Alexandre Pereira; *et al.* **Relações eletrônicas de consumo.** Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024. ePub.

COELHO, Mariana Carvalho Victor; AYALA, Patryck de Araujo. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso e sua tendência ao superendividamento no contexto de uma sociedade do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 121, p. 247 275, jan. fev. 2019.

COELHO, Mariana Carvalho Victor; AYALA, Patryck de Araujo. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso e sua tendência ao superendividamento no contexto de uma sociedade do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 121, p. 247 a 275, jan fev 2019.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Análise econômica da litigância predatória, parte 2. **Revista de Processo,** v. 357, p. 443 468, nov. 2024.

DELL'ISOLA, Carmela (coord.). **Vulneráveis e acesso à justiça em tempos de crise.** Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. ePub.

FERRAZ, Taís Schilling. O tratamento das novas faces da litigiosidade: das espécies anômalas à litigância predatória. **Revista de Processo**, v. 349, p. 727 758, mar. 2024.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do consumidor na sociedade da informação.** São Paulo: Almedina, 2022.

LEMOS, Luciléa Paulino. 10 anos do CPC 2025: STJ abre caminho para combater a litigância predatória já na petição inicial. **Boletim Revista dos Tribunais Online**, v. 63, maio 2025.

LINO, Daniela Bermudes. Nota sobre litigância predatória (abuso do direito de demandar). **Boletim Revista dos Tribunais Online**, v. 38, abr. 2023.

MACÊDO, Lucas Buril de. Litigância predatória. **Revista de Processo**, v. 351, p. 445 462, maio 2024.

MARQUES, Cláudia Lima; MARTINS, Fernando Rodrigues; MARTINS, Guilherme Magalhães; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coords.). **Direito do consumidor aplicado: garantias de consumo.** v. 2. 1. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2025.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Bancos inteligentes e práticas preditivas: hiperpotencialidade das instituições financeiras vs hipervulnerabilidade dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor,** v. 158, p. 269 288, mar. abr. 2025

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito.** 9. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025

OSNA, Gustavo. Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação). **Revista de Processo,** v. 342, p. 55 a 70, ago 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos.** 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROQUE, Paulo R. **Direito do consumidor na sociedade da informação.** São Paulo: Almedina, 2022.

SOUSA, Alexandre Rodrigues de; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de; SOARES, Carlos Henrique. Notas sobre a chamada litigância predatória: investigação de um conceito e métodos de mitigação. **Revista de Processo,** v. 355, p. 23 51, set. 2024.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de; FREITAS, Denilson de Souza. As pessoas em situação de pobreza nas relações de consumo: a hipervulnerabilidade e os direitos humanos. **Revista de Direito do Consumidor: RDC, São Paulo,** v. 31, n. 141, p. 171 200, maio jun. 2022TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

THAMAY, Rennan; GARCIA JUNIOR, Vanderlei; QUEIROZ, Paulo Victor Oliveira; SILVA, Giselly Prado. **A função social do contrato. Atualizado de acordo com a Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874 2019) e o Regime Jurídico Emergencial e Transitório de Direito Privado (Lei n. 14.010 2020)**. Almedina, 2021.

VIARO, Felipe Albertini Nani. A litigância predatória, análise econômica do processo e a tragédia do Judiciário. **Revista de Análise Econômica do Direito,** v. 9, jan jun 2025.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo,** São Paulo, v. 36, n. 195, p. 381 389, maio 2011.

Capítulo 09

Direito à Honra e à Imagem Versus Cancelamento nas Redes Sociais

Right to Honor and Image Versus Cancellation on Social Media

Osmar Alves Bocci

Aluno de Mestrado em Função Social do Direito pela FADISP. Pós graduado em Direito Constitucional pela ESA-OAB/SP, Advogado generalista.

Hirdan Katarina de Medeiros Costa

Professora da FADISP. Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC), de São Paulo. Pós -Doutoranda em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Livre docente, pós-doc, doutora e mestre e energia pelo Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo. Advogada e economista.

Resumo: O estudo analisa o fenômeno da cultura do cancelamento nas redes sociais e seus impactos jurídicos sobre os direitos fundamentais à honra, à imagem e à dignidade da pessoa humana, em face do exercício da liberdade de expressão também ser um direito fundamental, considerando que a cultura do cancelamento quando é marcada por excessos e desinformação, acarreta abuso de direito, capaz de ensejar responsabilização jurídica com a devida ponderação desses princípios constitucionais aparentemente antagônicos, com a adoção de mecanismos que assegurem a devida proteção de direitos individuais e coletivos, sem comprometer a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: cultura do cancelamento; honra; imagem; dignidade; liberdade de expressão.

Abstract: This study analyzes the phenomenon of cancel culture on social media and its legal impacts on the fundamental rights to honor, image, and human dignity, considering that the exercise of freedom of expression is also a fundamental right. It argues that cancel culture, when marked by excesses and misinformation, leads to abuse of rights, capable of giving rise to legal liability. This requires due consideration of these seemingly antagonistic constitutional principles, with the adoption of mechanisms that ensure the proper protection of individual and collective rights, without compromising human dignity.

Keywords: cancel culture; honor; image; dignity; freedom of expression.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da cultura das redes sociais, conhecido como “Cultura do Cancelamento” é um fenômeno jurídico que atualmente possui reflexos negativos na honra e na imagem das pessoas afetadas pelas campanhas de boicote e que são promovidas exclusivamente nas redes sociais e em outras mídias por meio de publicações ostensivas de terceiros que visam promover uma patrulha moral sobre os alvos destes atos conforme expõe Eve Ng (2022, p. 6), que embora ocorra no ambiente digital, ainda remontam historicamente do século XV, graças a invenção das maquinas de imprensa pelo alemão Gutenberg, segundo Wilson Martins (2001,

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.9

p. 96-102), transformando a cultura e a sociedade europeia durante a Modernidade, popularizando e universalizando a leitura.

O objetivo desse estudo é expor o conceito de cultura do cancelamento, sendo estruturado em três seções: i. conceito, origem, natureza e *modus operandi* da cultura do cancelamento; ii. moralidade do discurso e seus fundamentos e; iii. reflexos jurídicos sobre os direitos de personalidade. Além disto, é essencial entender que a cultura do cancelamento decorre também da estrutura que as plataformas eletrônicas dispõem para a propagação das campanhas de boicote no ambiente virtual, o que demonstra a capacidade lesiva que o impulsionamento das campanhas de cancelamento acarreta aos direitos de personalidade dos atingidos.

CONCEITO, ORIGENS, NATUREZA, *MODUS OPERANDI* E EFEITOS DO FENÔMENO DA "CULTURA DO CANCELAMENTO"

Inicialmente, a cultura do cancelamento é um fenômeno recente que surgiu nas redes sociais e que implica um boicote generalizado a uma pessoa ou instituição, conforme definição dada por Rodrigo Lemos (2020, p. 24-28). A ideia por trás da cultura do cancelamento é que o cancelamento de alguém ou algo é a forma mais rápida e eficaz de responder a situações consideradas inaceitáveis, como o discurso de ódio, o assédio ou a discriminação. Por ter surgido no final da década de 2000 e se intensificado nas décadas de 2010 e 2020, é considerado como um movimento social que busca fazer com que pessoas ou empresas de alta visibilidade e popularidade, que são acusadas de cometer algum tipo de transgressão social, sejam "canceladas", ou seja, que sejam boicotadas como forma de punição e da devida responsabilização diante de condutas consideradas moralmente inaceitáveis ou eticamente reprováveis dentro da sociedade. Diante desta prática, muitos consideram que a cultura do cancelamento é apenas uma forma de liberdade de expressão, enquanto outros argumentam que é apenas uma forma de silêncio e de punição injusta.

Por ter a natureza de um movimento social que ocorre na internet, a campanha de boicote pela definição de Paulo Nogueira (2024, p. 229-235), é considerado como um sistema de justiça informal, no qual as regras variam com determinados grupos sociais que julgam a conduta de terceiros através de impulsionamento de publicações pedindo o boicote, atingindo a honra e a imagem de quem é alvo da campanha de cancelamento.

O *modus operandi* do cancelamento se inicia nas redes sociais através de uma rede de boatos ou informações incompletas, provenientes de informações falsas retiradas fora de contexto ou manipuladas para se encaixarem dentro em um contexto, numa narrativa enviesada, com o objetivo de causar danos à imagem do alvo atingido.

Ao ganhar força com impulsionamento nas redes sociais, as consequências são de silenciamento, ostracismo social, perda de visibilidade, problemas financeiros, danos à reputação através da estigmatização, consequentemente podendo levar a casos de morte.

Por deter elementos panópticos que guardam semelhanças com o sistema de vigilância carcerária idealizada por Jeremy Bentham (2008, p. 10-22), a vigilância online possui um padrão muitas vezes de cunho ideológico, o que necessariamente transforma a campanha de boicote em uma campanha difamatória, sendo que o discurso no meio digital, causa severos danos colaterais no mundo real, em face da velocidade que o ambiente virtual possui ao difundir as informações por meio de seguidores.

CANCELAMENTO COMO LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A MORALIDADE DO DISCURSO

Por ser a liberdade de expressão considerada como direito fundamental pelo art. 5º, inciso IV da Constituição Federal, é correto afirmar que este direito individual fundamental se constitui como um dos direitos basilares de sustento das democracias ocidentais, conforme postula J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 290) que esclarece que a função das liberdades fundamentais serve unicamente para corroborar o exercício democrático do poder por todos os cidadãos, sendo esta perspectiva vista de outra forma por José Afonso da Silva (2014, p. 243), que considera a liberdade de expressão e de opinião, como uma liberdade de conteúdo intelectual, pois pressupõe do indivíduo com seus semelhantes, permitindo que o homem possa compartilhar de suas crenças, seus conhecimentos, sua concepção de mundo, suas opiniões políticas e religiosas e seus pensamentos, sendo este último sentido, o mais abrangente de todos.

A liberdade de opinião e expressão é um direito fundamental de grande importância para a democracia e que permite que as pessoas se expressarem livremente, debatam ideias e críticas, bem como sejam informadas sobre os mais diversos assuntos, sendo ainda discutível se tal princípio é relativo ou absoluto, em face de que o art. 220 da Constituição Federal estabelece que a liberdade de expressão deve ser exercida de forma responsável, sendo vedado o anonimato e qualquer forma de propaganda de guerra, de produtos, de processos eleitorais, ou de terrorismo, que incitem ou façam apologia ao crime.

Tal liberdade acarreta um ônus que não pode ser ignorado pela hermenêutica, uma vez que os princípios são vetores de interpretação das normas e como tais, devem sempre serem levados em conta sua valoração pelo legislador constituinte, bem como o sentido polissêmico positivado na norma constitucional, o que atrai a devida análise do discurso moral e sobre a força que as regras morais possuem, levando-se em conta que Miguel Reale (2014, p. 43-47) define que a moral é um conjunto de regras aceitas voluntariamente pela coletividade, mas sem força cogente igual às leis. Em contrapartida, Emile Durkheim (2008, p. 117-118) define que a moralidade é algo externo a nossa vontade e que sujeita aqueles que são afetados, a um constrangimento moral, levando em consideração que o ser humano não é apenas racional, mas também um ser sensível.

Se a moralidade é construída por meio de consenso no seio da coletividade, é notório que em termos de cultura do cancelamento, o discurso amparado em padrões minimamente éticos somente ocorrem com base em conceitos extraídos não da convivência real entre os indivíduos, mas entre a convivência virtual que é lastreada por uma ética mais subjetiva, com regras mais colaborativas e comunitárias, se fiando exclusivamente na evolução do ser humano para além das amarras dos sistemas comunicacionais analógicos, conforme visão de Pierre Levy (1999, p. 126).

Neste sentido, não existem mais relações de poder propriamente dito, mas sim de um consenso entre toda uma comunidade que estabelece um padrão de valores próprios que possuem reflexos na sociedade atual como forma de moldar o comportamento através de princípios construídos através de uma visão liberal sobre o comportamento humano.

E quando o contexto não é do debate mas a do discurso livre para qualquer audiência, não existindo qualquer tipo de filtro ou quando a audiência, por mais que seja plural, não está imbuída do mesmo pensamento que outros, naturalmente o discurso se apropria do conceito do que é moral e imoral, influenciando no debate sobre o que é considerado como conduta adequada entre os diversos grupos e indivíduos, acarretando em uma verdadeira cizânia social, criando uma dualidade artificial sobre quem está certo e quem está errado.

Levando em consideração que o acesso à rede mundial de computadores se expandiu e que acarretou na multiplicidade de opiniões, é possível observar a ocorrência do empobrecimento do discurso e do pensamento, fazendo com que muitos dos discursos propagados nas redes sociais estimulam visões errôneas sobre variados tipos de assuntos, correspondendo esta liberdade de expressão contrária ao direito à informação, banalizando situações não consideradas antijurídicas, mas que são expostas sob as vestes de uma aparente ilicitude contrária ao ordenamento jurídico nacional.

Havendo um conceito enviesado do que é justo ou injusto, essa liberdade é exercida de forma abusiva, criando uma cultura excludente sobre pessoas, afetando os direitos de personalidade e a dignidade daqueles que são indevidamente marginalizados no ambiente virtual.

CAMPANHA DE CANCELAMENTO NA INTERNET COMO LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU OFENSA A HONRA E A IMAGEM?

Diante deste questionamento, devemos ponderar que as manifestações de críticas e de opiniões, em um sentido mais estrito, são consideradas como expressão do pensamento conforme já foi apontando anteriormente e que estão dentro do espectro das liberdades individuais, o que faz presumir se tratar de um direito absoluto e isento de qualquer tipo de limitação legal que possa ocorrer em face de possuir natureza de cláusula pétrea conforme disposição do art. 60, §4º, inciso IV,

da Constituição Federal, que deixa explicitamente claro em seu comando que as garantias fundamentais não podem ser objeto de redução ou abolição, conforme pondera Luís Roberto Barroso (2018, p. 108), esclarecendo que essa limitação material apresentada pelo legislador constituinte originário é a de garantir que as mudanças do ordenamento jurídico constitucional cabe ao único poder constituinte originário que é o povo, sendo esta cláusula uma espécie de defesa da democracia pluralista em evidência.

Mas mesmo que essa liberdade seja considerada uma norma de direito público em razão da sua natureza constitucional, ainda assim se submete à lógica do direito privado conforme é consubstanciado pelo art. 5º, inciso X, da nossa Norma Fundamental, ao estipular que os danos a honra e a imagem ensejam reparação pelo dano moral causado, o que é amparado pelo Código Civil em seus arts. 186, 187 e 927, parágrafo único, conforme é transcrito abaixo:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Vide ADI nº 7055) (Vide ADI nº 6792)
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
> [...].
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (Vide ADI nº 7055) (Vide ADI nº 6792)
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (Brasil, 2002, arts. 186, 187 e 927).

Sob o contexto das ADI's nº 7055 e 6792, o STF julgou parcialmente procedente as respectivas ações, para conferir interpretação conforme a Constituição aos arts. 53, IV, a, e 55, §3º, do CPC, bem como ao art. 4º, III, da Lei nº 9.099/95, em face de inúmeras ações judiciais propostas contra veículos de jornalismo por diversos litigantes e que demandaram ações de reparação de danos à honra e a imagem em diversos foros fora do domicílio do réu, o que em tese dificulta ou até impossibilita a defesa dos organismos de imprensa acionados judicialmente, conforme deixou explicitado a Associação Brasileira De Jornalismo Investigativo – ABRAJI, nos autos das ADI's nº 7055 e 6792 que foram julgadas pelo STF (2024).

A corte constitucional entendeu pela possibilidade de reunião de diversas ações no âmbito dos Juizados Especiais, em que o art. 4º, inciso III da Lei n. 9.099/95, estabelece o foro de domicílio de competência do local do ato ou fato como forma de garantir a devida prevenção, bem como garantir a segurança jurídica das decisões que versam sobre a reparação de danos à honra e a imagem causadas por reportagens investigativas, apontando que a liberdade de expressão em matéria jornalística não é um direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro,

devendo se conformar com os limites impostos pela eficácia horizontal entre os princípios constitucionais. Tal posição casa com o que a Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso IV, sobre a liberdade de expressão estar afeita ao princípio da legalidade estrita, mesmo que tenha a natureza de direito fundamental negativo, diante da necessidade de se coibir os abusos cometidos no exercício regular de um direito.

Portanto, torna-se categórico que existem limites legais e éticos, os quais permitem a devida responsabilização daqueles que utilizam desta liberdade de forma abusiva no ambiente digital, acarretando um ônus que não pode ser ignorado pela hermenêutica, em vista de que os princípios fundamentais são valores decorrentes de uma escolha política pelo legislador constituinte originário, sendo sua relevância traduzida em uma norma-matriz com função conformadora e integralizadora de todo um ordenamento jurídico através de regras gerais de aplicação imediata.

Sob este aspecto, o Supremo Tribunal Federal (STF) consolidou entendimento sobre a liberdade de expressão não ser um direito absoluto e não pode ser utilizada como escudo para a prática de ilícitos, incluindo discursos de ódio, difamação e condutas antidemocráticas, muitas vezes impulsionadas por "campanhas de cancelamento" nas redes sociais, conforme deixa explicitado no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 1057258 (Tema 987) e 1037396 (Tema 533), em que foi declarada a inconstitucionalidade do art. 19 do MCI (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) (2025), pois viola o princípio da dignidade da pessoa humana, cabendo a sua devida proteção nos termos da Constituição Federal pela Corte Suprema e se utilizando da ponderação dos princípios através da devida proporcionalidade entre eles.

Conforme o julgado deixou consignado, a proporcionalidade entre os direitos e garantias fundamentais individuais frente aos direitos da coletividade, ainda que sejam equiparados entre si como de igual gradação, ainda assim possuem limites impostos pelo princípio da igualdade constitucional, devendo serem aplicados em igual medida para todos os indivíduos na sociedade.

No entanto, conforme se pode apurar que tal liberdade não é absoluta, coube a Corte Constitucional atuar na sua função jurisdicional para coibir os excessos e em atendimento ao princípio da igualdade, fazendo uma análise proporcional dos casos em que as manifestações ultrapassam os limites da razoabilidade e que não encontram respaldo no sistema constitucional brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É salutar que toda forma de manifestação, de pensar e de agir deve sempre estar sob a guarida da cláusula de não intervenção estatal, conforme estabelece o art.5º, inciso II, da Constituição Federal, porém esta não tira a necessidade de que haja uma norma positivada sobre limites éticos e morais sobre manifestações além dos limites do dever com a responsabilidade do exercício desta liberdade e do respeito a outras manifestações, em vista de que qualquer manifestação discriminatória pode

acarretar danos colaterais e, consequentemente afetar a tessitura social como um todo, mas havendo uma aparente anomia nestes casos, torna-se claro que a atuação do judiciario conforme o comando previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, bem como no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Dec. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterada pela Lei nº 12.376/2010), é a única forma que a nossa norma constitucional considerou adequada para pacificar o conflito entre o direito a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, apontando que esta manifestação quando é exercida com abuso do direito sob a pretensão de buscar uma pretensa justiça, por si só já demonstra que existem limites que não podem ser ultrapassados, sob pena de acarretarem em verdadeiras injustiças.

Portanto, torna-se salutar que, para que haja um equilíbrio entre os princípios constitucionalmente reconhecidos, sejam de natureza individual, sejam os de natureza coletiva, de forma a trazer a devida pacificação dentro da sociedade, a atuação do Poder Judiciário como instituição permanente de proteção das garantias fundamentais é considerada essencial diante da controvérsia que a cultura do cancelamento representa, pois embora esteja permeada de boas intenções, ainda assim não se encontra livre de abusos desproporcionais diante do contexto moral em que ela se insere, o que corresponde como uma tradução do comportamento humano com base em valores subjetivos que, embora decorram de uma construção com base unicamente no consenso dentro das comunidades virtuais, ainda assim são firmadas em valores ortodoxos e arcaicos, o que demonstra a incongruência entre a mudança de padrões e valores intrínsecos em toda sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI's nº 7055 e 6792. Plenário. STF**. Julgados em 22.05.2024. Disponíveis em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 1.037.396/SP (Tema 987).** Julgado em 27.06.2025. Disponivel em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5160549>. Acesso em 03.02.2026 e;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 1.057.258/MG (Tema 533)**. Julgado em 27.06.2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 3 mar. 2026.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. 16 reimp. Portugal: Edições Almedina, 2003.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2014.

DURKHEIM, Emile. **A educação moral**. Tradução de Raquel Weiss. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

LEMOS, Rodrigo de. **"A grande feira das ideias prontas"**. Cult. Ano 23 – junho de 2020 – edição 258. São Paulo: Bregantini, 2020.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução: Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MARTINS, Wilson. **A palavra escrita: História do livro, da imprensa e da biblioteca**. 3. ed. 2. impr. São Paulo: Ática, 2001.

NG, Eve. **Cancel culture: A critical analysis**. Ohio, USA: Palgrave MacMillan, 2022.

NOGUEIRA, Paulo. **O cancelamento do ocidente: A sociedade que criou a democracia e o Estado de Direito está a autodestruir-se.** Como? Porquê? Lisboa: Autor e Guerra e Paz, 2024.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2014.

Capítulo 10

Proteção Jurídica do Consumidor Idoso na Região Norte do Brasil: Desafios e Repercussões dos Empréstimos Consignados sobre os Benefícios Previdenciários

Legal Protection of Elderly Consumers in the Northern Region of Brazil: Challenges and Repercussions of Payroll-Deductible Loans on Social Security Benefits

Ulisses Cordeiro Maquine

Resumo: A proteção dos direitos dos consumidores idosos na região Norte do Brasil enfrenta sérios desafios, especialmente em relação aos empréstimos consignados, que afetam diretamente seus benefícios previdenciários. Devido à sua renda fixa, essa população se torna vulnerável e alvo de instituições financeiras, resultando em um aumento significativo do superendividamento e expondo-os a riscos financeiros. O propósito deste estudo é analisar a relação entre empréstimos consignados e a proteção dos direitos dos idosos, buscando identificar os principais desafios e os impactos desse fenômeno na segurança financeira desses indivíduos. A pesquisa foi realizada por meio de uma análise documental e revisão da literatura, com ênfase em dados recentes sobre fraudes e práticas abusivas nas contratações de crédito consignado direcionadas aos idosos. Os achados indicam uma realidade alarmante: o crédito consignado, que deveria funcionar como uma ferramenta de inclusão, muitas vezes se transforma em um mecanismo de exploração. A falta de informações claras nos contratos e o aumento das fraudes evidenciam a fragilidade desse grupo, que frequentemente assume dívidas superiores à sua capacidade de pagamento. Embora haja esforços judiciais para restaurar a justiça, a falta de uma legislação específica continua a ser um obstáculo significativo. Diante desse cenário, é essencial que o Estado implemente políticas públicas eficazes para proteger os idosos, promovendo a educação financeira e a transparência nas práticas comerciais. A criação de programas de conscientização sobre os direitos do consumidor e uma regulamentação mais rigorosa para instituições financeiras são fundamentais para garantir um ambiente de consumo mais seguro e equitativo para os idosos.

Palavras-chave: empréstimos consignados; direitos dos consumidores; idosos; superendividamento; políticas públicas.

Abstract: The protection of the rights of elderly consumers in the Northern region of Brazil faces serious challenges, especially regarding payroll loans, which directly affect their pension benefits. Due to their fixed income, this population becomes vulnerable and a target for financial institutions, resulting in a significant increase in over-indebtedness and exposing them to financial risks. The purpose of this study is to analyze the relationship between payroll loans and the protection of the rights of the elderly, aiming to identify the main challenges and the impacts of this phenomenon on the financial security of these individuals. The research was conducted through a documentary analysis and literature review, focusing on recent data about fraud and abusive practices in the hiring of payroll credit aimed at the elderly. The findings indicate an alarming reality: payroll credit, which should function as an inclusion tool, often turns into a mechanism of exploitation. The lack of clear information in contracts and the rise in fraud highlight the fragility of this group, which frequently takes on debts exceeding

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.10

their repayment capacity. Although there are judicial efforts to restore justice, the absence of specific legislation remains a significant obstacle. In light of this scenario, it is essential for the State to implement effective public policies to protect the elderly, promoting financial education and transparency in commercial practices. The creation of awareness programs about consumer rights and stricter regulations for financial institutions are fundamental to ensuring a safer and more equitable consumption environment for the elderly.

Keywords: payroll loans; consumer rights; elderly; over-indebtedness; public policies.

INTRODUÇÃO

O superendividamento dos consumidores é um fenômeno comum na sociedade de consumo contemporânea. A importância do ato de consumir na vida das pessoas, juntamente com a expansão do mercado de crédito em diversos países nas últimas décadas, resultou em elevados níveis de endividamento e inadimplência entre os consumidores (Machado, 2022).

A análise do superendividamento dos idosos, especialmente no contexto dos empréstimos consignados, possui uma relevância social considerável, pois toca diretamente a dignidade e a qualidade de vida dessa população. O acesso a crédito, embora seja um direito, muitas vezes se torna uma armadilha para aqueles que já enfrentam limitações cognitivas, físicas e econômicas, como é o caso de muitos idosos. O endividamento excessivo pode resultar em consequências devastadoras, como a perda de bens essenciais, aumento da vulnerabilidade social e, em alguns casos, agravar problemas de saúde.

Segundo Martins e Souza (2020, p. 87): “O aumento da pressão financeira sobre os idosos, resultante do crédito fácil e das altas taxas de juros, contribui para a exclusão social e o comprometimento de sua saúde emocional e financeira”. Portanto, este estudo visa não apenas analisar os impactos econômicos do endividamento entre idosos, mas também avaliar como as políticas públicas podem ser mais eficazes em garantir a proteção desses indivíduos, promovendo um envelhecimento mais digno e seguro (Martins e Souza, 2020, p. 87).

Além disso, a discussão sobre a proteção do consumidor idoso reflete a necessidade de uma maior conscientização e fiscalização sobre práticas de crédito abusivas, especialmente em regiões como o Amazonas, onde o acesso a serviços financeiros pode ser mais limitado, o que amplifica as desigualdades (Alves, 2022).

De acordo com Alves (2022), um dos principais aspectos que permeiam a relação de consumo, regida pelas normas da Lei Federal nº 8.078/90, que estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), é o princípio da vulnerabilidade do consumidor. No entanto, alguns consumidores, devido a diversos fatores, podem estar em situações ainda mais fragilizadas. Esse é o caso dos idosos, que, por apresentarem uma vulnerabilidade acentuada em comparação aos demais consumidores, são considerados “hipervulneráveis”. Essa situação se agrava com a perda de algumas capacidades físicas ou mentais, o que pode dificultar sua interação nas relações de consumo, além da necessidade de produtos

e serviços oferecidos por certos fornecedores, criando uma forma de "dependência" em relação às condições impostas por eles.

No Brasil, a situação das pessoas idosas é abordada de maneira específica pela Constituição Federal, que, em seu artigo 230, assegura uma proteção explícita, destacando sua vulnerabilidade na sociedade. Nesse contexto, os idosos são considerados vulneráveis de forma cognitiva, física e psicológica, pois estão em uma fase avançada da vida e enfrentam necessidades essenciais e urgentes para a manutenção de sua existência (Faria, 2021).

Nesse contexto, a proteção do consumidor idoso no Amazonas enfrenta desafios significativos, especialmente no contexto dos empréstimos consignados relacionados aos benefícios previdenciários. Essa modalidade de empréstimo consignado foi instituída no governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no ano de 2003, pela lei n° 10.820, de 17 de dezembro de 2003 (Barone; Sader, 2008). E consiste no desconto em folha de pagamento das parcelas de empréstimos tomados por aposentados e pensionistas do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e servidores das esferas federal e municipal, que não deve comprometer mais do que 35% de sua renda, taxa determinada pelo Banco Central. Dos 35% de margem que devem estar disponíveis para tomada de crédito, 30% estão destinados para empréstimos pessoais e 5% para aquisição de cartões de crédito (Freire, 2018).

Portanto, o problema de pesquisa está na análise das práticas de concessão e utilização desses empréstimos, que frequentemente levam a situações de endividamento excessivo e obrigações financeiras insustentáveis para essa população vulnerável. Logo, intuito deste estudo é examinar os impactos sociais e econômicos dos empréstimos consignados sobre os idosos na região norte, além de avaliar a eficácia das medidas de proteção ao consumidor previstas na legislação atual.

A pesquisa buscará apresentar recomendações para aprimorar a defesa dos direitos dos idosos, assegurando sua dignidade e segurança financeira. Para alcançar tal intento, o método aqui empregado será o da análise da literatura jurídica, com uma abordagem amparada em pesquisas essencialmente bibliográficas e jurisprudenciais, assim como de teorias e conhecimentos relacionados ao tema.

O trabalho está estruturado em cinco partes principais: 1) Introdução ao direito do consumidor e à vulnerabilidade social e econômica dos idosos; 2) Análise dos aspectos legais dos empréstimos consignados no Brasil; 3) Discussão sobre o acesso à justiça para os consumidores idosos, abordando as dificuldades enfrentadas por esse grupo; 4) Avaliação dos impactos dos descontos em benefícios previdenciários sobre a vida financeira dos idosos; e 5) Estudo específico sobre o consumidor idoso no Norte do Brasil, considerando as particularidades regionais e os desafios locais relacionados ao crédito consignado.

DIREITO DO CONSUMIDOR

Qualquer pessoa com capacidade financeira, ou seja, que tenha condições de adquirir produtos, pode ser vista como um consumidor. Existem várias categorias de consumidores, e as empresas, além das que produzem bens de consumo, têm a responsabilidade de identificar perfis que se alinhem aos produtos ou serviços que disponibilizam. Elas desenvolvem estratégias de marketing para atrair o máximo de consumidores potenciais, visando gerar lucros e impulsionar a economia (Nascimento, 2024).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é considerado a lei mais inovadora do século XX, provocando uma profunda e significativa transformação no ordenamento jurídico brasileiro. Sua criação visou regular as relações de consumo, gerando uma influência direta em todo o sistema jurídico do país, o que alterou de maneira substancial a doutrina e a jurisprudência nos tribunais (Almeida, 2021). Assim, observa-se que o CDC se tornou um referencial essencial para o direito obrigacional, assim como para as relações contratuais e os institutos que geram relações de consumo (Cavalieri Filho, 2019).

> No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradoras, sejam ou não destinatárias finais. Visa também defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idades no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usados os produtos e serviços como destinatários finais (Marques, 2013, p. 92).

A Lei nº 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor) entrou em vigor em 11 de março de 1991, estabelecendo uma regulamentação para as relações de consumo em conformidade com a Constituição Federal brasileira de 1988, tornando-se um importante marco de inovação para a cidadania. O constituinte tinha como objetivo criar um Estado de bem-estar social, evitando assim a exploração nas relações de consumo. O artigo 5º, inciso XXXII, enfatizou a necessidade de elaborar uma lei específica para implementar esse programa de proteção. Assim, em 11 de setembro de 1990, foi promulgada a lei n° 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), introduzindo uma política nacional de proteção ao consumidor no ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo a especificidade das relações de consumo e a vulnerabilidade do consumidor (Rosa, 2024).

A Vulnerabilidade Social e Econômica dos Consumidores Idosos

De acordo com Tartuce (2015), a vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório.

A vulnerabilidade do consumidor é depositada como um dos fundamentos da política nacional de relações de consumo, aferindo sentido instrumental à proteção da defesa do consumidor e, logo, da dignidade da pessoa humana. Prontamente, para concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações de consumo, se mostra imperativo o respeito à vulnerabilidade do consumidor (Dobarro, 2016).

O consumidor idoso, devido à sua vulnerabilidade acentuada em relação às práticas do mercado, está mais exposto a assédios e violações de direitos por parte de fornecedores de produtos e serviços. Isso pode levar, entre outras consequências, ao fenômeno do superendividamento dessa população. Além disso, a falta de orientação sobre os riscos associados a esse tipo de contrato, somada ao fato de que, nesta fase da vida, os idosos precisam de produtos específicos para suas necessidades, resulta em uma situação em que muitos não têm condições de aumentar sua renda, dependendo apenas de seus modestos vencimentos (Santos, 2022).

Para Santos (2022), a partir dessa demanda social e econômica, a legislação brasileira destinada à proteção do consumidor idoso, destacando-se aqui o Código de Defesa do Consumidor e o próprio Estatuto do Idoso, sofreram alterações com a Lei nº 14.181/2021. Com a finalidade de aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, a referida norma preocupou-se especialmente com o idoso, ao prever no artigo 54 -C, inciso IV a vedação a assediar ou pressionar essa parcela da população para contratar produto, serviço ou crédito.

O consumidor já é tido como vulnerável. Contudo, o consumidor idoso é portador de uma vulnerabilidade ainda maior, a qual lhe coloca em uma condição especial quando está envolvido com relações jurídicas de consumo. A caracterização da hipervulnerabilidade do idoso é assim entendida por Cláudia de Lima Marques (2016):

> Efetivamente, e por diversas razões, há que se aceitar que o grupo dos idosos possui uma vulnerabilidade especial, seja pela sua vulnerabilidade técnica exagerada em relação a novas tecnologias (home banking, relações com máquina, uso necessário de internet, etc.); sua vulnerabilidade fática quanto à rapidez das contratações; sua saúde debilitada; a solidão de seu dia-a-dia, que transforma um vendedor de porta em porta, um operador de telemarketing, talvez na única pessoa com a qual tenham contato e empatia naquele dia; sem falar em sua

> vulnerabilidade econômica e jurídica, hoje, quando se pensa em um teto de aposentadoria único no Brasil de míseros 400 dólares para o resto da vida.

Logo, a necessidade de proteção do consumidor idoso, nesse contexto, ocorre diante dos diversos fatores que acompanham o envelhecimento da pessoa natural, como a diminuição de aptidões físicas e psíquicas, bem como os fatores relacionados a pressões familiares e da própria sociedade de consumo, que atinge esse grupo populacional por meio do marketing agressivo e pelo direcionamento de mercado. Neste panorama e diante do cenário de endividamento e desemprego agravado pela pandemia de Covid-19, foi promulgada, em 02/07/2021, a Lei n° 14.181, que efetuou alterações no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Pessoa Idosa, inaugurando mecanismos de prevenção e tratamento ao superendividamento (Borges, 2023).

Dessa forma, a vulnerabilidade decorre da simples contratação ocorrer no mercado entre um consumidor e um fornecedor. Para garantir a proteção deste grupo, o Código de Defesa do Consumidor adotou em seu sistema geral de responsabilidade, a responsabilidade objetiva. Nesse sentido, a adoção se dá em razão da massificação dos produtos e serviços, pela alta possibilidade de o consumidor sofrer danos econômicos, à sua saúde ou segurança com a disponibilização de um produto ou serviço, pela insuficiência da responsabilidade subjetiva e por caber ao fornecedor arcar com os riscos de seu empreendimento.34 Ao transferir para o fornecedor os riscos, o Código de Defesa do Consumidor cumpre seu papel de proteção em virtude da vulnerabilidade do consumidor (Silva, 2021).

Os Aspectos Legais dos Empréstimos Consignados no Brasil e o Acesso à Justiça para os Consumidores Idosos

Com a promulgação da Constituição de 1988, os anos seguintes foram dedicados a dar concretude a esse novo enfoque jurídico, que não se limita apenas ao Direito Positivo, à codificação e à legislação, mas também considera o ser humano. Não se trata de um sujeito abstrato de direito, mas sim de um ser humano real e visível, cujos anseios socioeconômicos, jurídicos e holísticos são reconhecidos. Um ser humano-pessoa-cidadão que solicita do Estado a proteção de seus direitos, o aprimoramento de seu bem-estar e o reconhecimento de sua vulnerabilidade frente ao mercado e à Administração. Assim, o século XXI marca a consolidação, no Brasil, do processo de redemocratização do Estado de Direito, gerando novos movimentos que, ao menos no âmbito do Judiciário, buscam uma Justiça mais acessível, rápida, efetiva, sensível às necessidades de todos os segmentos sociais e, em última análise, mais democrática (Pessoa, 2021).

Fruto de intenso debate entre diferentes categorias profissionais, acadêmicas, populares e políticas, o processo constituinte brasileiro, na década de 1980, impulsionado pelo movimento de redemocratização nacional, permitiu que entrassem na Constituição Federal de 1988 institutos legais de envergadura ampla, positivando garantias que ensaiavam um projeto de Estado de bem-estar social. No

texto constitucional, a previdência social – restrita aos trabalhadores contribuintes do sistema previdenciário – a assistência social e a saúde (com prestação sem contrapartida contributiva direta da população) estão compreendidas em um sistema de seguridade social que integra ações de iniciativa do poder público e da sociedade para a garantia de direitos de cidadania à população (Abreu, 2014).

Desde 1890 até o ano de 2024, diversas legislações referentes a empréstimos foram promulgadas. No entanto foi somente em 2003 que o empréstimo consignado, foi autorizado para todos os trabalhadores, aposentados e pensionistas. A oscilação econômica no Brasil ao longo do tempo justifica o intervalo significativo entre a introdução inicial do crédito consignado em 1890 e sua ampliação posterior em 2003 (Junior Paula, 2024).

Para Silva (2024), uma das modalidades mais comuns de contrato financeiro para aposentados é o empréstimo consignado, no qual o valor das parcelas é descontado diretamente do benefício previdenciário do aposentado, facilitando o acesso ao crédito. Essa modalidade possui taxas de juros geralmente mais baixas em comparação a outros tipos de empréstimos, pois existe uma garantia de pagamento por meio da renda mensal da aposentadoria. Tendo em vista que essa modalidade pode comprometer até 40% da renda mensal, conforme o que diz o art. 1º, § 1º, da Lei 10.820 de 2003:

> O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, até o limite de 40% (quarenta por cento), sendo 35% (trinta e cinco por cento) destinados exclusivamente a empréstimos, financiamentos e arrendamentos mercantis e 5% (cinco por cento) destinados exclusivamente à amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito consignado ou à utilização com a finalidade de saque por meio de cartão de crédito consignado (Brasil, 2003, n.p.).

De acordo com a decisão do STJ (2024):

> Em uma ação contra a entidade de previdência, o aposentado solicitou que os descontos em sua aposentadoria complementar fossem limitados a 30% de seus rendimentos brutos, após os descontos obrigatórios. Esse limite era o máximo estabelecido pela Lei 10.820/2003 na época em que a ação foi proposta. Posteriormente, com a publicação da Lei 14.431/2022, o teto foi aumentado para 40%, sendo que 5% desse valor é destinado à amortização de despesas relacionadas ao uso de cartão de crédito consignado. Após ter seu pedido negado em primeira instância, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) acolheu a solicitação do aposentado, reconhecendo que os descontos em sua folha de pagamento haviam ultrapassado o limite legal. Em recurso especial, a entidade de previdência argumentou que não deveria ser tratada da mesma forma que as demais instituições financeiras abrangidas pela Lei 10.820/2003.

A decisão que autoriza a aplicação de descontos sobre verbas rescisórias, de acordo com o previsto nos contratos de empréstimo, financiamento, cartão de crédito ou arrendamento mercantil, representa uma significativa flexibilização nas relações de consumo e nas práticas de crédito no Brasil. Com o limite estabelecido em 40%, sendo 35% voltados para empréstimos e financiamentos e 5% para despesas relacionadas ao cartão de crédito consignado, o objetivo é proteger os consumidores, especialmente os mais vulneráveis, de serem sobrecarregados por dívidas excessivas. Entretanto, essa medida levanta preocupações quanto à proteção do consumidor. Embora permitir descontos sobre verbas rescisórias possa facilitar a recuperação de créditos pelas instituições financeiras, isso pode também piorar a situação financeira de indivíduos que já enfrentam dificuldades, especialmente em períodos de crise econômica.

Nesse sentido o acesso à justiça é um direito fundamental. Sem ele, a realização de outros direitos é inviável. Portanto, qualquer ameaça a esse acesso causa sérios danos aos princípios da igualdade e à supremacia da lei. A Constituição Federal de 1988 reconheceu o acesso à justiça como um direito em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse dispositivo constitucional garante que todos, sem exceção, possam buscar a justiça, promovendo assim a construção de uma sociedade mais justa e republicana (Sadek, 2014).

No entanto esse acesso ainda exibe barreiras, principalmente, quando se fala no acesso aos vulneráveis. O elevado custo do processo é um dos principais obstáculos à efetiva prestação jurisdicional. As altas custas processuais, combinadas com os honorários advocatícios, muitas vezes superam o benefício econômico obtido ao final da ação. Além disso, a longa duração dos processos representa uma barreira significativa à entrega da justiça. Muitas vezes, os benefícios das ações judiciais são desfrutados pelos descendentes das partes, devido ao extenso tempo necessário para a resolução. A lentidão dos processos judiciais resulta de diversos fatores. Em primeiro lugar, destaca-se a falta de uma estrutura adequada no Judiciário (Santos, 2024).

Para Santos (2024), além desses, outros fatores significativos também dificultam o acesso do cidadão à Justiça, como a falta de conhecimento sobre seus próprios direitos, resultante do muito baixo nível de educação formal da população brasileira, e o medo de represálias por causa da proposta de uma ação judicial. Dessa forma, os obstáculos mencionados acima impedem que o Estado ofereça ao cidadão a atividade jurisdicional de maneira justa, conforme garantido pela Constituição.

Os Impactos dos Descontos em Benefícios Previdenciários dos Segurados e Consumidores Idosos

A Lei 13.712/2015 permitiu o aumento da margem de consignação de 30% para 35%, sendo que os 5% acrescidos devem ser vinculados a contratações de cartão de crédito consignado. Desde então, houve a oferta massificada ao mercado

de consumo de operações de saque via cartão de crédito consignado (operação eminentemente diferente das operações de empréstimo consignado que, até então, eram concretizadas pelos consumidores). Indigitadas operações são hoje, porém, alvo de inúmeras demandas judiciais, as quais, sob o pretexto da existência de vício de consentimento e onerosidade excessiva das avenças, buscam discutir sua higidez (Gonçalvez, 2015).

Inicialmente, o consumidor idoso realiza a contratação do empréstimo sem entender claramente suas cláusulas. A facilidade da primeira contratação acaba atraindo o idoso para novas operações, o que resulta em superendividamento, comprometendo a garantia do mínimo existencial para sua família e dificultando a resolução desse problema financeiro (a prevenção e o tratamento do superendividamento do consumidor são abordados nos artigos 54-A e seguintes do CDC) (Silva, 2021).

Por outro lado, Silva (2021), afirma que a fraude ocorre quando o consumidor idoso não solicita o empréstimo, mas ainda assim tem o crédito acessado. Essa situação é resultado de uma ação criminosa, onde o golpista se faz passar pelo segurado e retira o crédito de sua conta bancária. Como consequência, o idoso é descontado pela parcela do empréstimo fraudulento em seu benefício previdenciário. Além disso, a fraude também pode ocorrer quando o idoso não contrata o empréstimo, mas recebe o crédito em sua conta bancária. Essas operações de crédito costumam gerar comissões.

A jurisprudência tem afirmado que a "intervenção do Estado na economia, fundamentada na livre iniciativa, deve respeitar os princípios do direito do consumidor, que são protegidos por dispositivos constitucionais específicos (CF, arts. 170 e 5º, XXXII) (REsp. 744.602)". Além disso, o Código de Processo Civil, em seu artigo 8º, determina que "ao aplicar a legislação, o juiz deve levar em conta os objetivos sociais e as necessidades do bem comum, promovendo e preservando a dignidade da pessoa humana, enquanto observa os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência". Nesse contexto, em um brilhante voto, o Superior Tribunal de Justiça, representado pelo Ministro Herman Benjamin, ressaltou:

> Proteger o hipervulnerável beneficia, na verdade, toda a sociedade, pois promove o respeito ao compromisso coletivo de inclusão social, que é fundamental. Isso não se refere apenas ao aspecto material, mas abrange a dimensão humanista e intangível dos princípios da dignidade humana e solidariedade. Garantir a inclusão judicial dessas pessoas hipervulneráveis, assim como dos representantes que as defendem, é essencial para que ninguém fique à mercê da Justiça por falta de alguém que defenda seus direitos prejudicados (Brasil, 2010).

Ao analisar as demandas judiciais e as relações de consumo no Brasil, nota-se que os idosos demonstram uma vulnerabilidade maior em comparação com outros consumidores, o que os classifica como consumidores hipervulneráveis (Tartuce; Neves 2021, p. 67). Além disso, essa hipervulnerabilidade é intensificada por vários

fatores, destacando-se a ausência de normas que realmente salvaguardem os direitos e interesses dessa população.

O Consumidor Idoso Diante dos Contratos de Crédito Consignado no Norte do Brasil

O empréstimo de dinheiro na modalidade “crédito consignado” surgiu como uma forma de inclusão dos idosos no mercado de consumo, mas resultou em um aumento significativo das taxas de superendividamento entre essa população. Além da exploração por parte dos fornecedores, muitos idosos começaram a assumir o papel de chefes de família. A aposentadoria, que deveria ser destinada apenas para garantir a qualidade de vida desses indivíduos, passou a ser parte da renda familiar, servindo para sustentar diversos dependentes (Souza, 2019).

A Justiça Federal e a Estadual vêm vivenciando um aumento progressivo de ações envolvendo empréstimos consignados de idosos. Os meios de comunicação também têm divulgado, com maior frequência, fraudes relacionadas a esse tipo de contrato. Com o aumento da expectativa de vida dos brasileiros, os idosos se tornaram uma grande fatia do mercado de consumo e os fornecedores voltam seus esforços para seduzir esse novo público que, por possuir renda certa, gera maior segurança no adimplemento das obrigações contratuais. Ocorre que esse novo público tem características próprias, com maior vulnerabilidade, sendo necessário avaliar se as atividades comerciais voltadas à captação desse público são adequadas e se a legislação e os órgãos administrativos têm conseguido proteger, de forma eficaz, esse grupo vulnerável (Ribeiro, 2022).

A oferta predatória de crédito no mercado de consumo tem se tornado uma prática das instituições financeiras e isso é inegável. O uso de práticas incisivas de abordagem, através de telefonemas reiterados, com técnicas de comunicação muito bem pensadas e que levam as pessoas a responderem o que as empresas esperam, estão ficando corriqueiras e perigosas, ultrapassando os limites da razoabilidade e levando o consumidor a ser vítima de situações que o levam a ciladas financeiras e até ao superendividamento, violando sua dignidade humana (Santos, 2023).

No Brasil, ainda não há uma abordagem legislativa específica para essa questão. Essa lacuna torna urgente a atualização do Código de Defesa do Consumidor, pois a ausência de normas impede a efetivação de princípios como o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, fundamentais para esse grupo de consumidores que necessita de atenção especial nesta etapa da vida. O Estado deve agir de forma preventiva no combate ao superendividamento, promovendo a capacitação e a educação dos consumidores, além de tratar os casos já existentes. É essencial ter cautela ao lidar com consumidores classificados como hipervulneráveis, como os idosos. Esse grupo se encontra em uma situação de vulnerabilidade acentuada, o que os torna mais propensos a serem enganados por aqueles que buscam explorar sua renda (Souza, 2019).

Os principais argumentos por trás dessas demandas incluem a alegação de que o produto não foi contratado, citando fraude bancária, ou levantando questões

sobre as parcelas intermináveis do empréstimo. Além disso, há reclamações sobre a falta de compreensão a respeito da natureza do produto oferecido. Por exemplo, o requerente pode inicialmente desejar contratar um empréstimo consignado, mas acaba sendo oferecido um cartão consignado, o que não é percebido no momento da contratação (Oliveira, 2020).

No Amazonas o relator Marcelo Manuel da Costa Vieira, da 1ª Turma Recursal julgou O caso decidido pelo Tribunal de Justiça do Amazonas, por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), destaca a relevância do dever de informação em contratos de cartão de crédito consignado.

A anulação desses contratos, quando não há evidência de que o consumidor foi devidamente informado, reforça a proteção ao consumidor, que é fundamental no sistema jurídico brasileiro. As teses judiciais estabelecidas afirmam que o uso do cartão não implica aceitação tácita dos termos, sendo vital garantir a validade do contrato por meio da clareza nas informações. Além disso, a possibilidade de devolução em dobro dos valores descontados indevidamente, conforme o artigo 42 do CDC, fortalece os direitos do consumidor e reconhece a admissibilidade do dano moral em casos de falhas informativas. A decisão também enfatiza a responsabilidade dos fornecedores em manter a transparência nas relações contratuais, promovendo um equilíbrio que visa coibir práticas abusivas e garantir um mercado mais justo:

TJ-AM, Relator: Marcelo Manuel da Costa Vieira:

> RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. SERVIÇO BANCÁRIO. CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO POR MEIO DO JULGAMENTO DE IRDR PELO TJAM. FALTA COM O DEVER DE INFORMAÇÃO. CONTRATO INVÁLIDO. CONVERSÃO EM CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. COMPLEXIDADE MANTIDA. INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL. Em 2019, o Tribunal de Justiça do Amazonas, por meio do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. XXXXX-73.2018.8.04.9000, estabeleceu três teses sobre o cartão de crédito consignado. A primeira tese determinou que contratos de cartão consignado são inválidos se não houver prova clara de que o consumidor foi adequadamente informado sobre os termos do contrato. Nesse caso, o uso do cartão não valida o contrato nem afasta a possibilidade de dano moral, que deve ser analisado conforme o caso. A segunda tese afirmou que o uso do cartão não elimina o dever do fornecedor de fornecer informações claras no momento da contratação, e que a legalidade do contrato está diretamente ligada à sua validade. A terceira tese fixou que, em caso de contrato inválido, a restituição deve ser simples, com devolução dos valores pagos indevidamente, salvo quando houver má-fé comprovada, quando a devolução será em dobro, conforme o CDC (art. 42, parágrafo único). Mais recentemente, em fevereiro de 2022, o Tribunal de Justiça julgou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. XXXXX-75.2019.8.04.0000 (Tema 5 – IRDR), reafirmando essas teses e estabelecendo que é possível a revisão das cláusulas contratuais, a devolução em

> dobro dos valores descontados e o reconhecimento do direito do consumidor a danos morais, dependendo do caso (Amazonas, 2022).

O caso mencionado, decidido pelo Tribunal de Justiça do Amazonas, reforça a necessidade de transparência na contratação de cartões de crédito consignado. As teses estabelecidas determinam que contratos sem informações claras são inválidos, independentemente do uso do cartão, e que a falta de informação adequada pode resultar em danos morais. Além disso, preveem a devolução dos valores pagos indevidamente, com a possibilidade de restituição em dobro quando houver má-fé, conforme o Código de Defesa do Consumidor. A decisão mais recente, por meio do IRDR, consolidou essas diretrizes, garantindo maior proteção aos consumidores, especialmente aos idosos.

De acordo com Alves (2020), entre as proteções previstas no Código de Defesa do Consumidor, como a proibição de práticas abusivas, estão aquelas direcionadas aos idosos. A maioria dessas infrações é perpetrada por fornecedores de crédito, que oferecem empréstimos pessoais consignados para beneficiários do INSS. Esses fornecedores exploram a facilidade de concessão e as necessidades específicas desses consumidores, que, muitas vezes, se tornam vítimas de fraudes, com as empresas utilizando seus dados para realizar empréstimos sem a devida autorização.

Em caso semelhante de contratação com fraude, o mesmo tipo de devolução foi observado em decisão do Tribunal de Justiça do Amapá.

> No que se refere à devolução simples, o Tribunal de Justiça de Roraima decidiu que, mesmo com o idoso afirmando não ter contratado o empréstimo consignado, a turma concluiu que o banco não agiu de má-fé. Assim, a análise dos autos, especialmente o conjunto probatório, revelou a existência de um negócio jurídico fraudulento, sem suporte fático para os débitos, e a apelada não conseguiu demonstrar fatos que impedissem, modificassem ou extinguissem o direito da autora. Quanto à repetição do indébito, não houve comprovação de má-fé da Instituição Financeira, tornando impossível o sucesso do pedido nesse aspecto. Portanto, voto pelo parcial provimento do recurso, declarando a nulidade de todos os contratos questionados pela apelante, com a devolução simples dos valores descontados (CNJ, 2024) (Amapá, 2022).

De maneira semelhante foi possível observar em decisão do Tribunal de Justiça do Acre:

> Afirma a autora que nunca celebrou negócio com o banco demandado, tampouco solicitou o cartão de crédito objeto do contrato questionado. Ressalta-se que o réu/apelante é quem possui a tecnologia na prestação do serviço, devendo disponibilizá-la ao consumidor com segurança, informação, clareza e transparência. Por tal razão, cabe ao fornecedor provar que não ocorreu falha em sua prestação, pois o consumidor,

> nesse aspecto, possui hipossuficiência técnica. Assim, havendo fraude na contratação, não se pode considerar como sendo da autora a responsabilidade pelo pagamento das cobranças, o que torna indevidos os descontos em seu benefício previdenciário (Acre, 2021).

Nessa perspectiva, resta clara a falha na prestação de serviço do réu/apelante, já que permitiu a perpetuação da fraude, sendo, portanto, devida a declaração de inexistência do débito e a devolução dos valores descontados indevidamente do benefício previdenciário da autora/apelada. Declarada a nulidade do contrato firmado, o qual previa descontos em folha de pagamento da autora, é caso de devolução dos valores deduzidos, sob pena de não ter qualquer eficácia a declaração de nulidade. No entanto, a devolução não deve ser em dobro. Deve-se considerar que as partes agem, em princípio, com boa-fé. A boa-fé se presume. O que não se presume é a má-fé. O réu, quando cobrou os valores, o fez com base em contrato supostamente válido existente entre as partes. Cobrou o que entendia que era o seu crédito, com base no contrato que mantinha. Não se pode lhe atribuir má-fé (CNJ, 2024).

Portanto, este trabalho evidencia a importância da hipervulnerabilidade do consumidor idoso nas relações de consumo, particularmente em relação às instituições financeiras nos contratos de empréstimo consignado, que se manifestam como uma das causas do superendividamento e dos desafios financeiros enfrentados por essa faixa etária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vulnerabilidade dos idosos no mercado, devido à sua renda fixa, os tornou alvo de instituições financeiras e da publicidade, o que contribuiu para o aumento do superendividamento. A relevância de sua renda para a família, os expôs a riscos financeiros, especialmente em relação ao crédito consignado e aos cartões de crédito, com muitos casos de fraudes relatados que simulam contratações.

Portanto a investigação revela uma situação preocupante, onde o empréstimo consignado, que deveria atuar como um meio de inclusão, acaba se tornando um fator de exploração e vulnerabilidade. O aumento das fraudes e a falta de informações transparentes nos contratos evidenciam a fragilidade desse grupo, que frequentemente assume compromissos financeiros além de sua capacidade real.

Logo as decisões judiciais têm se esforçado para restaurar a justiça, reconhecendo a nulidade de contratos que não foram devidamente informados e promovendo a devolução adequada dos valores. No entanto, a carência de uma legislação específica e a necessidade urgente de um sistema de proteção mais efetivo para os consumidores hipervulneráveis, especialmente os idosos, são claras.

Diante do exposto, é essencial que o Estado atue de forma proativa, implementando políticas públicas que garantam a educação financeira, promovam a transparência nos serviços bancários e protejam contra práticas abusivas. A

pesquisa também se propõe a apresentar recomendações práticas para fortalecer a defesa dos direitos dos idosos, assegurando sua dignidade e segurança financeira. Isso pode incluir a criação de programas de conscientização sobre os direitos do consumidor, a capacitação de profissionais que atendem esse público e a promoção de regulamentações mais rigorosas para instituições financeiras, de modo a garantir que todas as transações sejam claras e justas. Assim, será possível criar um ambiente mais seguro e equitativo para os idosos no mercado de consumo.

Nesse sentido, conclui-se que o impacto da utilização do empréstimo consignado, deve ser abordado como um fenômeno complexo e interdisciplinar, e ainda há uma carência de estudos científicos sobre os efeitos práticos da nova legislação, especialmente no que diz respeito aos idosos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Deidvid. **Políticas públicas de saúde e assistência social no Brasil direcionadas às pessoas em situação de rua que fazem uso ou abuso de álcool e outras drogas: contribuições para um debate**. Cadernos Brasileiros de Saúde Mental/Brazilian Journal of Mental Health, v. 6, n. 14, p. 129-149, 2014.

ACRE. Acórdão. Tribunal de Justiça do Estado do Acre, jan. 2026. Tribunal de Justiça do Estado do Acre. **Justiça condena instituição bancária por descontos indevidos em benefício previdenciário decorrentes de contrato de cartão de crédito consignado não reconhecido pela consumidora.**

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ALVES, Cleiciane Oliveira. **O contrato de concessão de crédito consignado e o superendividamento do consumidor idoso**. 2020.

ALVES, Fabrício Germano; DE MEDEIROS, Mayara Vívian. A proteção jurídica do idoso como consumidor hipervulnerável. **Revista Jurídica Da FA7**, v. 19, n. 1, p. 13-27, 2022.

AMAZONAS. **Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Recurso Inominado. Serviço bancário. Cartão de crédito consignado. Novo entendimento firmado por meio do julgamento de IRDR. Rel. Des. Marcelo Manuel da Costa Vieira**. Incidente de Uniformização de Jurisprudência n. XXXXX-73.2018.8.04.9000. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. XXXXX-75.2019.8.04.0000 (Tema 5 – IRDR). Julgamento em fev. 2022. Acórdão.

AMAPÁ. **Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Apelação Cível. Empréstimo consignado. Repetição do indébito. Ausência de má-fé. Devolução simples.** Relator: [nome do relator]. Julgamento em 2024. Acórdão.

BARONE, Francisco Marcelo; SADER, Emir. Acesso ao crédito no Brasil: evolução e perspectivas. **Revista de Administração Pública,** v. 42, p. 1249-1267, 2008.

BORGES, Viviane *et al.* **A Proteção do Consumidor Idoso frente ao Superendividamento: Uma análise da Lei n° 14.181/2021**. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 931.513/RS.** Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 25 nov. 2009, DJe 27 set. 2010. Acórdão. No voto, o Ministro destacou que proteger o hipervulnerável beneficia toda a sociedade, promovendo o respeito ao compromisso coletivo de inclusão social e à dignidade da pessoa humana.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**.5 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CNJ. **Análise Da Tramitação De Processos Relacionados Às Pessoas Idosas No Brasil.** 2024. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/pnud-cnj-relatorio-pessoas-idosas.pdf. Acesso em: 29 de outubro de 2024.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo; VILLAVERDE, André. A vulnerabilidade agravada do consumidor idoso à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Jurídica Luso-Brasileira.** Ano, v. 2, p. 1371-1391, 2016.

FARIA, Luis Henrique Eslabão; CONCEIÇÃO, Lucas Gonçalves. **Direito do consumidor, idoso e crédito consignado: os reflexos da Lei N. 20.276/2020 do Estado do Paraná na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. 2021.

GONÇALVES, Milton Rodrigues. A interpretação dos negócios jurídicos à luz da boa-fé: as operações de saque via cartão de crédito consignado efetivadas por consumidores hipervulneráveis, no período ligeiramente posterior à edição da Lei 13.172/2015. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania,** v. 4, n. 1, p. 56-66, 2019.

JUNIOR, Paula *et al.* **Empréstimo consignado: práticas abusivas diante do Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação pelo poder judiciário**. 2024.

MACHADO, Henrique Resende Versiani; MILANEZ, Felipe Comarela. A vulnerabilidade qualificada do consumidor idoso e o superendividamento: uma análise da Lei 14.181/21. **Revista de Direito**, v. 14, n. 01, p. 01-31, 2022.

MARQUES, Claudia Lima. 25 Anos de Código de Defesa do Consumidor e as Sugestões Traçadas pela Revisão de 2015 das Diretrizes da ONU de Proteção dos Consumidores para a Atualização. **Revista de Direito do Consumidor,** v. 103, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. **São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,** 2004.

NASCIMENTO, Natália Layane Almeida. Os impactos da falta de Educação Financeira como potencializador da vulnerabilidade do consumidor. 2024.

OLIVEIRA, Lúcia Dal Molin. **Relações de consumo e abuso nos contratos de crédito consignado aos idosos enquanto sujeitos hipervulneráveis: uma análise dos processos apreciados pelas Turmas Recursais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos anos de 2017 e 2018**. 2020. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pelotas.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. **Democratizando o acesso à justiça**. CNJ. Conselho N ed. Brasília, DF: CNJ, 2021.

RIBEIRO, Ethel Francisco. A proteção do idoso no mercado de consumo de crédito pessoal consignado. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 14, p. 167-185, 2022.

ROSA FLÁVIA, Franciele; DE OLIVEIRA, Tatiane; ABDU AZANK DE CARVALHO, Eduardo. **A Vulnerabilidade Ao Consumidor Idoso Frente Às Fraudes Cibernéticas**. 2024.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista USP,** n. 101, p. 55-66, 2014.

SANTOS RODRIGUES, Bruna; BISSANI, Tatiani; FERRARI, Érica Virgínia. **A Vulnerabilidade Do Consumidor Idoso E O Superendividamento.** Direito FABE, v. 1, n. 1, 2022.

SANTOS, Andréa Gusmão. **A prioridade dos idosos no trâmite dos processos judiciais e a expedição dos precatórios.** Jus Navigandi, Teresina, ano, v. 8.2024.

SANTOS, José Wyllyson dos *et al.* **Da hipervulnerabilidade da pessoa idosa no contrato de crédito consignado: possibilidades e limites diante do direito brasileiro**. 2023.

SILVA, Arianna Oliveira; PIVA, Juliana Carvalho. Os Impactos Dos Contratos Financeiros Para Os Aposentados. **Facit Business and Technology Journal,** v. 2, n. 51, 2024.

SILVA, Lorena Beatriz Albino *et al.* **Análise da hipervulnerabilidade do consumidor idoso nos contratos de empréstimo consignado.** 2021.

SILVA, Nathalia Strelow da; SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. **A fraude nos empréstimos consignados: medidas de proteção eficazes em defesa dos idosos hipervulneráveis**. 2021.

SOUZA JÚNIOR, Edison Vitório de *et al.* Relação entre funcionalidade da família e qualidade de vida do idoso. **Revista Brasileira de Enfermagem**, v. 75, p. e20210106, 2022.

STJ. Supremo Tribunal Judiciário. **Limite de desconto de crédito consignado se aplica a empréstimo concedido a aposentado por entidade de previdência complementar**. 2024. Disponível em: https://www.stj.jus.br. Acesso em: 28 de outubro de 2024.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Limite de desconto de crédito consignado se aplica a empréstimo concedido a aposentado por entidade de previdência complementar.** 2023. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/30052023-Limite-de-desconto-de-credito-consignado-se-aplica-a-emprestimo-concedido-a-aposentado-por-entidade-de-previdencia.aspx. Acesso em: 30 nov. 2024.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos.** Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre, p. 12, 2013.

TJ-AM. **Jurisprudência nº 1830090841.** Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-am/1830090841. Acesso em: 30 nov. 2024.

Capítulo 11

Reflexos e Consequências da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Reflections and Consequences of Criminal Liability of Legal Entities

Larissa de Carvalho Sabino Silva

Resumo: O presente trabalho analisa a responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque na sua previsão constitucional e na regulamentação pela Lei nº 9.605/98. A pesquisa examina os fundamentos teóricos que sustentam a responsabilização criminal dos entes coletivos, bem como as principais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da (in) viabilidade dessa imputação. Aborda-se a evolução histórica da matéria, o rompimento com o princípio societas delinquere non potest e a consolidação da responsabilidade penal ambiental após a Constituição Federal de 1988. Analisa-se, ainda, a efetividade das sanções aplicáveis às pessoas jurídicas e as lacunas processuais existentes. Conclui-se que, embora haja debates relevantes, a responsabilização penal da pessoa jurídica constitui importante instrumento de tutela do meio ambiente, sobretudo diante da crescente complexidade das atividades empresariais e do impacto coletivo dos danos ambientais.

Palavras-chave: responsabilidade penal; pessoa jurídica; crimes ambientais; meio ambiente; Constituição Federal.

Abstract: This paper analyzes the criminal environmental liability of legal entities within the Brazilian legal system, focusing on its constitutional basis and regulation under Law No. 9.605/98. The research examines the theoretical foundations supporting corporate criminal liability, as well as the main doctrinal and jurisprudential controversies regarding its feasibility. It addresses the historical evolution of the subject, the overcoming of the principle societas delinquere non potest, and the consolidation of environmental criminal liability after the 1988 Federal Constitution. It also evaluates the effectiveness of sanctions applicable to legal entities and existing procedural gaps. The study concludes that, despite relevant debates, corporate criminal liability represents an important mechanism for environmental protection, especially considering the increasing complexity of corporate activities and the collective impact of environmental damage.

Keywords: criminal liability; legal entity; environmental crimes; environment; Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

A proteção do meio ambiente assumiu posição central no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que elevou o meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de direito fundamental, conforme disposto no artigo 225.

O §3º do referido dispositivo constitucional inovou ao prever expressamente a responsabilização penal de pessoas físicas e jurídicas por condutas lesivas ao meio

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.11

ambiente. Tal previsão rompeu com a tradição penal clássica, fundada no brocardo *societas delinquere non potest*, segundo o qual apenas a pessoa natural poderia cometer delitos (Brasil, 1988).

Posteriormente, a Lei nº 9.605/1998 regulamentou a matéria no plano infraconstitucional, estabelecendo sanções penais e administrativas às pessoas jurídicas. A inovação legislativa, contudo, não foi recebida de forma pacífica pela doutrina, gerando intensos debates acerca da compatibilidade da responsabilização penal dos entes coletivos com os princípios clássicos do Direito Penal (Brasil, 1998).

Diante desse cenário, o presente estudo busca analisar os fundamentos jurídicos, as controvérsias doutrinárias e a efetividade prática da responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica no Brasil.

DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

REFERENCIAL TEÓRICO

Evolução Histórica e Superação do Princípio *Societas Delinquere Non Potest*

Tradicionalmente, o Direito Penal estruturou-se sobre a ideia de culpabilidade subjetiva, vinculada à consciência e vontade humanas. A pessoa jurídica, considerada ficção legal, não possuiria capacidade de ação ou dolo.

Entretanto, com o avanço da industrialização e o fortalecimento das corporações empresariais, tornou-se evidente que grande parte dos danos ambientais decorre de decisões organizacionais estruturadas, e não de atos isolados de indivíduos.

A Constituição de 1988 rompeu com o paradigma clássico ao admitir a responsabilização penal da pessoa jurídica em matéria ambiental. Tal ruptura foi posteriormente confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a constitucionalidade da imputação penal aos entes coletivos.

Fundamentação Constitucional

O artigo 225, §3º da Constituição Federal (1988) estabelece:

“As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas...”

A literalidade do dispositivo não deixa margem para interpretação restritiva. A responsabilização penal da pessoa jurídica não constitui faculdade legislativa, mas comando constitucional.

Além disso, o artigo 173, §5º também admite a responsabilização das pessoas jurídicas por atos contra a ordem econômica, reforçando a possibilidade de sanções compatíveis com sua natureza (Brasil, 1998).

Regulamentação pela Lei nº 9.605/98

A Lei de Crimes Ambientais, em seu artigo 3º, dispõe que a pessoa jurídica será responsabilizada quando a infração for cometida por decisão de seu representante legal ou órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade (Brasil, 1998).

Adota-se, assim, o modelo da dupla imputação mitigada, exigindo-se vínculo entre a decisão humana e o benefício institucional (Prado, 2019; Shecaira, 2014).

As penas aplicáveis às pessoas jurídicas incluem (Brasil, 1998):

- Multa;
- Restrição de direitos;
- Prestação de serviços à comunidade;
- Interdição temporária de atividades;
- Suspensão parcial ou total de atividades.

METODOLOGIA DA PESQUISA

A presente pesquisa adota metodologia qualitativa, com abordagem dedutiva, fundamentada em:

- Análise bibliográfica de doutrina penal e ambiental;
- Estudo da legislação constitucional e infraconstitucional;
- Exame de entendimentos jurisprudenciais dos tribunais superiores.

O método utilizado foi o descritivo-analítico, buscando sistematizar as posições doutrinárias favoráveis e contrárias à responsabilização penal da pessoa jurídica.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A análise doutrinária revela dois grandes posicionamentos:

Corrente Contrária

Sustenta a impossibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica sob os seguintes argumentos (Dotti, 2010; Cabette, 2014):

- Ausência de vontade própria;
- Violação ao princípio da culpabilidade;
- Ofensa ao princípio da personalidade da pena.

Corrente Favorável

Defende que (Shecaira, 2014; Prado, 2019):

- A Constituição autoriza expressamente a responsabilização;
- A vontade coletiva decorre da estrutura organizacional;

- A tutela ambiental exige instrumentos penais eficazes.

A jurisprudência atual tem consolidado entendimento favorável à responsabilização penal dos entes coletivos, especialmente em casos de grandes danos ambientais (STF, RE 548.181/PR; STJ, REsp 1.114.398/PR).

Contudo, persistem lacunas processuais, especialmente quanto:

- À representação processual;
- À dosimetria das penas;
- À responsabilização de pessoas jurídicas de direito público.

Ainda assim, observa-se que a responsabilização penal da pessoa jurídica tem efeito simbólico e preventivo relevante, reforçando a função pedagógica do Direito Penal ambiental (Prado, 2019; Antunes, 2020).

EFETIVIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS

Embora a previsão constitucional e infraconstitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica esteja consolidada, a efetividade prática dessa responsabilização ainda enfrenta desafios significativos. Um dos principais entraves reside na dificuldade probatória quanto à demonstração de que a infração decorreu de decisão do representante legal ou órgão colegiado, nos termos do artigo 3º da Lei nº 9.605/1998 (Brasil, 1998).

A estrutura empresarial moderna caracteriza-se por intensa fragmentação de funções e descentralização decisória, o que muitas vezes dificulta a identificação do nexo entre a conduta individual e o benefício institucional. Em grandes corporações, decisões estratégicas podem ser diluídas entre diversos setores, criando um ambiente propício à evasão de responsabilidades.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tem desempenhado papel fundamental na consolidação da responsabilização penal do ente coletivo (...) (STF, RE 548.181/PR; STJ, REsp 1.114.398/PR), inclusive admitindo a possibilidade de condenação da pessoa jurídica independentemente da condenação simultânea da pessoa física, desde que comprovada a prática da infração em benefício da entidade.

Outro ponto sensível refere-se à responsabilização penal das pessoas jurídicas de direito público. Embora parte da doutrina sustente a impossibilidade de imputação criminal ao Estado (Prado, 2019; Shecaira, 2014), sob o argumento de que eventual condenação atingiria a coletividade, há entendimento diverso no sentido de que a exclusão automática do ente público afrontaria o princípio da igualdade e comprometeria a coerência do sistema constitucional.

Ademais, sob o prisma preventivo, a responsabilização penal da pessoa jurídica possui relevante função simbólica e pedagógica (Prado, 2019). A possibilidade de imposição de sanções como suspensão de atividades, interdição

de estabelecimentos ou proibição de contratar com o Poder Público constitui importante instrumento de coerção, sobretudo em setores econômicos altamente impactantes ao meio ambiente.

Contudo, a aplicação prática das penas restritivas de direitos e das multas ainda carece de maior rigor na dosimetria e fiscalização. Em alguns casos, a sanção pecuniária revela-se insuficiente diante do poder econômico das grandes empresas, o que compromete o caráter preventivo geral da norma penal ambiental.

Dessa forma, a consolidação da responsabilidade penal da pessoa jurídica exige não apenas previsão normativa, mas também aprimoramento técnico-processual, especialização dos órgãos de persecução penal e fortalecimento da cultura de compliance ambiental nas organizações empresariais (Antunes, 2020).

A adoção de programas internos de integridade ambiental, auditorias periódicas e mecanismos de controle pode funcionar como instrumento complementar à repressão penal, reduzindo a ocorrência de ilícitos e reforçando a responsabilidade corporativa na tutela do meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica representa importante avanço na tutela do meio ambiente no Brasil.

Embora a teoria penal clássica tenha resistido à ideia de imputação criminal aos entes coletivos, a evolução social, econômica e ambiental tornou inevitável a ampliação do alcance do Direito Penal.

A Constituição Federal de 1988 rompeu definitivamente com o paradigma tradicional, legitimando a responsabilização penal da pessoa jurídica em matéria ambiental. A Lei nº 9.605/98 consolidou essa orientação, ainda que apresente lacunas técnicas.

Conclui-se que a responsabilização penal da pessoa jurídica não apenas é juridicamente viável, como também necessária diante da complexidade dos danos ambientais contemporâneos. O desafio atual reside no aprimoramento dos mecanismos processuais e na aplicação proporcional e eficaz das sanções.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: estudo crítico.** Curitiba: Juruá, 2003.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 11, 1995.

PRADO, Luiz Regis. Direito penal do ambiente. **São Paulo: Revista dos Tribunais**, 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** 2. ed. São Paulo: Método, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n. 548.181/PR**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 06 ago. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial n. 1.114.398/PR.** Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento em 10 nov. 2009.

Capítulo 12

O Recebimento da Denúncia pelo Juiz do Mérito e a Imparcialidade Estrutural no Processo Penal: Uma Crítica ao Modelo Pós-STF do Juiz das Garantias

The Admission of the Indictment by the Trial Judge and Structural Impartiality in Criminal Procedure: A Critique of the Post-Brazilian Supreme Court Model of the Judge of Guarantees

Maria Eduarda Seemann

Resumo: O presente estudo examina se o recebimento da denúncia pelo juiz do mérito compromete o núcleo de imparcialidade estrutural que a cisão funcional do juiz das garantias buscou preservar no processo penal brasileiro. O problema de pesquisa consiste em verificar se a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ao fixar que a competência do juiz das garantias se encerra com o oferecimento da denúncia, esvazia a finalidade acusatória do instituto ao reaproximar o juiz da instrução dos elementos informativos produzidos na fase investigativa. Justifica-se a pesquisa pela centralidade da imparcialidade judicial no processo penal democrático e pela relevância dogmática da controvérsia acerca da admissibilidade da acusação no modelo pós-STF. Utiliza-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e análise normativa e jurisprudencial, especialmente a partir da doutrina processual penal sobre sistema acusatório, originalidade cognitiva e juiz das garantias. A hipótese sustentada é a de que, embora a transferência do recebimento da denúncia ao juiz do mérito tenha sido apresentada como solução para evitar a contaminação do juiz das garantias, ela desloca o problema para o magistrado responsável pela instrução e pela sentença, enfraquecendo, por via indireta, a promessa de imparcialidade estrutural que legitimou a criação do instituto.

Palavras-chave: juiz das garantias; imparcialidade judicial; sistema acusatório; recebimento da denúncia; processo penal.

Abstract: This study examines whether the admission of the indictment by the trial judge compromises the core of structural impartiality that the functional division established by the judge of guarantees was intended to preserve in Brazilian criminal procedure. The research problem lies in determining whether the solution adopted by the Brazilian Supreme Federal Court, by establishing that the jurisdiction of the judge of guarantees ends with the filing of the indictment, undermines the accusatory purpose of the institute by reconnecting the trial judge with the informational elements produced during the investigation phase. The study is justified by the central role of judicial impartiality in democratic criminal procedure and by the doctrinal relevance of the controversy surrounding the admissibility of the accusation under the post-Supreme Court model. The article adopts a deductive approach, based on bibliographical research and normative and case-law analysis, especially drawing from criminal procedural scholarship on the accusatory system, cognitive originality, and the judge of guarantees. The central hypothesis is that, although assigning the admission of the indictment to the trial judge was presented as a way to avoid contamination of the judge of guarantees, it actually transfers the problem to the judge responsible for the evidentiary phase and final judgment, thereby indirectly weakening the promise of structural impartiality that justified the creation of the institute.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.12

Keywords: judge of guarantees; judicial impartiality; accusatory system; admission of the indictment; criminal procedure.

INTRODUÇÃO

A imparcialidade judicial constitui uma das bases de legitimidade do processo penal em um Estado Democrático de Direito. No modelo acusatório, essa garantia não se esgota na exigência de neutralidade subjetiva do magistrado, mas pressupõe uma estrutura procedimental capaz de preservar sua posição de terceiro e de impedir que o julgador do mérito forme seu convencimento a partir de elementos colhidos fora do contraditório. É nesse contexto que se insere a figura do juiz das garantias, introduzida pela Lei n. 13.964/2019 como mecanismo voltado à separação entre a fase investigatória e a fase processual, com a finalidade de resguardar a originalidade cognitiva do juiz da instrução e julgamento.

Ocorre que o desenho legal originário do instituto foi parcialmente alterado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, ao fixar que a competência do juiz das garantias se encerra com o oferecimento da denúncia, e não com o seu recebimento. Com isso, a análise da admissibilidade da acusação passou a ser atribuída ao juiz da instrução e julgamento. É justamente nesse ponto que se situa o problema central desta pesquisa: saber se o recebimento da denúncia pelo juiz do mérito compromete o núcleo de imparcialidade estrutural que a cisão funcional do juiz das garantias prometia preservar.

Assim, o presente estudo tem por objetivo examinar criticamente essa alteração e verificar se o modelo pós-STF permanece coerente com a lógica acusatória que fundamentou a criação do juiz das garantias. Para tanto, parte-se da premissa de que o recebimento da denúncia não constitui ato meramente burocrático, pois exige contato com os elementos informativos produzidos na investigação e, por isso, pode operar como relevante fator de formação de pré-compreensões sobre o caso penal.

A pesquisa desenvolve-se por meio de revisão bibliográfica e análise normativa, com especial atenção à doutrina processual penal sobre sistema acusatório, imparcialidade judicial, originalidade cognitiva e juiz das garantias, bem como ao tratamento conferido ao tema pelo Supremo Tribunal Federal. Para atingir o objetivo proposto, o trabalho foi dividido em quatro partes: inicialmente, examina-se a imparcialidade como fundamento do sistema acusatório; em seguida, analisa-se a lógica e a função do juiz das garantias; depois, apresenta-se o modelo resultante do julgamento do STF; por fim, desenvolve-se uma crítica à solução adotada.

O SISTEMA ACUSATÓRIO E A BUSCA PELA IMPARCIALIDADE

A imparcialidade do julgador constitui um dos fundamentos do processo penal democrático. Sua concretização, contudo, não depende apenas de uma expectativa abstrata de neutralidade pessoal do magistrado, mas da existência de um arranjo processual capaz de lhe assegurar condições reais de atuação imparcial.

É sobre o fundamento da imparcialidade que se ergue a estrutura dialética de um processo penal constitucional e democrático. A centralidade dessa garantia, contudo, revela-se ainda mais evidente diante da complexidade da fenomenologia processual, na medida em que a posição ocupada pelo juiz no interior do procedimento é decisiva (Lopes Junior, 2025) para a conformação do modelo processual: é ela que pode aproximá-lo de uma lógica acusatória e democrática ou, ao contrário, reconduzi-lo a uma racionalidade inquisitória e autoritária (Lopes Junior, Ritter, 2016, p. 55-91).

A identificação do modelo efetivamente adotado exige a investigação de seu núcleo estruturante, isto é, do elemento a partir do qual se distribui o poder processual e se define a posição ocupada pelo magistrado no interior da relação processual, pois, como ensina Lopes Junior (2025): "O ponto nevrálgico reside nestas três perguntas:1. Qual o lugar do juiz no processo penal?; 2. Qual a função desse juiz?; 3. A que expectativas deve corresponder a atuação do juiz penal?"

Em geral, atribui-se ao processo penal a finalidade de reconstruir um fato histórico, isto é, de apurar um acontecimento passado submetido à tutela penal. Nesse contexto, a gestão da prova passa a ocupar posição central, pois é por meio dela que se define quem conduz a formação do conhecimento processual e, em última análise, qual modelo processual está em operação (Bonfim, 2025, p. 57). Nessa perspectiva, a contribuição de Coutinho (2001, 163-198) mostra-se particularmente relevante, ao sustentar que a gestão da prova constitui o verdadeiro critério de identificação do sistema processual. É precisamente a partir dela que se revela se o processo se orienta por uma lógica acusatória ou inquisitória, pois, quando a iniciativa probatória se concentra nas mãos do magistrado, a estrutura se afasta da posição de terceiro e aproxima o juiz da dinâmica de persecução (Lopes Junior, Gloeckner, 2014, p. 62).

Assim, o sistema inquisitório caracteriza-se pela concentração da iniciativa probatória nas mãos do magistrado, sem limites rígidos à sua atuação no processo, podendo intervir na instrução do processo, fazendo com que o julgador seja uma espécie de ator, juiz-inquisidor. Sobre o tema, ensina Lopes Junior (2025, p. 11):

> (...) É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

Dentro dessa lógica, "o magistrado se lança em uma pretensa busca de verdade que irá decidir qual será o desfecho do caso penal com base na sua verdade íntima sobre os fatos, para justificar as suas decisões" (Colucci, 2021, p. 237-255).

Por outro lado, dentro de uma matriz dispositiva, o juiz é tido como mero espectador (Lopes Junior, Gloeckner, 2014, p. 62), pois o togado não participa da construção unilateral do material cognitivo e, por isso, preserva com maior integridade sua originalidade cognitiva (Colucci, 2021, p. 237-255). Diferente do inquisitório,

o modelo acusatório assenta-se no esquema *actus trium personarum*, no qual acusação, defesa e jurisdição desempenham funções distintas e reciprocamente delimitadas. A separação das atividades processuais, com a exigência de atuação judicial equidistante das partes, impede a concentração ou a sobreposição de funções em um mesmo sujeito processual, pois tal confusão comprometeria, em última análise, a própria capacidade crítica e a legitimidade da decisão jurisdicional (Lopes Junior, Gloeckner, 2014, p. 62).

A relação do magistrado é, assim, "super partes", ou seja, para além dos interesses delas. Como ensina Coutinho (2001, p. 11), o juiz é uma figura imparcial, para além de seus interesses pessoais, encarnando o próprio Estado. O juiz, assim: "não é um representante do Estado, mas um órgão dele e, deste modo, é o Estado, representando-o".

Assevera Lopes Junior (2025, p. 13): "Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador."

Para Marques (1998, p . 359), o juiz é o órgão exclusivamente incumbido do exercício da jurisdição e da aplicação da lei penal ao caso concreto. Não lhe compete assumir a titularidade da pretensão punitiva, tampouco a defesa do direito de liberdade do acusado, pois sua função não se confunde com a das partes. Sempre que o magistrado abandona essa posição de terceiro e passa a se vincular a um dos polos da relação processual, rompe-se o equilíbrio que deve estruturar o processo penal.

Nesse sentido, Lopes Junior (2025. p. 209) sustenta que a imparcialidade judicial somente pode ser efetivamente preservada quando o sistema processual assegura não apenas a separação formal entre as funções de acusar e julgar, mas também o afastamento do juiz em relação à atividade investigatória e instrutória. Isso porque o simples desdobramento abstrato de funções não basta, por si só, para resguardar a originalidade cognitiva do julgador, se este permanece exposto, desde antes da instrução, aos elementos informativos produzidos na persecução penal.

A partir dessa estrutura, a atuação jurisdicional somente se legitima sob o pressuposto da imparcialidade, compreendida como exigência funcional do modelo e condição de credibilidade do julgamento. Como assinala Bonfim (2025. p. 22) "a figura do julgador é imparcial, igualmente distante, em tese, de ambas as partes."

Doutrinadores como Lopes Junior (2025. p. 16) e Coutinho (2001, p. 42.) apontam que o modelo no qual estamos inseridos expõe a inexistência de condições intrínsecas de imparcialidade para exercício efetivo da jurisdição, denunciando que o processo penal brasileiro é inquisitório, ou neoinquisitório. Retira-se da análise de Lopes Junior (2025. p. 16), em *ipsis litteris*:

> Pensamos que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio

> informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz.

É nesse contexto que a Lei nº 13.964/2019 se apresenta como marco de reafirmação normativa da estrutura acusatória ao introduzir, no art. 3º-A do Código de Processo Penal, a previsão expressa de que "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação" (Brasil, 1941).

Além de positivar a forma acusatória do processo penal brasileiro, a reforma buscou resguardar a imparcialidade judicial diante das influências provenientes da fase pré-processual (fase esta, inclusive, desamparada de garantias fundamentais, como o contraditório e ampla defesa), buscando preservar, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais do acusado e a originalidade cognitiva do julgador.

Foi nesse horizonte que se introduziu a figura do juiz das garantias, concebida justamente para promover a cisão funcional entre o magistrado que atua na investigação e aquele responsável pela instrução e pelo julgamento. Nos termos do art. 3º-B do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), o juiz das garantias foi definido como o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja proteção depende de prévia autorização judicial.

A FIGURA DO JUIZ DAS GARANTIAS

A figura do juiz das garantias representa uma ruptura relevante com a conformação tradicional da jurisdição penal brasileira, na medida em que introduz uma cisão funcional voltada a conter estruturas inquisitórias ainda resistentes à plena compatibilização do processo penal com os princípios constitucionais do sistema acusatório (Brasil, 1941). Sua instituição parte da premissa de que a imparcialidade judicial não se preserva apenas por uma exigência subjetiva de neutralidade, mas depende, sobretudo, de um desenho institucional que impeça a sobreposição entre as funções de investigar, controlar a investigação e julgar.

Nessa perspectiva, o juiz das garantias surge como mecanismo de proteção da imparcialidade estrutural, ao reservar a um magistrado específico a atuação na fase pré-processual e afastar o juiz do mérito do contato inicial com os elementos informativos produzidos na investigação.

Sobre a necessidade do juiz das garantias, assevera Lopes Junior (2025. p.76):

> No processo penal brasileiro, existe um absurdo faz-de-conta cognitivo, dada a inegável contaminação (e falta de originalidade cognitiva) do juiz prevento. Daí a imensa necessidade de finalmente implantarmos o modelo duplo juiz, ou seja, um juiz (aqui chamado de juiz das garantias) na fase pré-processual e outro na fase processual (juiz da instrução e julgamento), reduzindo os danos da dissonância cognitiva e do viés confirmatório.

A lógica subjacente ao instituto é a de que o julgador responsável pela instrução e pela sentença deve ingressar no processo sem vínculos cognitivos prévios com a hipótese acusatória, preservando, assim, sua originalidade cognitiva e sua posição de terceiro em relação às partes.

Essa compreensão encontra ressonância na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que passou a afirmar, de modo particularmente significativo, que o exercício prévio de funções investigatórias pelo mesmo magistrado que posteriormente julgará a causa compromete a garantia do juiz imparcial. Nos casos "Piersack v. Bélgica" (TEDH, 1982), julgado em 1º de outubro de 1982, e "De Cubber v. Bélgica" (TEDH, 1984), julgado em 26 de outubro de 1984, a Corte reconheceu violação ao art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos justamente porque a estrutura procedimental permitia que o julgador tivesse vínculo anterior com a fase investigativa, circunstância apta a abalar a confiança objetiva que deve cercar a jurisdição penal.

No mesmo sentido Schünemann e Lopes Junior (2025, p .79) adverte para o grave problema decorrente do fato de um mesmo juiz receber a acusação, conduzir a instrução e, ao final, decidir o caso penal. Nessa hipótese, não se está diante de simples cumulação de atribuições, mas de um verdadeiro conflito de funções, frequentemente não reconhecido pelos próprios magistrados, que costumam se apoiar na ideia de uma formação profissional supostamente comprometida com a objetividade

É justamente por isso que a atuação judicial na fase investigatória se mostra sensível. O magistrado que decide medidas cautelares, autoriza diligências invasivas ou analisa os elementos informativos produzidos pela acusação atua em um espaço marcado pela ausência de contraditório prévio e pela prevalência unilateral da narrativa persecutória (Lopes Junior, Ritter, 2016, p. p. 55-91). Forma-se, assim, um ambiente em que a imparcialidade da jurisdição se vê ameaçada pela proximidade funcional e cognitiva entre o juiz e o órgão de persecução penal (Lopes Junior, 2025. p.79), estabelecendo-se uma relação de aproximação entre dois polos processuais com a exclusão do terceiro diretamente afetado pela investigação: o imputado.

A ideia de um juiz restrito à fase da investigação criminal, não tendo competência para o julgamento da causa, contribui para a efetivação da originalidade cognitiva do julgador (Lopes Junior, Ritter, 2016), fazendo com que o juiz do processo não seja contaminado por pré-compreensões adquiridas na fase de investigação. Nessa linha, Morais da Rosa (2019) sustenta que a exclusão física dos autos do inquérito representa medida essencial para assegurar a distinção entre atos de investigação e atos de prova, viabilizando, assim, o efetivo direito de ser julgado com base em prova produzida sob contraditório judicial.

Coerente com essa lógica, o art. 3º-B do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, passou a prever um extenso rol de competências atribuídas ao juiz das garantias, distribuídas em dezoito incisos. Diferentemente do modelo projetado em versões legislativas anteriores, a reforma estabeleceu como marco

divisório entre a atuação do juiz das garantias e a do juiz do processo: o recebimento da denúncia (art. 3º-B, XIV, do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

Assim, caberia ao juiz das garantias atuar desde a fase de investigação preliminar até o juízo de admissibilidade da acusação, ao passo que ao juiz do processo restaria, em princípio, apenas a condução da instrução criminal e o julgamento da causa (Badaró, 2024. p. 263-276). Nessa conformação, a denúncia deveria ser oferecida ao mesmo magistrado que acompanhou a fase investigativa, competindo-lhe apreciar sua admissibilidade e, uma vez recebida, determinar a citação do acusado para apresentação de resposta à acusação. Somente após esse ato o feito seria remetido ao juiz da instrução e julgamento, nos termos dos arts. 3º-B, XIV, e 3º-C, caput, do Código de Processo Penal) (Brasil, 1941).

A conformação originária traçada pela Lei n. 13.964/2019, contudo, não permaneceu na íntegra.

O REDESENHO DO JUIZ DAS GARANTIAS PÓS-STF

No julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, o Supremo Tribunal Federal promoveu alteração substancial no desenho inicialmente concebido pelo legislador para o juiz das garantias. Conforme divulgado pela própria Corte, firmou-se o entendimento de que o juiz das garantias deve atuar apenas na fase do inquérito policial, incumbindo-lhe o controle da legalidade da investigação criminal e a tutela dos direitos fundamentais do investigado. A partir do oferecimento da denúncia ou queixa, a competência passa ao juiz da instrução e julgamento (Brasil, 2023).

Com isso, o marco final da atuação do juiz das garantias deixou de ser o recebimento da denúncia, tal como previsto na conformação originária da Lei n. 13.964/2019, e passou a ser o seu oferecimento. Em consequência, foi afastada a leitura segundo a qual competiria ao juiz das garantias apreciar a admissibilidade da acusação, transferindo-se ao juiz do processo o exame do recebimento da denúncia e o prosseguimento da ação penal.

Entre os fundamentos articulados para justificar essa alteração, o Ministro Luiz Fux destacou em seu voto que a compreensão de que o texto legal continha incongruência quanto ao termo final da competência do juiz das garantias, especialmente em razão da remissão ao art. 399 do Código de Processo Penal:

> (h) A competência do juiz das garantias, nos termos do inciso XIV do artigo 3º-B, estender-se-ia até a fase do artigo 399 do Código Penal. O texto do dispositivo prevê competir-lhe "decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código". Nada obstante, constata-se manifesto erro legístico, porquanto o artigo 399 do Código de Processo Penal estabelece que "Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente". Trata-se, portanto, de ato de designação da audiência de instrução e julgamento, típica

> função do juiz da instrução da ação penal. (i) Reconhecido o erro logístico e submetido o inciso XIV à interpretação sistemática, considerada a principiologia inspiradora do instituto do juiz das garantias, a Corte conferiu-lhe interpretação conforme a Constituição, para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia (Brasil, 2023).

Em resumo, o Ministro sustentou que a referência legislativa gerava incerteza interpretativa, pois o art. 399 do CPP já se situa em momento posterior ao recebimento da denúncia, quando a ação penal se encontra instaurada e se inaugura a fase instrutória(Brasil, 2023). Por isso, nas palavras do Ministro:

> O erro legístico redundará em interpretações divergentes, produzindo potenciais nulidades (pois remanesce dúvida quanto ao momento a partir do qual o juiz das garantias estaria impedido de funcionar no processo), tudo a prejudicar outros bens jurídicos relevantes, a exemplo da segurança jurídica e da duração razoável do processo (Brasil, 2023).

Também, o Ministro Dias Toffoli formulou uma justificativa de natureza funcional e cognitiva: se o juiz das garantias, por ter atuado intensamente na fase investigatória, já teve contato com os elementos informativos do inquérito e eventualmente proferiu decisões cautelares fundadas em juízos provisórios sobre materialidade e indícios de autoria, então o exame da admissibilidade da denúncia por esse mesmo magistrado poderia representar confirmação de compreensões anteriormente formadas. Nessa linha, argumentou-se que o recebimento da acusação pelo juiz das garantias, longe de neutralizar riscos de parcialidade, poderia projetá-los sobre o próprio juízo inaugural da ação penal.

Sobre isso, asseverou o Ministro Luiz Fux, em *ipsis litteris*:

> Se estamos cuidando, como disse ontem o Ministro Toffoli, de viés, oferecida a denúncia, o juiz das garantias não pode ter viés nenhum. Passa a bola, vamos dizer assim, para o juiz da instrução, é como está inclusive no Código de Processo Penal (Brasil, 2023).

Já em sentido contrário votou o Ministro Edson Fachin, que se posicionou no sentido de declarar a constitucionalidade do inciso XIV do art. 3º-B, bem como do caput do art. 3º-C do CPP (Brasil, 2023).

Em suas razões, explicou que à Suprema Corte caberia chancelar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados, conferindo interpretação conforme apenas se houvesse alguma dubiedade na letra da lei. Do contrário, "estar-se-ia exercendo um juízo de valor que compete exclusivamente ao Poder Legislativo." Colhe-se do voto: "o exame é um exame da constitucionalidade, não é um juízo de valor que só diz respeito ao Poder Legislativo, é o juízo de valor restrito a uma filtragem constitucional" (Brasil, 2023, p. 729).

Vencido o voto do Ministro Edson Fachin, ficou consagrado pelo STF que compete ao juiz das garantias cuidar da fase do inquérito policial, sendo responsável

por julgar pedidos relativos à etapa pré-processual, como quebras de sigilos, decretação de prisões preventivas, e mandados de busca e apreensão. Porém, diferentemente do que previa a redação do Pacote Anticrime, o STF "reescreveu" a legislação, estabelecendo que o recebimento da denúncia ficará a cargo do juiz da causa.

O COMPROMETIMENTO DA IMPARCIALIDADE ESTRUTURAL NO MODELO PÓS-STF

A alteração promovida pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao termo final da competência do juiz das garantias não representa simples ajuste procedimental. Ao transferir ao juiz da instrução e julgamento a decisão de recebimento da denúncia, o modelo pós-STF atinge o núcleo justificante do instituto, pois recoloca o magistrado do mérito em contato com os elementos informativos produzidos na fase investigativa. A questão, portanto, não se limita à repartição de competências, mas alcança diretamente a preservação da imparcialidade judicial em sua dimensão estrutural.

A solução adotada pelo Supremo parte da premissa de que o juiz das garantias, por já ter atuado no controle da investigação e por eventualmente ter deferido medidas cautelares fundadas em juízos provisórios de materialidade e autoria, não deveria também decidir sobre o recebimento da denúncia. Sob essa lógica, a transferência do juízo de admissibilidade da acusação ao magistrado da causa funcionaria como forma de evitar que o juiz da fase pré-processual confirmasse compreensões anteriormente formadas (Brasil, 2023, p. 487).

É nesse ponto que se evidencia a principal fragilidade do modelo. Se o propósito central da cisão funcional era preservar a originalidade cognitiva do juiz do mérito, permitindo que sua convicção se formasse a partir da prova produzida sob contraditório judicial, não parece inteiramente coerente atribuir a esse mesmo juiz o recebimento da denúncia. Ainda que esse ato não corresponda a um juízo exauriente sobre a culpabilidade, tampouco se reduz a uma providência meramente formal (Santos, 2024).

É justamente nesse ponto que a crítica doutrinária se mostra mais contundente. Como observa Santos (2023):

> A grande modificação da figura do juiz das garantias é retirar do juiz da causa o contato com os elementos de informação prévios à denúncia. Isso é algo diverso do que o legislador escolheu. Um passo atrás, porque é uma alteração de competência que deixa de lado o motivo principal dessa alteração, que é separar o que pode ser valorado por cada juiz.

A observação é precisa porque evidencia que a principal inovação do juiz das garantias não estava apenas na divisão formal de atribuições, mas na tentativa de instituir uma separação informacional entre investigação e julgamento. Não se tratava apenas de redistribuir competências, mas de impedir que o juiz do mérito

ingressasse na instrução já influenciado por elementos colhidos fora do contraditório judicial.

Isso porque o recebimento da acusação exige apreciação mínima sobre a presença de justa causa, aptidão formal da peça acusatória e suporte informativo idôneo (art. 395 e seus incisos, CPP) (Brasil, 1941), o que pressupõe exame material da imputação e do acervo informativo que a sustenta. Nesse sentido, Lopes Junior (2025. p. 13.) pontua:

> O recebimento da denúncia deveria ficar nas mãos do juiz das garantias, não apenas para assegurar a máxima originalidade cognitiva do juiz da instrução e julgamento, mas também para justificar a necessária exclusão física dos autos do inquérito. Ou seja: o juiz das garantias, para receber a denúncia, poderia levar em consideração os elementos informativos do inquérito. Já o juiz da instrução deveria ingressar depois de recebida a denúncia, formando sua convicção (sentença) apenas com base em prova (ou seja, os elementos produzidos na instrução).

O ponto destacado pelo autor é central: a exclusão física do inquérito em relação ao juiz da instrução não era detalhe operacional, mas consequência prática da própria separação funcional. A lógica do instituto pressupunha que o magistrado responsável pela sentença deveria formar seu convencimento a partir da prova judicializada, e não do material informativo reunido na fase pré-processual (Lopes Junior, 2025. p. 13).

Acaba-se, em larga medida, com a própria finalidade do juiz das garantias. Se a razão de ser do instituto era apartar o juiz do mérito do contato com os elementos informativos produzidos na fase inquisitorial, a solução construída pelo Supremo Tribunal Federal, ao atribuir ao juiz da instrução o recebimento da denúncia, reabre justamente a via de contaminação cognitiva que a cisão funcional pretendia bloquear (Melchior, 2023) Como sustentam Lopes Junior e Ritter (2016. p. 26):

> Encarregar o juiz do processo da decisão de recebimento/rejeição da inicial acusatória, com consequente análise de pressupostos processuais, condições da ação e justa causa, é colocar em xeque a própria razão de ser do juiz das garantias. É aproximar o julgador do caso justamente daquilo que se quer afastá-lo(leia-se elementos colhidos na investigação preliminar), rompendo-se com a lógica sob a qual o juiz garante foi projetado.

A crítica é expressiva e evidencia que a incongruência do modelo pós-STF não está apenas no novo marco temporal da competência do juiz das garantias, mas na inversão da lógica que presidiu a sua criação.

Dessa forma, o modelo pós-STF termina por esvaziar, ao menos em parte significativa, a promessa institucional do juiz das garantias. Se a cisão funcional foi introduzida para proteger a imparcialidade estrutural por meio da segregação informacional entre investigação e julgamento, a atribuição, ao juiz do mérito, do recebimento da denúncia reintroduz, por via indireta, o contato decisório com o material inquisitorial e compromete a coerência interna do instituto (Santos, 2023).

Diversa era a lógica do modelo proposto inicialmente pela Lei nº 13.964/19, em que, num cenário ideal, os autos do inquérito permanecessem apartados do processo, sem acesso pelo juiz da instrução e julgamento. Nela, o togado formaria seu convencimento exclusivamente com base nas provas judicializadas, isto é, naquelas efetivamente submetidas ao contraditório e à ampla defesa (Lopes Junior e Rosa, 2019).

Verifica-se, em conclusão, que a decisão do Supremo Tribunal Federal compromete o núcleo de imparcialidade estrutural que a cisão funcional prometia assegurar, enfraquecendo a correspondência entre o juiz das garantias e a própria lógica do sistema acusatório. A mera separação formal entre etapas, sem afastamento real do inquérito, não basta, assim, para preservar a lógica acusatória nem para assegurar que o juízo de mérito se forme exclusivamente a partir da prova produzida em contraditório, contrariando, portanto, a própria função do sistema *doble juez*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão desenvolvida ao longo deste trabalho permitiu concluir que o problema acerca de quem deve receber a denúncia no modelo do juiz das garantias não se resume a uma questão de técnica procedimental ou de mera repartição de competências. Trata-se, em verdade, de definir sobre qual magistrado recairá o ônus da contaminação cognitiva decorrente do contato com os elementos informativos da fase investigativa e, por consequência, qual dimensão da imparcialidade se pretende preservar com maior intensidade.

A Lei n. 13.964/2019, em sua conformação originária, adotou solução coerente com a lógica que justificou a introdução do juiz das garantias: reservar ao magistrado que já atuava no controle da investigação também o juízo de admissibilidade da acusação, de modo a manter o juiz da instrução e julgamento afastado do acervo inquisitorial. Esse desenho buscava preservar a originalidade cognitiva do julgador do mérito e permitir que sua convicção se formasse, tanto quanto possível, a partir da prova produzida sob contraditório judicial. Nesse ponto, a reforma não tinha por finalidade apenas redistribuir atos processuais, mas proteger o núcleo de imparcialidade estrutural do processo penal.

O modelo resultante do julgamento do Supremo Tribunal Federal, porém, alterou substancialmente essa lógica ao transferir ao juiz da instrução o recebimento da denúncia. Embora tal solução tenha sido justificada, entre outros fundamentos, pelo risco de pré-compreensões do próprio juiz das garantias, o que se percebe é que o problema não foi eliminado, mas apenas deslocado. Isso porque o juiz do mérito, para receber a acusação, necessariamente precisará examinar os elementos de informação colhidos na investigação e, com isso, terá contato precoce com a narrativa acusatória e com o material inquisitorial que o instituto buscava justamente manter fora de seu campo cognitivo.

É nesse ponto que se localiza a principal crítica aqui sustentada. Ainda que se reconheça que o juiz das garantias também pode ser afetado pelos elementos que analisou durante a investigação, parece menos gravoso que essa eventual contaminação recaia sobre o magistrado que não julgará o mérito do que sobre aquele que, ao final, proferirá a sentença. Como bem observa a pesquisa de João Vitor Antunes dos Santos, o dilema consiste, em última análise, em escolher qual imparcialidade será preservada em maior medida, sendo razoável sustentar que, "dos dois males", a maior proteção deve recair sobre a sentença, e não sobre o juízo inicial de admissibilidade da acusação.

Por isso, a solução adotada pelo STF parece esvaziar, ao menos em parte relevante, a promessa institucional do juiz das garantias. Se a cisão funcional foi concebida para romper o contato do juiz do mérito com os elementos pré-processuais e, assim, resguardar sua posição de terceiro imparcial, não se mostra inteiramente coerente atribuir a esse mesmo magistrado o primeiro juízo jurisdicional sobre a imputação penal. Ao fazê-lo, reabre-se uma zona de contato decisório com a investigação e se enfraquece a finalidade protetiva que serviu de fundamento ao instituto.

Nesse cenário, verifica-se que o deslocamento do recebimento da denúncia pelo juiz do mérito compromete o núcleo de imparcialidade estrutural prometido pela cisão funcional do juiz das garantias. A controvérsia, evidentemente, não se resolve de modo simples, nem admite solução absolutamente imune a críticas. Ainda assim, sob a ótica da coerência com o sistema acusatório e com a função do próprio instituto, parece mais adequado concentrar o risco de contaminação no juiz das garantias do que projetá-lo sobre o magistrado responsável pela instrução e pela sentença. Preservar o julgamento deve ser, em última análise, a prioridade de um processo penal que pretenda permanecer fiel à imparcialidade como sua garantia mais elementar.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Juiz das garantias: até que momento agir e em quais processos não agir. Comentários ao art. 3º-C, caput, do CPP. In: ASSIS MOURA, Maria Thereza de; BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (coord.). **Juiz das garantias.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. p. 263-276.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2025, p. 57.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298.** Plenário. Relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 24 ago. 2023. Diário da Justiça Eletrônico: 19 dez. 2023. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363755297&ext=.pdf. Acesso em 10 mar 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF considera obrigatória implementação do juiz das garantias**. Brasília, DF, 24 ago. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512751&tip=UN. Acesso em: 10 mar. 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno (AD) - Bloco 2 - **Continuidade do julgamento sobre juiz das garantias - 17/8/23**. Sessão plenária de julgamento conjunto das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=U2uwoSmrp5A>. Acesso em: 13 mar. 2026.

COLUCCI, Pedro Henrique do Prado Haram; GOMES, Ana Cristina. Juiz de garantias no processo penal brasileiro: compatibilização constitucional versus cultura inquisitória. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 6, n. 1, p. 237-255, dez. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of De Cubber v. Belgium**. Application n. 9186/80. Judgment of 26 Oct. 1984. Strasbourg: ECHR, 1984. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57465. Acesso em: 10 mar. 2026.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Piersack v. Belgium**. Application n. 8692/79. Judgment of 1 Oct. 1982. Strasbourg: ECHR, 1982. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557. Acesso em: 10 mar. 2026.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2025, p. 11.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 62.

LOPES JUNIOR, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 8, n. 16, p. 55-91, set./dez. 2016. Disponível em: https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11252/2/A_Imprescindibilidade_do_Juiz_das_Garantias_para_

uma_jurisdicao_penal_imparcial_Reflexoes_a_partir_da_teoria_da.pdf. Acesso em: 13 mar. 2026.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Entenda o impacto do juiz das garantias no processo penal.** Consultor Jurídico, São Paulo, 27 dez. 2019. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal/. Acesso em: 9 mar. 2026.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **Assassinaram o juiz das garantias?** Consultor Jurídico, São Paulo, 18 ago. 2023, 15h18. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-ago-18/antonio-pedro-melchior-assassinaram-juiz-garantias/. Acesso em: 10 mar. 2026.

SANTOS, João Vitor Antunes dos. **Juiz das garantias e o dilema sobre quem deve receber a denúncia.** 2024. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Escola de Direito FGV Direito Rio, Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2024. Disponível em: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/1b64f129-3338-42c9-80b0-c893f3635e3e/content. Acesso em 13 mar. 2026.

SANTOS, Rafa. **Para especialistas, STF errou ao reduzir a competência do juiz das garantias**. Consultor Jurídico, São Paulo, 24 ago. 2023, 18h52. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-ago-24/decisao-stf-competencia-juiz-garantias-gera-criticas/. Acesso em: 10 mar. 2026.

SCHÜNEMANN, Bernd, apud LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos Do Processo Penal - Introdução Crítica**. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2025. p.79.

TEDH . **Tribunal Europeu De Direitos Humanos.** Caso Piersack v. Bélgica, App 8692/79, sentença de 01-10-1982.

TEDH . **Tribunal Europeu De Direitos Humanos**. Caso De Cubber v. Bélgica, 9186/80, sentença de 26-10-1984.

Capítulo 13

O Artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua Conexão com o Tema 75 do Tribunal Superior do Trabalho

Article 20 of the Brazilian Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law and Its Connection With Theme 75 of the Superior Labor Court

José Pedro Fernandes Guerra de Oliveira

Advogado especialista em Direito do Trabalho e Direito Tributário pela PUC-SP Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC-SP.

Resumo: Este estudo explora a intrínseca relação entre o Artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que preconiza a análise das consequências práticas das decisões, e o Tema 75 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que disciplina a penhora de percentual dos rendimentos para satisfação de créditos trabalhistas. O objetivo central é demonstrar como o Tema 75, ao buscar um equilíbrio entre a efetividade da execução trabalhista e a proteção à subsistência do devedor, reflete a abordagem consequencialista e pragmática do Artigo 20 da LINDB, ainda que sem citação explícita. Adicionalmente, o estudo analisa os potenciais efeitos negativos e as críticas inerentes à aplicação de ambos os preceitos.

Palavras-chave: Artigo 20 da LINDB; execução trabalhista; princípio da subsistência do devedor; consequencialismo jurídico.

Abstract: This study explores the intrinsic relationship between Article 20 of the Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB), which advocates the analysis of the practical consequences of decisions, and Topic 75 of the Superior Labor Court (TST), which regulates the garnishment of a percentage of earnings to satisfy labor credits. The central objective is to demonstrate how Topic 75, by seeking a balance between the effectiveness of labor enforcement and the protection of the debtor's livelihood, reflects the consequentialist and pragmatic approach of Article 20 of the LINDB, albeit without explicit citation. Additionally, the study analyzes the potential negative effects and inherent criticisms of applying both precepts.

Keywords: Article 20 of the LINDB (Brazilian Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law); labor law enforcement; principle of debtor subsistence; legal consequentialism.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro tem vivenciado, nas últimas décadas, um crescente movimento em direção a uma abordagem mais pragmática e consequencialista na aplicação do direito (Justen Filho, 2018).

Essa evolução, que busca harmonizar a rigidez da norma com a complexidade da realidade social e econômica (Justen Filho, 2018), foi solidificada, em grande parte, pela Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Intitulada Lei da Segurança Jurídica (Brasil, 2018).

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.13

Dentre as inovações, o Artigo 20 da LINDB impõe aos tomadores de decisão, nas esferas administrativa, controladora e judicial, a obrigação de considerar as consequências práticas de suas deliberações, afastando decisões baseadas em meros valores jurídicos abstratos (Brasil, 2018).

Paralelamente, no âmbito da Justiça do Trabalho, a busca pela efetividade da execução e pela proteção dos direitos fundamentais têm levado à construção de importantes precedentes.

Nesse contexto, destaca-se o Tema 75 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que firmou tese sobre a validade da penhora de percentual dos rendimentos do devedor para a satisfação de créditos trabalhistas.

Essa tese, ao estabelecer limites e condições para a penhora salarial, reflete uma complexa ponderação entre o direito do credor à tutela jurisdicional efetiva e a garantia da subsistência digna do devedor (Ruzyk, 2014).

A "adoção de um 'pragmatismo consciente'" pelo TST, mencionada em relação à reafirmação de sua jurisprudência, ecoa o espírito do Artigo 20 da LINDB, que exige que os juízes considerem as realidades fáticas e os impactos de suas decisões (Didier Jr.; Oliveira, 2019; Brasil, 2018).

Este estudo propõe-se a analisar a intrínseca relação entre o mandamento consequencialista do Artigo 20 da LINDB e a solução pragmática adotada pelo TST no Tema 75.

Embora não haja uma citação direta explícita do Art. 20 da LINDB nos fundamentos do Tema 75, argumenta-se que a lógica por trás da tese firmada pelo TST espelha a preocupação com os impactos práticos das decisões judiciais, característica central do consequencialismo jurídico (Tonon Neto, 2022).

Adicionalmente, o presente estudo explorará os potenciais efeitos negativos e as críticas que podem surgir tanto da aplicação do consequencialismo em si quanto da concretização dos limites à penhora salarial estabelecidos pelo TST, buscando oferecer uma visão crítica sobre os desafios inerentes à busca por um equilíbrio justo e eficaz no direito processual brasileiro.

O ARTIGO 20 DA LINDB APLICADO ÀS DECISÕES NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O art. 20 da LINDB, como já frisado, veda decisões baseadas em valores jurídicos abstratos sem consideração das consequências práticas, ou seja, nas esferas administrativa, controladora e judicial, as decisões não devem ser baseadas em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
> Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade

> e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (Brasil, 2018).
> O parágrafo único do artigo supracitado ainda determina que a motivação da decisão deve demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, incluindo a análise de possíveis alternativas, com o objetivo de tomar a melhor decisão acerca de um determinado caso concreto.

Essa alteração na LINDB, introduzida pela Lei nº 13.655/2018, busca promover uma maior concretude de transparência e de proporcionalidade nas decisões estatais, evitando motivações vazias ou meramente principiológicas (Brasil,2018).

A intenção é que o julgador avalie os impactos reais de sua decisão, considerando elementos fáticos e as possíveis consequências sociais, econômicas e jurídicas. Com o objetivo de introduzir uma análise pragmatista da decisão a ser tomada (Didier Jr., Oliveira, 2019).

O objetivo é evitar que as decisões sejam tomadas com base em anseios ou opiniões subjetivas dos juízes, direcionando a análise para a viabilidade e a exequibilidade do resultado (Didier Jr., Oliveira, 2019).

A aplicação do artigo 20 da LINDB nas decisões da Justiça do Trabalho implica que os juízes trabalhistas, ao proferirem decisões, devem ir além da mera subsunção dos fatos à norma e considerar as consequências práticas (Tonon Neto, 2022) de suas decisões. Isso pode se manifestar de diversas formas, como a análise do impacto econômico e social da medida tomada pelo magistrado, a proporcionalidade da decisão, busca por alternativas, entre outras possibilidades.

No que tange ao impacto econômico e social da medida, em ações que envolvem grandes empresas ou setores da economia, uma decisão pode ter impactos significativos na geração de empregos, na viabilidade financeira de negócios e na economia local ou regional, podendo prejudicar empregos dos demais empregados e ferir de forma sistemática o princípio da preservação da empresa.

Em relação a proporcionalidade da decisão, a imposição de multas, indenizações ou obrigações por parte da Justiça do Trabalho deve ser proporcional à infração e à capacidade da parte de cumpri-las, considerando as consequências as quais tais determinações podem acarretar. O parágrafo único do Art. 20, como já descrito, reforça a necessidade de demonstrar a adequação da medida antes de ser tomada (Brasil, 2018).

Em outros termos, as decisões devem levar em conta as peculiaridades do caso concreto, a capacidade econômica do Reclamado e as necessidades alimentares do Reclamante, tendo como prisma o princípio da proporcionalidade, com ênfase na importância das consequências reais e dos impactos práticos das decisões a serem tomadas pelo juízo trabalhista.

No que diz respeito a busca por alternativas, antes da tomada de decisão, o magistrado trabalhista deve buscar possíveis alternativas à solução inicialmente

pensada, avaliando qual delas seria a mais adequada e com menos impactos negativos, tanto para as partes envolvidas quanto para a sociedade.

Por exemplo, em uma execução trabalhista, não adianta satisfazer o crédito alimentar do Exequente, condenando o Executado à miséria. Pois, tal prática não se coaduna com a execução menos gravosa e a preservação do mínimo existencial do devedor.

Outro exemplo é a possibilidade de levar um acordo feito entre empregado e empregador para a homologação do magistrado trabalhista por meio do procedimento de jurisdição voluntária, nos termos dos artigos 855-A a 855-E da CLT, visando a composição amigável da altercação.

Em suma, com a nova sistemática jurídica a partir da Lei nº 13.655/2018, toda e qualquer decisão exige uma motivação mais robusta, explicitando como as consequências práticas foram consideradas e qual o raciocínio que levou à escolha da solução adotada (Brasil, 2018).

Isso significa que o juiz deve explicar, de forma clara, o caminho percorrido para a percepção das consequências e a escolha da alternativa, não tendo como base conceitos abstratos e a mera subsunção do fato a uma determinada norma.

A premissa descrita pelo artigo 20 da LINDB também se aplica à Justiça do Trabalho, buscando evitar abusos mesmo que o crédito do empregado tenha natureza alimentar.

Sendo assim, não há dúvida que a Justiça do Trabalho, como parte do Poder Judiciário, está diretamente submetida às diretrizes do Art. 20 da LINDB.

Mesmo em casos de direitos trabalhistas individuais com normas objetivas, o juiz deve, ao decidir, considerar os impactos práticos de sua decisão, especialmente se envolver a invalidação de atos ou a imposição de obrigações com consequências complexas para as partes, para a empresa ou até mesmo para a economia local.

A segurança jurídica é um princípio basilar que permeia todo o ordenamento jurídico, inclusive o trabalhista (Maximiliano, 2011).

Portanto, as decisões judiciais trabalhistas também estão sujeitas a essa diretriz, o que significa que o magistrado deve fundamentar sua decisão considerando as consequências práticas, mesmo em casos de aplicação de normas objetivas.

A aplicação do pragmatismo jurídico no conflito que envolve as relações de trabalho implica que as decisões trabalhistas devem considerar as consequências práticas em diversas situações, não mais se valendo do puro dedutismo lógico.

Em suma, a diretriz de considerar as consequências práticas eleva o nível da fundamentação judicial, exigindo do juiz uma visão mais holística e um comprometimento com a efetividade social da sua decisão, especialmente no sensível campo do Direito do Trabalho.

A RELAÇÃO ENTRE O TEMA 75 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO COM O ARTIGO 20 DA LINDB

O sistema de precedentes qualificados no Brasil, embora o país adote tradicionalmente o sistema de *"civil law"*, tem se aproximado do modelo da *"common law"*, especialmente com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), tendo como objetivo garantir a uniformidade, a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro (Nery Junior, Nery, 2018).

Tal sistema e o Artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) são pilares fundamentais para a busca por maior segurança jurídica, previsibilidade e eficiência na aplicação do direito, visto que enquanto o sistema de precedentes foca na uniformidade interpretativa, com o objetivo de direcionar o olhar do julgador para as consequências práticas de suas decisões (Brasil,1942).

Cabe frisar que, mesmo na aplicação de um precedente vinculante, o julgador deve estar atento às consequências práticas daquela aplicação. Isso pode ser particularmente relevante em situações de distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) de precedentes, as quais a análise dos impactos práticos de manter ou alterar um entendimento consolidado se torna crucial.

O Tema 75 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) é fruto do sistema de precedentes qualificados, cujo teor trata da validade da penhora de percentual dos rendimentos do devedor para pagamento de créditos trabalhistas, na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Brasil, 2015).

A tese firmada estabelece que na vigência do Código de Processo Civil de 2015, é válida a penhora dos rendimentos (CPC, art. 833, inciso IV) para satisfação de crédito trabalhista, desde que observado o limite máximo de 50% dos rendimentos líquidos e garantido o recebimento de, pelo menos, um salário-mínimo legal pelo devedor (Brasil, 2015).

Essa tese busca equilibrar a efetividade da execução trabalhista, garantindo o recebimento do crédito alimentar do trabalhador, com a proteção da subsistência digna do devedor (Didier Jr.; Oliveira, 2019).

O artigo 20 da LINDB, ao exigir que as decisões judiciais não se baseiem em valores jurídicos abstratos sem considerar as consequências práticas, e que a motivação demonstre a necessidade e adequação da medida, influencia diretamente a forma como o Tema 75 do TST deve ser aplicado pelos juízes trabalhistas em cada caso (Brasil, 2018; Didier Jr., Oliveira, 2019).

A decisão de permitir a penhora de até 50% dos rendimentos, mas assegurando um salário-mínimo ao devedor, é uma manifestação clara da avaliação das consequências práticas de uma decisão.

Sem essa ponderação, a penhora irrestrita poderia levar à indigência do devedor, enquanto a proibição total da penhora poderia inviabilizar a satisfação do crédito trabalhista. O artigo 20 da LINDB reforça a necessidade de tal ponderação e de explicitar a análise dessas consequências.

Ou seja, os juízes trabalhistas, ao aplicarem o Tema 75, devem não apenas seguir a tese, mas também fundamentar a sua decisão de acordo com o dispositivo da LINDB supracitado.

Isso significa explicar por que a penhora de determinado percentual (dentro do limite de 50%) é a medida mais adequada e necessária para o caso concreto, levando em consideração a situação financeira específica do devedor e as necessidades do credor.

A fundamentação deve demonstrar que foram consideradas as alternativas e que a decisão tomada minimiza os impactos negativos para ambas as partes, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo TST.

Antes da fixação da tese no Tema 75, a discussão sobre a impenhorabilidade de salários e outros rendimentos era frequentemente balizada por princípios abstratos como a dignidade da pessoa humana e a efetividade da execução.

A nova sistemática, ao estabelecer limites e condições claras, transforma essa discussão abstrata em uma regra mais concreta, que, no entanto, ainda precisa ser aplicada com o cuidado consequencialista, visando não privar o devedor do mínimo existencial à sua subsistência.

Sendo assim, em tese, é possível afirmar que atualmente, o bloqueio dos salários ou proventos do devedor trabalhista, em regra, não é ilegal e não ofende o direito fundamental do executado, devendo o intérprete autêntico analisar a possível colisão entre direitos fundamentais de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, não podendo ocorrer a aplicação automática do precedente qualificado sem uma análise minuciosa por parte do magistrado de cada caso.

O referido tema surgiu, pois na linha de interpretação do TST, a proteção aos vencimentos, salários e de todos os valores indicados no art. 833 do CPC, visa assegurar o direito à subsistência digna, mas, por certo, não se sobrepõe ao direito, também alimentar, do pretenso empregado.

Ainda que, o Tema 75 estabeleça um limite para a penhora dos vencimentos do devedor, a aplicação do artigo 20 da LINDB pode exigir que o juiz, em casos excepcionais, considere as particularidades do Executado para aplicar um percentual menor que 50% ou para justificar a não aplicação da penhora (caso seja demonstrado que até mesmo um percentual mínimo comprometeria a subsistência digna).

Em síntese, o Tema 75 do TST já é um exemplo de decisão que incorpora o espírito do artigo 20 da LINDB, buscando um equilíbrio prático e considerando as consequências.

No entanto, o dispositivo legal supracitado exige que a aplicação dessa tese, e de qualquer outra decisão, seja acompanhada de uma fundamentação robusta que demonstre a análise das consequências práticas, a necessidade e a adequação da medida, e a consideração de alternativas.

Dessa forma, garante-se que a decisão não seja apenas legal, mas também justa e eficaz na realidade das partes envolvidas. Visto que, a tese firmada no Tema

75 do TST é, em sua essência, uma tentativa pragmática de equilibrar o direito do empregado de receber o seu crédito alimentar e o do devedor à preservação de uma existência digna.

Cabe frisar também que, ainda que o referido tema se refira à penhora de percentual dos rendimentos para pagamento de crédito trabalhista, a realidade de muitos devedores é que eles enfrentam múltiplos credores e outras deduções obrigatórias.

Se o rendimento já for baixo e houver outras deduções (mesmo que legais, como pensão alimentícia para terceiros e empréstimos consignados) já consumirem grande parte do ordenado do devedor, a aplicação do percentual permitido pelo Tema 75, mesmo que garantindo o mínimo, pode deixar o "*solvens*" em uma situação de extrema vulnerabilidade. O que deverá ser analisado pelo juízo da causa antes de tomar uma decisão.

Adicionalmente, indivíduos com deficiência, idosos, ou aqueles que já vivem em condições de hipossuficiência econômica e cuja única fonte de renda é um salário-mínimo, podem ter sua dignidade comprometida se a penhora, mesmo que nos termos do precedente qualificado sob o tema supracitado, reduzir ainda mais sua já precária capacidade de sustento.

Diante disso, a aplicação do tema em comento não pode ser de incidência automática, mas sim por meio de uma análise pormenorizada do caso concreto, e as consequências reais da penhora dos rendimentos para aquele devedor específico. Com base no artigo 20 da LINDB.

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA ATÉ CHEGAR AO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO TEMA 75 DO TST

A possibilidade de penhora dos rendimentos para poder quitar dívida trabalhista não era unanimidade entre os tribunais trabalhistas.

O próprio TST antes tinha um entendimento complementarmente diferente do que prevê o Tema 75. Previsto na Orientação Jurisprudencial (OJ) 153 da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais - SBDI-II, cujo teor frisa a ilegalidade da penhora de valores existentes em conta salário para a satisfação de crédito trabalhista.

Antes da vigência da lei 13.105/15, havia a consolidação do pensamento que crédito trabalhista não poderia ser satisfeito por meio do bloqueio dos salários ou proventos do devedor, uma vez que a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC/73 seria espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando, portanto, o crédito trabalhista (Brasil, 1973).

Dessa forma, as decisões que determinavam o bloqueio, mesmo que parcial, de valores em conta-salário para quitação de débitos trabalhistas eram consideradas ilegais.

Em outras palavras, a OJ 153/SBDI-II do TST protege o salário, as remunerações e os proventos de aposentadoria de penhora para o pagamento de dívidas trabalhistas, considerando que esses valores são essenciais para a subsistência do indivíduo e de sua família.

Portanto, a OJ 153 é resultado de uma construção jurisprudencial que buscou garantir a subsistência do devedor e sua família, diante da essencialidade da verba salarial, posicionando-se contra a penhora de valores em conta salário para dívidas trabalhistas

Por sua vez, a partir do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) se tem discutido sobre a possibilidade de penhora de salários e de proventos em virtude de dívidas trabalhistas.

A redação do artigo 833, § 2º do novo CPC foi alterada, passando a prever que a impenhorabilidade de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações e proventos não se aplica "à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem" (Brasil,2015).

Entretanto, a nova redação gerou uma "grande controvérsia" e uma "miríade de entendimentos" no âmbito da Justiça do Trabalho, em razão de parte da jurisprudência interpretar o dispositivo de forma mais flexível, argumentando que a expressão "independentemente de sua origem" abrangia também os créditos trabalhistas, reconhecendo sua natureza alimentar.

Assim, alguns tribunais regionais passaram a admitir a penhora parcial de salários e de proventos para satisfazer dívidas trabalhistas, desde que fossem observados limites que garantissem a dignidade do devedor e sua subsistência, frequentemente mencionando percentuais como 30% ou 50%.

No entanto, outra corrente mantinha a interpretação restritiva, diferenciando "prestação alimentícia" de "crédito de natureza alimentar", e defendia a impossibilidade da penhora salarial para débitos trabalhistas.

A principal divergência sobre a possibilidade ou não da penhora de rendimentos para quitar crédito trabalhista se dava por conta da expressão "prestação alimentícia", geralmente relacionada a obrigações familiares, não alcançaria os créditos trabalhistas, em que pese apresentarem "natureza alimentar".

Ou seja, "verba alimentar" é um termo amplo que se refere a qualquer valor destinado à subsistência, enquanto "prestação alimentícia" é uma espécie mais específica, geralmente associada a obrigações de direito de família.

O próprio TST considerava que o crédito trabalhista, apesar de possuir natureza alimentar, não se enquadrava na espécie de "prestação alimentícia" a que se referia a lei, que geralmente estava ligada a obrigações familiares (como pensão alimentícia).

Devido a essa divergência, não havia uma pacificação sobre este assunto no âmbito dos tribunais regionais do trabalho.

Desde 2024, o TST tem se estruturado para funcionar como uma verdadeira Corte de Precedentes, visando pacificar questões divergentes no âmbito da Justiça do Trabalho.

Em 2025, a Corte Superior Trabalhista inaugurou a Sistemática de Reafirmação de Jurisprudência, que consiste na fixação de teses jurídicas vinculantes em temas que já possuíam um certo grau de pacificação na Corte. O Tema 75 é um desses temas, aprovado e formalizado nesse contexto.

Essa sistemática visa aprimorar a segurança jurídica e a celeridade processual, orientando as instâncias inferiores e os litigantes.

Com o intuito de gerar maior segurança jurídica sobre o instituto, o TST, no julgamento do IRRR 0000271-98.2017.5.12.0019 (Tema 75), fixou recentemente a seguinte tese vinculante:

> Na vigência do Código de Processo Civil de 2015, é válida a penhora dos rendimentos (CPC, art. 833, inciso IV) para satisfação de crédito trabalhista, desde que observado o limite máximo de 50% dos rendimentos líquidos e **garantido o recebimento de, pelo menos, um salário-mínimo legal pelo devedor** (TST, IRRR 0000271-98.2017.5.12.0019, Tema 75, DEJT 08 abr. 2025. Disponível em: https://www.tst.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 14 nov. 2025, grifo meu).

Em resumo, o TST enquanto "corte de precedentes" tem buscado uniformizar a jurisprudência justrabalhista ao estabelecer que a penhora dos rendimentos previstos no art. 833, IV, do CPC para fins de satisfação de créditos trabalhistas é plenamente cabível, tendo como objeto qualquer possibilidade de discussão a esse respeito no âmbito da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido tem se manifestado o TST:

> "AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. EXECUÇÃO. PRETENSÃO DE PENHORA INCIDENTE SOBRE PERCENTUAL DE RENDIMENTO MENSAL RECEBIDO PELO DEVEDOR - POSSIBILIDADE. No presente caso, discute-se a possibilidade de penhora de salário percebido pelo executado. O entendimento desta Corte com relação à penhora de salários, sob a égide do CPC de 1973, encontra-se consolidado por meio da OJ nº 153 desta Seção Especializada (SDI-2). Após a vigência do novo CPC, considerando a redação do parágrafo segundo do artigo 833, o qual excepciona a impenhorabilidade de vencimentos, subsídios, soldos, salários e remunerações nos casos de pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, a SBDI-2 desta Corte passou a entender que as decisões judiciais, determinando bloqueios de valores em conta salário ou proventos de aposentadoria, realizadas após o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, são legais. Nesse sentido, vários precedentes da SBDI-2 do TST. E mais, essa Corte Superior tem se posicionado no sentido de que deve ser determinada a penhora de percentual dos rendimentos percebidos pelo devedor, com vistas à satisfação do crédito exequendo, observado o disposto conforme disposição contida

> no artigo 529, § 3º, do CPC/2015, cuja redação prescreve que "Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste estudo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos". Desta forma, conclui-se que a decisão agravada não merece reforma, pois de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior , que interpretando o artigo 833, § 2º, do CPC/15 , passou a admitir a penhora sobre rendimentos do devedor, desde que a decisão que determine a penhora seja proferida na vigência do Código de Processo Civil de 2015 e se observe o limite previsto no artigo 529, § 3º, do CPC/15 . Agravo interno a que se nega provimento. (TST, Ag-AIRR-1082700-82.2007.5.09.0652, 2ª Turma, Rel. Min. Liana Chaib, DEJT 24 abr. 2025. Acesso em: 14 nov. 2025).

A questão submetida a julgamento foi justamente a validade da penhora de percentual dos rendimentos do devedor para pagamento de créditos trabalhistas na vigência do CPC/2015 (Brasil,2025).

Nesse sentido, passou a ser possível a penhora de rendimentos do devedor para pagamento de dívida trabalhista, observando-se alguns critérios.

Destaca-se que um dos dispositivos usados para fundamentar e legitimar a formação do Tema 75 foi o art. 529, § 3º, do CPC, cujo teor permite o desconto em folha de pagamento de débitos de execução, de forma parcelada, desde que a soma do desconto com a parcela devida não exceda 50% dos ganhos líquidos do devedor (Brasil, 2015).

Em suma, na visão da Corte Superior Trabalhista, a penhora de parte dos rendimentos do devedor para pagamento de dívida de caráter alimentar decorre da interpretação teológica dos arts. 529, § 3º, e 833, IV e § 2º, do CPC (TST, Tema 75).

Adicionalmente, de acordo com a Corte Superior Trabalhista, o caráter alimentar do crédito trabalhista é atribuído pelo art. 100, § 1°, da Constituição Federal de 1988, o que autoriza sua inclusão na exceção prevista no § 2º, do art. 833, do CPC, cuja redação expressamente faz referência aos créditos de natureza alimentícia de qualquer origem (Brasil, 1988; Brasil, 2015).

É fundamental, como já frisado, assegurar que o valor restante após a penhora dos rendimentos do Executado seja, no mínimo, equivalente a um salário-mínimo nacional vigente, garantindo assim o mínimo existencial e a dignidade do devedor.

Ou seja, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser a base para o magistrado decidir se é viável ou não aplicar o Tema 75 em um determinado caso concreto.

Consequentemente, se os rendimentos do executado já estão comprometidos por outras dívidas em percentual superior a 90%, resultando em valor inferior a um salário-mínimo, uma nova penhora torna-se inviável, comprometendo a dignidade do devedor.

Portanto, é importante ratificar que, se há outras penhoras que ultrapassam o limite de 50% dos rendimentos do devedor, outra constrição viola de maneira flagrante a dignidade da pessoa humana prevista no inciso III do artigo 1º da Carta Magna.

A evolução da jurisprudência justrabalhista acerca da questão da possibilidade ou não da penhora de rendimentos para pagamento de dívida trabalhista está intrinsecamente ligada ao artigo 20 da LINDB, pois a rigidez da impenhorabilidade absoluta era um "valor jurídico abstrato" que, na prática, gerava a consequência de inviabilizar a efetividade da execução trabalhista, frustrando o direito do trabalhador (Didier Jr; Oliveira, 2019; Brasil, 2018).

A mudança de entendimento reflete a consideração dessa "consequência prática", visto que o Artigo 20 da LINDB impulsiona o julgador a buscar um equilíbrio entre princípios que podem se chocar (Justen Filho, 2018; Brasil, 2018).

No caso, o equilíbrio a ser buscado é entre a dignidade da pessoa humana do devedor que exige proteção de seu mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana do credor que exige o recebimento de seu crédito alimentar para sobreviver.

Como foi mostrado, a evolução da jurisprudência trabalhista acerca da penhora de rendimentos para pagamento de dívidas trabalhistas, até a consolidação do Tema 75 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), é marcada por uma significativa mudança de entendimento, influenciada principalmente pela entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

O TEMA 75 DO TST E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A relação entre o Tema 75 do TST e a dignidade da pessoa humana é intrínseca e fundamental, buscando equilibrar a efetividade da execução trabalhista, dada a natureza alimentar dos créditos, com a necessidade de preservar o "mínimo existencial" do devedor.

Isso significa que, não obstante se permita a penhora para solver o crédito trabalhista, a medida não pode comprometer a dignidade do devedor, garantindo-lhe condições mínimas de subsistência.

Embora a tese garanta um salário-mínimo e limite a penhora a 50% dos rendimentos líquidos, a aplicação em casos concretos ainda pode gerar preocupações quanto à dignidade do Executado.

Para o devedor, a perda de até metade de seus rendimentos líquidos pode representar um impacto financeiro significativo, mesmo que o salário-mínimo seja garantido.

Isso pode dificultar o cumprimento de outras obrigações financeiras, a manutenção de um padrão de vida razoável e a recuperação econômica, visando preservar o mínimo existencial.

A aplicação deste entendimento, contudo, deve observar o equilíbrio entre o direito de crédito do credor (art. 5º, XXII da CF) e o princípio da dignidade humana do devedor (art. 1º, III da CF), preservando-se o mínimo existencial necessário à subsistência digna do Executado (Brasil,1988).

Quando os rendimentos do devedor são próximos ao salário-mínimo nacional, a penhora, mesmo em percentual reduzido, pode comprometer o mínimo existencial, o que contraria a própria ressalva contida no Tema 75 do TST e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial estão intimamente ligados, visto que o mínimo existencial é a concretização da dignidade humana, por meio da garantia de um conjunto de direitos fundamentais os quais são essenciais para uma vida digna. O que estabelece que cada pessoa tem um valor intrínseco e deve ser tratada com respeito e igualdade, servindo como base para a proteção de direitos humanos e orientando todo o ordenamento jurídico brasileiro.

O mínimo existencial constitui a expressão máxima do compromisso do Estado com a dignidade humana, um dos pilares fundamentais para a justiça social e a manutenção do Estado Democrático de Direito (Ruzyk, 2014).

O Tema 75 do TST ilustra o permanente desafio de harmonizar o pragmatismo da efetividade da jurisdição com o valor supremo da dignidade da pessoa humana, ou seja, garantir a subsistência mínima e condições de vida razoáveis.

A fundamentação principal para essa flexibilização reside na natureza alimentar dos créditos trabalhistas, equiparando-os, para fins de penhora, às prestações alimentícias, que são exceção à regra geral de impenhorabilidade.

Por outro lado, a penhora excessiva ou indiscriminada sobre os proventos do devedor pode levá-lo a uma situação de penúria, inviabilizando sua subsistência e a de seus dependentes.

A execução trabalhista não pode desconsiderar a função social do patrimônio mínimo e da renda como instrumentos de manutenção da vida digna, visto que a penhora sem limites poderia levar à marginalização social e à incapacidade de reinserção do indivíduo na economia, gerando um ciclo vicioso de exclusão (Justen Filho, 2018).

Esse cenário contraria frontalmente a dignidade humana, transformando a execução em um instrumento de espoliação e não de justiça.

A própria tese do TST, ao mencionar a possibilidade de utilização da técnica do "*distinguishing*" para evitar abusos, reforça o compromisso com a dignidade. Isso significa que, mesmo dentro dos parâmetros estabelecidos, se a penhora, em um caso específico e excepcional, demonstrar-se excessivamente gravosa e capaz de comprometer a dignidade do devedor, o juiz poderá flexibilizar a aplicação da regra.

Em suma, a tese do Tema 75 do TST é um exercício de ponderação proporcional, onde se busca o máximo de satisfação do crédito com o mínimo de sacrifício à dignidade do devedor. Pois, não se trata de uma solução "tudo ou nada", mas de uma tentativa de encontrar um ponto certo de equilíbrio que gere as melhores consequências sociais e individuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já explanado, é válida a penhora dos rendimentos (CPC, art. 833, IV) para satisfação de crédito trabalhista, desde que observado o limite máximo de 50% dos rendimentos líquidos e garantido o recebimento de, pelo menos, um salário-mínimo legal pelo devedor, conforme entendimento firmado no Tema 75 do Tribunal Superior do Trabalho (TST, IRRR 0000271-98.2017.5.12.0019, DEJT 08 abr. 2025).

Entretanto, como já relatado, o magistrado deve ponderar os impactos da penhora na vida do devedor e a real efetividade da constrição para o credor, sopesando alternativas e buscando o equilíbrio.

É crucial que a decisão esteja solidamente fundamentada no artigo 20 da LINDB, demonstrando a necessidade e a adequação da medida para o caso concreto.

Isso implica uma análise individualizada da situação financeira do devedor, garantindo a preservação do seu mínimo existencial, ao mesmo tempo em que se busca a efetiva satisfação do crédito trabalhista.

Sendo assim, não há dúvida que a aplicação do entendimento supracitado gera debates significativos no meio jurídico, uma vez que a controvérsia reside na tensão entre princípios fundamentais do direito, especialmente a proteção do mínimo existencial do devedor e a efetividade da execução trabalhista, que visa satisfazer um crédito de natureza alimentar.

Tradicionalmente, o Código de Processo Civil (art. 833, inciso IV) estabelece a impenhorabilidade absoluta de salários, vencimentos, proventos de aposentadoria, entre outros.

As exceções eram restritas a prestações alimentícias e a flexibilização trazida pelo novo entendimento, mesmo específica para crédito trabalhista, rompe com uma antiga proteção legal e gera questionamentos sobre a segurança jurídica e a interpretação do CPC.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem uma interpretação mais restritiva para a penhora de salários em dívidas de outras naturezas sem ser de prestações alimentícias, permitindo-a apenas em casos excepcionais e desde que a remuneração seja muito elevada. Já, a tese do TST, ao permitir a penhora de forma mais ampla para créditos trabalhistas, gera uma assimetria que também é alvo de discussão.

Por outro lado, os que defendem o novo entendimento, argumentam que o crédito trabalhista também possui natureza alimentar e a impenhorabilidade absoluta dos rendimentos do devedor muitas vezes levava à frustração completa da execução, deixando o trabalhador, que já foi lesado, sem receber os valores essenciais para sua própria subsistência.

Bem como com a impossibilidade de penhora dos rendimentos, muitos devedores poderiam facilmente se esquivar de suas obrigações trabalhistas, tornando a execução um processo ineficaz.

Por fim, segundo os defensores da nova tese, o limite de 50% e o resguardo de um salário-mínimo foram estabelecidos justamente para tentar equilibrar os interesses.

Não se trata de uma penhora integral, mas de uma parte que, em tese, não inviabilizaria a vida do devedor, ao mesmo tempo em que permite a satisfação do crédito do trabalhador.

A polêmica em torno do Tema 75 do TST é inerente à complexidade de conciliar direitos fundamentais aparentemente contrapostos: o direito à subsistência digna do devedor e o direito do trabalhador de ver seu crédito alimentar satisfeito. Pois, ao tentar resolver o dilema da efetividade da execução trabalhista, gerou um novo e complexo debate que toca na própria essência do sistema jurídico brasileiro (Didier Jr., Oliveira, 2019).

Não há uma solução única e padronizada, visto que a análise deve ser feita caso a caso, ponderando-se a necessidade do credor, a capacidade contributiva do devedor e o impacto da penhora sobre o mínimo existencial de ambos.

Em outros termos, a decisão judicial não é automática, na medida em que o magistrado deve proceder a um cuidadoso sopesamento de valores, examinando as particularidades de cada caso. Isso envolve uma análise pormenorizada por parte do magistrado e se tal atitude irá garantir a prestação jurisdicional de forma menos gravosa ao devedor.

A solução proposta pelo TST, embora busque um ponto de equilíbrio, continua sendo alvo de intensas discussões sobre sua constitucionalidade, a interpretação do CPC e suas consequências sociais, exigindo dos juízes uma fundamentação cada vez mais aprofundada e contextualizada, à luz do Art. 20 da LINDB, para cada caso concreto (Brasil, 2018).

Mesmo que a tese garanta o valor de um salário-mínimo ao executado, ainda há debates sobre se esse valor é suficiente para garantir uma vida digna, especialmente em casos de devedores com despesas médicas ou familiares atípicas, por exemplo.

Ao fim e ao cabo, o aplicador do direito caso aplique o precedente em comento de forma equivocada poderá causar consequências irreparáveis ou de difícil reparação ao devedor, comprometendo o mínimo existencial a ele garantido por conta da falta de uma abordagem que foca nas consequências práticas e concretas das decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: FGV**, edição especial, 2018.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 12. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2018.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Dignidade da pessoa humana. In: CLÈVE, Clèmerson; PEREIRA, Ana (org.). Direito constitucional brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.

TONON NETO, Nelson. O art. 20 da LINDB e o direito ambiental: pragmatismo e consequencialismo. **Revista MPC,** 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). IRRR 0000271-98.2017.5.12.0019 (Tema 75). **Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT)**, 08 abr. 2025. Disponível em: https://www.tst.jus.br/jurisprudencia.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Ag-AIRR-1082700-82.2007.5.09.0652, 2ª Turma, Rel. Min. Liana Chaib, DEJT 24 abr. 2025. Disponível em: https://www.tst.jus.br/jurisprudencia.

Capítulo 14

Información y Bien Jurídico Penal

Information and Criminal Legal Good

Sidney Duran Gonçalez

Especialização em Teoria Jurídica do Delito (2019); mestrado em Direito Penal (2021); doutorando em Direito Penal (2023), todos pela Universidade de Salamanca; advogado criminalista. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2222-6310. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0729235913224535.

Resumen: La evolución tecnológica, que ha aportado tantos beneficios a las sociedades, reduciendo fronteras y posibilitando un rápido desarrollo en muchos sectores, también comienza a generar problemas. Las noticias falsas se han convertido en un problema global, utilizadas para manipular la opinión pública, desacreditar las instituciones democráticas e incluso la ciencia. Defender el derecho constitucional a la información veraz es cada vez más necesario.

Palabras-clave: evolución tecnológica; globalización; noticias falsas; clasificación penal; derecho a la información.

Abstract: The technological evolution that has brought so many benefits to societies, narrowing borders and providing a rapid development of many sectors, also starts to bring problems. Fake news becomes a global problem, being used to manipulate public opinion, putting democratic institutions and even science into disrepute. Defending the constitutional right to truthful information is becoming increasingly necessary.

Keywords: technological evolution; globalization; fake news; criminal typing; right to information.

INTRODUCCIÓN

En los días actuales, hemos conocido la evolución tecnológica, la globalización y la evolución en la forma de producir y reproducir la información.[1,2] La manipulación tecnológica, la influencia social a través de las *fake news* y las violaciones de derechos y garantías constitucionales serían sus dilemas, los efectos reflejos de esta evolución, que nos llevan a plantearnos la posibilidad de regular un internet que nació bajo conceptos libertarios y principios liberales, impregnado de la influencia jurídica del *common law*.[3] Este es nuestro reto.

El derecho a la información, que junto con el derecho a la libre expresión está recogido en la mayoría de las constituciones democráticas, es más que una garantía legal, es de hecho un hito evolutivo en nuestras sociedades.[4,5] El derecho a informar y a ser informado de forma libre de trabas estatales, sin censuras ni obstáculos, es lo que verdaderamente sustenta a las sociedades democráticas, las aleja de los estados autoritarios y, sobre todo, sustenta la alternancia en el poder y la vigilancia en el uso de los bienes públicos.[6] El derecho a la información nos presenta la transparencia que debe existir para los asuntos públicos, obligando al Estado y a los gobernantes a realizar sus funciones a la luz del día, con publicidad.[5]

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.14

El propio principio de publicidad de los actos del Estado, de las decisiones judiciales y del gasto público proviene de la garantía de informar y ser informado, haciendo que la sociedad conozca cómo se utilizan los poderes y los recursos de que dispone, creando así una relación lógica al decir que se vive en una sociedad democrática.[7] Lo que se resuelve de forma velada, lejos de la mirada y la crítica de sus mantenedores, no puede calificarse de decisiones democráticas y, por ello, la información no es sólo un derecho, sino el fundamento de todos los derechos que emergen de un Estado democrático.[8]

El inciso IV del artículo 5º de la Constitución Federal brasileña de 1988 garantiza la dimensión personal del derecho a la información al permitir la libre expresión del pensamiento, protegiendo el derecho a comunicar ideas, ideales y opiniones abiertamente y en cualquier forma. El derecho a informar, basado en la misma garantía constitucional, abarca cualquier tipo de crítica, habiendo ya dictaminado el Supremo Tribunal Federal que "no corresponde al Estado, por medio de ninguno de sus órganos, definir de antemano lo que puede o no puede ser dicho por individuos y periodistas".[9]

Llegados a este punto, no hay discusión sobre la naturaleza jurídica del derecho a la información, ya que se trata de una garantía constitucionalmente prevista y, por tanto, objeto de protección estatal, en caso de que alguna vez se viera perjudicada.[10] La lesión de la información, que es un bien jurídico con previsión constitucional, atraería en teoría la acción de la ley como fuerza coercitiva del Estado. Esta defensa del derecho con garantía constitucional se basaría en la teoría constitucionalista del bien jurídico, con el objetivo de detener una lesión y restablecer el derecho vulnerado para lograr la paz social.[11] Sin embargo, es necesario considerar que entre las diversas ramas del derecho, el derecho penal, dado su carácter subsidiario, sólo podría ser utilizado para proteger un derecho si se estableciera que las otras ramas jurídicas son inadecuadas para una protección efectiva.[10]

PROTECCIÓN LEGISLATIVA DEL DERECHO LEGAL A LA INFORMACIÓN

En Brasil la edición de leyes en el ámbito civil como el Marco Civil de Internet y la Ley General de Protección de Datos, aunque en algunos casos han traído alguna efectividad, como por ejemplo en las situaciones de exposición de fotos íntimas de terceros en las redes, donde el MCI en su artículo 21 determina la exclusión de contenido sin que ni siquiera haya iniciado un procedimiento judicial[12], pudiendo aún haber una responsabilidad subsidiaria del proveedor de información, ya en los demás casos, la ley condiciona las decisiones judiciales para que se haga cesar situaciones ilegales, que acaba por retirar de los proveedores de contenido cualquier responsabilidad previa, incluso si han sido advertidos administrativamente sobre las lesiones a bien jurídico, que acaba por retirar completamente la efectividad de la medida, ya que hasta que se ha obtenido una orden judicial el contenido ilícito ya ha alcanzado completamente su objetivo, proliferando en las redes.[3]

El Supremo Tribunal Federal de Brasil, en una decisión tomada el 26 de junio de 2025, consideró parcialmente inconstitucional el artículo 19 de la Ley 12.965/2014. Esta disposición establece que, si se incumple una orden judicial específica, los proveedores de aplicaciones en línea pueden ser considerados civilmente responsables por los daños provocados por contenidos de terceros. Con una mayoría de votos, el tribunal concluyó que dicha norma ya no resulta adecuada para salvaguardar los derechos fundamentales y la democracia.[12] En términos de protección constitucional y tutela de derechos fundamentales en el entorno digital, dicha discusión se relaciona con la eficacia de los derechos fundamentales en el Estado contemporáneo.[6]

Se hace necesario abordar las formas de Estado, para que podamos justificar la posibilidad y en este paso histórico de fundamentar legislaciones que puedan restringir y penalizar el uso de información falsa. Las formas de Estado tienen una gran influencia en el Derecho Penal y en su vinculación a determinados bienes jurídicos.[10] La gran evolución histórica y social entre un gobierno de hombres y un gobierno de leyes se puede apreciar en la distinción platónica, donde se sitúa el Estado de Derecho, dentro del cual se legitiman normativamente las actividades con la intención de proteger la libertad de los ciudadanos.[13] La idea de Estado de Derecho orienta toda la fundamentación de la teoría del bien jurídico-penal, pues a partir de esta idea podemos entender un Derecho penal desarrollado con la finalidad de defender intereses o valores sociales.[11]

La legitimación de las actividades sociales por el Estado de Derecho es, de hecho, un salto evolutivo en las sociedades humanas, pues para dejar de depender por completo de las voluntades momentáneas de los gobernantes, hemos pasado a conocer las reglas de conducta y los derechos preestablecidos. La evolución de los modelos de Estado de derecho tiene un impacto directo en el ejercicio del poder punitivo.[14] La primera fórmula presentada fue la del Estado liberal, que, desarrollada por la ilustración jurídica, defendía la primacía de la ley frente a los abusos despóticos, con dos elementos fundamentales: una actitud racional frente al derecho natural y una postura de adhesión al derecho positivo. A partir de estos elementos, la noción de defensa de la libertad individual pasa a significar la ausencia de injerencia del Estado en la esfera de la autonomía ciudadana, creando la neutralidad estatal como principio organizativo.[10]

Frente a las dificultades que presentaba el Estado liberal de derecho, especialmente en lo que se refiere al aumento de la pobreza, la discriminación y otros conflictos sociales diversos, surgió a principios del siglo XX el Estado Social, que intentaba encontrar una forma de superar la distancia entre el Estado y la sociedad. Se creó así un nuevo modelo, que buscaba superar el excesivo individualismo del modelo de Estado Liberal, que sólo buscaba asegurar las garantías jurídicas de manera meramente formal. El modelo de Estado Social evolucionó hacia un Estado intervencionista, que buscaba la efectividad de valores como la libertad y la seguridad jurídica, abandonando la idea del Estado-árbitro imparcial.[8] Esta transformación también repercute directamente en la concepción de tutela jurídica de intereses socialmente relevantes.[10]

El Estado Social acabó recibiendo muchas críticas por su principio rector intervencionista, que hace que se preocupe más por determinar un derecho penal vinculado a su propia eficacia, que por servir a la sociedad, provocando que la pena abandone su función de eficacia jurídica para funcionar como un arma del Estado. Frente a los problemas que presenta el modelo social, surge la fórmula del Estado democrático de Derecho, que busca crear condiciones sociales que favorezcan efectivamente el desarrollo de sus ciudadanos.[6] En este nuevo marco, la legitimidad del sistema penal pasa a depender de su subordinación a valores constitucionales y a bienes jurídicos materialmente relevantes.[15]

Es en este concepto de Estado Democrático de Derecho que nos posicionamos, donde el derecho penal es una herramienta de protección de un valor que pertenece a la sociedad y es importante para su desarrollo y armonía.[10] No podemos olvidar que la búsqueda evolutiva de modelos de Estado de Derecho tiene su primacía en el objetivo de traer mayor seguridad social y respeto a los derechos y garantías, siempre en observación de los cambios ocurridos y fenómenos sociales. Observando la realidad a la que se enfrenta, el derecho penal está llamado a dar respuestas.[11]

La evolución tecnológica ha puesto a prueba los límites del derecho penal, especialmente cuando se trata de conductas relacionadas con la opinión, que gozan de gran protección constitucional.[16] Este estudio nos ha mostrado hasta ahora que, aunque se han aprobado diversas leyes en el ámbito del derecho civil y administrativo, como el Marco Civil da Internet y la Ley General de Protección de Datos en Brasil, por ejemplo, estos esfuerzos no han sido suficientes para frenar las violaciones del bien jurídico de la información, principalmente porque el progreso tecnológico ha permitido una creciente desinformación en forma de *fake news*, posverdades, deep fakes, y una enorme cantidad de recursos y medios disponibles para violar la garantía constitucional con fines ilícitos.[1] ¿Está autorizado el Estado en estos casos a utilizar su herramienta más poderosa para proteger este bien? El principio de subsidiariedad o de intervención mínima puede orientarnos en esta dirección, como aclara el profesor Luiz Regis Prado: "Establece que el derecho penal sólo debe actuar en defensa de bienes jurídicos que sean esenciales para la convivencia pacífica de los hombres y que no puedan ser protegidos de forma menos gravosa. Esto se debe a que las sanciones penales son particularmente graves y acaban imponiendo las más serias restricciones a las garantías individuales" (p.108)[10]

El profesor Regis Prado establece dos requisitos para la utilización del derecho penal para la protección de los bienes jurídicos, serían ellos: a) bienes jurídicos esenciales para la convivencia social, b) que no puedan ser protegidos por otras ramas del derecho de manera agresiva al ciudadano.[10] Creemos que es posible identificar estos dos requisitos, como hemos señalado para justificar.

El uso de la inteligencia artificial para crear *fake news* y deep fakes se ha vuelto tan problemático hoy en día, debido al grado de dificultad para identificar la falsedad de la información, que ha obligado al Tribunal Superior Electoral de Brasil a crear normas específicas para regular y sancionar el uso de la IA en la publicidad electoral. Las nuevas tecnologías y herramientas de información han revolucionado

no sólo el acceso a la información, sino sobre todo la posibilidad de manipular la información y difundir mentiras, comprometiendo la convivencia en sociedad, invadiendo el espacio público y manipulando la opinión pública.[2] Ese agravamiento de la capacidad lesiva de la desinformación también ha sido destacado en estudios sobre el fenómeno de las *fake news*.[1]

Por lo tanto, para justificar y legitimar el uso del Derecho penal para proteger el bien jurídico, es necesario demostrar que el bien necesita protección; que esta protección no puede alcanzarse mediante la aplicación de una legislación dirigida a otros ámbitos del Derecho, y además, que esta aplicación se ajusta a los principios básicos del Estado democrático de Derecho, y que no basta cualquier actuación contraria a la norma, como nos enseña la profesora Ana Elisa Bechara, "Por tanto, la exteriorización de una voluntad contraria al imperativo de la norma no es suficiente para calificar la conducta como delictiva, requiriéndose, además, la materialización de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido" (p.14).[11] En esa línea, la teoría del bien jurídico impone límites materiales a la criminalización.[10]

De este modo, como nos enseña Bechara, debemos analizar no sólo la lesión del bien jurídico, sino también si esta lesión es lo suficientemente grave como para poner en riesgo el bien jurídico protegido y, por tanto, causar una grave alteración de la convivencia en sociedad.[11] Por ello, no debe confundirse la práctica de un delito con la mera infracción de un deber, como se desprende de la obra de Karl Ferdinand Hommel, quien considera que la utilización del Derecho penal para imponer meras formas de vida o ideologías es un acto de tiranía.[17]

En el caso de las *fake news*, existe un factor de complicación, que sería la libertad de expresión, circunstancia que es traída a colación por quienes se oponen a la penalización. Como ya hemos señalado, la cuestión de si es imposible castigar la expresión que lesiona bienes jurídicos está zanjada desde hace tiempo. A título comparativo, cabe destacar que en España existe una jurisprudencia consolidada sobre la limitación del derecho a la libertad de expresión frente a otras garantías constitucionales.[18] En Brasil, el Supremo Tribunal Federal ya discutió los límites de la libertad de expresión.[19] La situación identificada hoy demuestra una tendencia que se ha visto acelerada por las nuevas tecnologías que aumentan la difusión de discursos que violarían los derechos legales. La tendencia de los tribunales de todo el mundo ha sido ponderar y limitar cuando se detectan excesos y violaciones de derechos.[16]

Coincidimos, por tanto, con la opinión de Carbonell Mateu de que "el problema no es si la decisión política de prohibir debe ceder ante un derecho fundamental que prevalece, sino si existe un derecho fundamental cuya necesidad de protección justifique la decisión política de prohibir". Dentro de esa misma discusión, la criminalización de determinados discursos extremos exige una justificación material fuerte, vinculada a la tutela de derechos fundamentales de terceros.[16]

Creemos que la tipificación de la incitación al odio, por ejemplo, que en parte es similar a lo que aquí estamos discutiendo, no se refiere específicamente a tipos penales legítimos que se han ampliado ilegítimamente, sino que la propia existencia de un delito que sanciona un discurso, opinión o expresión, sin ninguna circunstancia

adicional que permita afirmar que afecta a los derechos de otras personas, es o debe ser ilegítima en un Estado democrático.[20] La protección penal del discurso sólo se legitima cuando existe una lesión o peligro concreto para bienes jurídicos ajenos.[11]

Sin embargo, hechas estas consideraciones, creemos que el análisis de la protección constitucional de la libertad de expresión en casos de *fake news* va en otra dirección. Ya hemos visto que esta garantía constitucional ha encontrado limitaciones cuando se ha expuesto a situaciones como el discurso del odio, por lo que la penalización ha sido aceptada y vista como legítima.[20] Sin embargo, cuando se trata de penalizar las *fake news*, la resistencia es mayor.[16]

En la situación concreta de las *fake news*, el planteamiento de la legitimación penal de una conducta no debe basarse en el análisis de la adecuación de la garantía constitucional de la libertad de expresión, trazando límites o ponderando la existencia de un conflicto de derechos, sino que, a nuestro juicio, existe un bien jurídico a proteger, que es la información, y lo que se haría con la utilización de la teoría del bien juridico.[10] Esa comprensión se armoniza con una perspectiva material del delito centrada en la ofensa a bienes jurídicos constitucionalmente relevantes.[11]

El fundamento de la teoría del bien jurídico se presenta por primera vez en la obra de Johann Michael Franz Birnbaum, quien considera que para que un delito sea tratado como lesión, debe ser tomado de un bien y no sólo de un derecho.[21] Se trataría de los bienes garantizados por el Estado, aquellos dados al ser humano en parte por la naturaleza y en parte por el desarrollo social, contrariamente a la doctrina de Feuerbach, que justificaba la intervención penal por la existencia de una lesión o riesgo de lesión de un derecho.[22]

Una vez constatado que la evolución doctrinal nos ha llevado a identificar la existencia de un bien jurídico que está siendo lesionado o corre el riesgo de serlo con la gravedad suficiente como para que se produzca una conmoción social, debemos identificar si la garantía constitucional de crear, transmitir y recibir libremente información sería un bien jurídico a proteger y, sobre todo, si este bien estaría en riesgo, de forma que podamos considerar legítima la tipificación de una conducta. En el marco de la teoría constitucionalista del bien jurídico, los valores fundamentales deben mantener referencia constitucional para justificar la intervención penal.[15] De ahí que la conexión entre información, democracia y dignidad humana sea central para la discusión.[6]

La información en casi todos los Estados democráticos es un derecho constitucionalmente garantizado y, como ya se ha dicho, no hay desacuerdo al respecto.[7] Sin embargo, debemos saber si este derecho es en realidad un bien jurídico lo suficientemente relevante como para dar lugar a una protección penal.[10]

Según Francisco Amaral, “un bien se define como algo que tiene valor y que, por lo tanto, es reconocido en el ámbito jurídico como objeto de derecho. Por lo tanto, el bien se convierte en jurídico cuando se considera útil al titular del derecho, o de la situación jurídica subjetiva”.[23] Esta noción permite comprender por qué ciertos intereses constitucionalmente protegidos pueden adquirir relevancia jurídico-penal cuando son esenciales para la vida en sociedad.[11]

En este sentido, para que la información sea reconocida como bien jurídico, debe ser valorada socialmente. Como señala Pietro Perlingieri, la importancia de un bien radica no sólo en la titularidad del interés en que se basa y la protección que se garantiza al titular, sino también en la protección del bien para terceros cualificados que de alguna manera obtienen beneficios, no necesariamente de carácter económico, de su conservación.[24] Esa lectura refuerza la dimensión colectiva y relacional del derecho a la información en los regímenes democráticos.[25]

Perlingieri llama nuestra atención para reflexionar sobre la identificación de la información como bien jurídico, teniendo en cuenta sus peculiaridades, especialmente el hecho de que se trata de un bien incorpóreo, de existencia abstracta e intelectual. Por esta razón, es necesario verificar si, en concreto, son social y jurídicamente útiles y dignas de protección, "La información en sí misma, como cosa incorpórea, no es siempre y necesariamente relevante para el derecho, sino que su protección varía en relación con el contenido de la información, el lugar o la relación jurídica en la que se inserta la información".[24] Tal comprensión dialoga con la idea de que la tutela jurídica de la información depende de su función social y de su aptitud para sostener el espacio público democrático.[26]

CONCLUSIÓN

Al comprender todos estos aspectos, llegamos a entender que en el caso de las *fake news*, deberíamos considerar la información como un bien jurídico, teniendo en cuenta su contenido, es decir, no toda la información sería objeto de protección estatal, sino aquella que pueda demostrar un potencial daño debido al mensaje creado, transmitido o recibido.[10] A este aspecto podríamos añadir el alcance de la información para definir el grado de nocividad de un contenido. Por ejemplo, una broma en un grupo de amigos que tergiversa o manipula la información no es socialmente relevante porque está contenida en un medio restringido y de escaso alcance social, pero un reportaje periodístico publicado en un importante medio de comunicación acaba adquiriendo relevancia social por su alcance y credibilidad, porque influye en la opinión pública, poniendo en riesgo a la sociedad y adquiriendo relevancia penal.[3]

Desinformación es el nombre que damos a la violación del bien jurídico de la información. La desinformación acaba desvirtuando la protección jurídica de la garantía de la información prevista en la Constitución.[10]

Esta identificación de que el contenido y el soporte de la información son importantes a la hora de analizar la relevancia de la información como bien jurídico está estrictamente relacionada con el principio de dignidad de la persona humana8, y nos muestra que además de ser relevante en sí mismo, el acceso a la información también es esencial como medio para garantizar otros derechos, como el derecho a la salud y el derecho al voto consciente y libre, que es la base participativa del Estado democrático, y que sólo pueden ejercerse de forma efectiva con acceso a la información.[26]

Siguiendo esta línea de razonamiento, podríamos decir que la información es un bien jurídico protegido, con la finalidad de informar y desarrollar el espacio público, que no es otra cosa que el ámbito colectivo del debate y la comunicación social. La desinformación sería la antítesis de la información, y por tanto una lesión a este bien jurídico, porque acaba llenando el espacio público de debates sobre informaciones manipuladas, tergiversadas o engañosas, lo que en teoría orientaría la protección del bien jurídico de la información por el Derecho penal, basando esta conclusión en el principio de protección exclusiva de los bienes jurídicos, porque no hay delito si no hay lesión o peligro de lesión de un bien jurídico concreto.[10]

En nuestra opinión, para que la lesión al bien jurídico de la información sea caracterizada, debe estar vinculada a determinados aspectos, a saber: forma y contenido. La forma se referiría al medio utilizado para difundir y transmitir la información, su alcance y la posibilidad de daño, prescindiendo de lesiones insignificantes al bien jurídico, sería por tanto el instrumento para llevar a cabo la conducta, que podría ser por televisión, ordenador, o prensa escrita, por ejemplo. El contenido, por su parte, estaría relacionado con el elemento subjetivo, la intención deliberada de desinformar, de engañar, y con ello podríamos calibrar la gravedad de la desinformación, que podría intervenir en el grado de culpabilidad del agente.[3]

A pesar de que las *fake news* o desinformación no son nada nuevo en nuestras sociedades, con diversos acontecimientos históricos, en los que se utilizó la garantía de la información y la libre expresión para difundir contenidos falsos, en ningún momento se tuvo conciencia de que la lesión del derecho a la información pudiera causar tal conmoción social. De hecho, el daño que la desinformación y las *fake news* han causado al bien jurídico de la información ha sufrido un cambio de nivel, con un evidente agravamiento del daño al bien jurídico.[27]

La identificación de que las *fake news* han causado una serie de problemas a las sociedades en este paso histórico, con un agravamiento del daño al bien jurídico de la información, se debe principalmente a los desarrollos tecnológicos que han permitido no sólo el acceso a los contenidos de los medios de comunicación de masas, sino también la creación de contenidos sin una mínima moderación, que terminan siendo influenciados por la ideología ciber-libertaria, reacia a la regulación y alentada por las empresas tecnológicas que se mantienen casi exclusivamente por los ingresos publicitarios, donde las noticias llamativas tienen más clics, y por lo tanto más recursos financieros.[1] Ese entorno digital también ha sido intensificado por la lógica de circulación en redes sociales.[2]

El hecho de que se haya producido un aumento significativo de la lesividad de una conducta hasta ahora no identificada (*fake news*), unido a que la normativa disponible hasta ahora no ha sido capaz de evitar tales daños, indica que un nuevo factor ha ido influyendo para que consideremos el bien jurídico de la información como uno de los que requieren protección penal. Así, en nuestra opinión, la evolución tecnológica ha provocado un aumento de la lesividad de las conductas al bien jurídico de la información, como consecuencia de la proliferación de las *fake news* y la desinformación.[1] En términos jurídicos, ello refuerza la necesidad de discutir respuestas normativas más eficaces.[3]

La evolución tecnológica hace posible la creación y difusión de noticias desde cualquier parte del mundo, imposibilitando muchas veces la adopción de medidas de contención y reparación a través de la legislación local. La Convención de Budapest, recientemente promulgada por Brasil, garantiza efectivamente la criminalización de determinadas conductas relacionadas con la ciberdelincuencia, y también amplía la cooperación entre los países firmantes, entendiendo la dificultad de perseguir estos delitos, lo que traerá avances en la persecución penal, verificando la necesidad de un uso cada vez mayor del derecho internacional en la lucha contra los delitos cometidos a través de las redes, y también trae la posibilidad de responsabilizar a las plataformas (artículo 12).[28] En ese contexto, la dimensión internacional de la libertad de información y de su protección jurídica resulta cada vez más relevante.[26]

Como hemos visto, el derecho legal a la información, recogido en una norma constitucional, tiene por objeto que todos los ciudadanos tengan acceso a la información, pudiendo crear y difundir libremente información en la sociedad.8 Este derecho está intrínsecamente ligado a la libertad de expresión, sin embargo, para que la información tenga protección constitucional, no puede estar vinculada a hechos falsos, porque si lo estuviera, ya no sería información, sino su antítesis: la desinformación. La norma constitucional, vinculada a los principios contenidos en el Estado Democrático de Derecho, está ligada a valores superiores, como la dignidad de la persona humana, lo que descartaría cualquier defensa de permitir que se engañe a la gente con noticias que pasan por verdades para manipular a la opinión pública, pero que son falsas y faltan a la verdad.[26]

La Teoría Constitucionalista del Bien Jurídico Penal, como nos enseña Rudolphi, “los valores fundamentales deben tener una referencia constitucional y el legislador ordinario está obligatoriamente vinculado a la protección de los bienes jurídicos anteriores al orden penal, cuyo contenido se determina en función de los citados valores”. La Teoría Constitucionalista del Bien Jurídico da soporte a nuestro objetivo, ya que hemos identificado un valor previo en nuestra Constitución que debe ser protegido de lesión, por lo que identificar la información como un bien jurídico-penal está justificado y legitimado, sin restricciones dogmáticas ni político-criminales.[10,15]

REFERENCIAS

1. Alves MAS, Maciel ERH. O fenômeno das fake news: definição, combate e contexto. Internet & Sociedade. 2020 fev;1(1):144-171. Disponível em: https://revista.internetlab.org.br/o-fenomeno-das-fake-news-definicao-combate-e-contexto/
2. Antonio LG. Redes sociais e fake news: como a combinação impacta a sociedade? Politize!. 2023 out 30. Disponível em: https://www.politize.com.br/redes-sociais-e-fake-news/
3. Carvalho GACL, Kanffer GGB. O tratamento jurídico das notícias falsas (fake news). Consultor Jurídico. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/

tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf

4. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe anual 2013. Washington: CIDH; 2014. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf
5. Darbishire H. Transparencia proactiva: ¿el futuro del derecho a la información? A review of standards, challenges, and opportunities. Washington: World Bank Institute; 2010. Disponível em: http://siteresources.worldbank.org/WBI/Resources/213798-1259011531325/6598384-1268250334206/Darbishire_Proactive_Transparency.pdf
6. Sarlet IW. La eficacia de los derechos fundamentales. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2015.
7. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. 2ª ed. Washington: CIDH; 2012. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%202da%20edicion.pdf
8. Sarlet IW. La eficacia de los derechos fundamentales: una teoría general de los derechos fundamentales desde una perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2009.
9. Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 4451-MC-REF; ADPF 130. Brasília: STF; 2009-2010.
10. Prado, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 156 p.
11. Bechara AELS. El bien jurídico penal. São Paulo: Quartier Latin; 2014.
12. Brasil. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Brasília: 2014. Disponível em: http://www.cgi.br/pagina/marco-civil-da-internet-no-brasil/177
13. Platón. La República. Rio de Janeiro: Best Seller; 2002.
14. Cattaneo M. La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII. Ferrara: De Salvia Editore; 1974.
15. Rudolphi HJ. Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs. In: Homenaje a Richard M. Honig. Gotinga: Verlag; 1970.
16. Núñez Castaño E. Libertad de expresión y derecho penal: la criminalización de los discursos extremos. Navarra: Aranzadi; 2022.
17. Hommel KF. Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen. Berlin: Akademie Verlag; 1966.
18. España. Tribunal Constitucional. Sentencia 104/1986, de 17 de julio de 1986.

Disponível em: https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es-ES/Resolucion/Show/SENTENCIA/1986/104

19. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1057258. Brasília: STF; 2017.
20. Díaz y García Conlledo M. El discurso del odio y el delito de odio de los arts. 510 y 510 bis del Código Penal. Jueces y Tribunales para la Democracia. 2018;(5):18-21.
21. Birnbaum JMF. Sobre la necesidad de una lesión de derecho para el concepto de delito. Buenos Aires: B de F; 2010.
22. Feuerbach PJAR. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania. Buenos Aires: Hammurabi; 1989.
23. Amaral F. Derecho civil: introducción. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar; 2014.
24. Perlingieri P. El derecho civil en la legalidad constitucional. Rio de Janeiro: Renovar; 2008. p. 960-961.
25. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El derecho de acceso a la información pública en las Américas: estándares interamericanos y comparación de marcos jurídicos. Washington: CIDH; 2013. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/El%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20Americas%202012%2005%2015.pdf
26. Martins P. Derecho internacional y libertad de información. In: Agência de Notícias dos Direitos da Infância; Artículo 19. Acceso a la información y control social de las políticas públicas. Brasília: 2009. p. 17-27.
27. Lincoln T. Conheça as 10 fake news que mais mataram na história. Aventuras na História. 2019 set 13. Disponível em: https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/almanaque/10-casos-fake-news-mataram-historia-inquisicao-peste-negra-bruxa.phtml
28. Brasil. Decreto nº 11.491, de 12 de abril de 2023. Promulga la Convención sobre la Ciberdelincuencia. Brasília: 2023.

Capítulo 15

Habeas Corpus no Ordenamento Jurídico Brasileiro: Antecedentes Históricos e Consolidação Constitucional

Habeas Corpus in the Brazilian Legal System: Historical Background and Constitutional Consolidation

Caroline dos Santos Silva

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direitos Humanos no Centro Universitário FIEO. Advogada. Professora da Rede Municipal de Ensino de São Paulo.

Maria Cristina Zainaghi

Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário FIEO, mestrado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professora do PGMD do Centro Universitário FIEO.

Resumo: O presente estudo analisa os antecedentes históricos do habeas corpus e sua trajetória de consolidação no ordenamento jurídico brasileiro. Parte-se de suas origens no Direito Inglês, com destaque para a Magna Carta de 1215 e para os Habeas Corpus Acts de 1679 e 1816, a fim de demonstrar a formação histórica do instituto como mecanismo de proteção da liberdade individual. Em seguida, examina-se sua incorporação no Brasil, desde os primeiros marcos normativos do período imperial até sua previsão expressa nas constituições republicanas, evidenciando os momentos de ampliação e restrição de seu campo de incidência. Conclui-se que o habeas corpus se firmou como instrumento essencial de tutela da liberdade de locomoção e de contenção de arbitrariedades estatais, assumindo papel central na preservação do Estado de Direito.

Palavras-chave: habeas corpus; liberdade de locomoção; processo penal; garantias constitucionais; história do direito.

Abstract: This study analyzes the historical background of habeas corpus and its path toward consolidation in the Brazilian legal system. It begins with its origins in English law, with emphasis on the Magna Carta of 1215 and the Habeas Corpus Acts of 1679 and 1816, in order to demonstrate the historical development of the institute as a mechanism for the protection of individual liberty. It then examines its incorporation into Brazil, from the first normative references in the imperial period to its express recognition in republican constitutions, highlighting both the expansion and restriction of its scope over time. The study concludes that habeas corpus has become an essential instrument for the protection of freedom of movement and for restraining state arbitrariness, thus playing a central role in the preservation of the rule of law.

Keywords: habeas corpus; freedom of movement; criminal procedure; constitutional guarantees; legal history.

INTRODUÇÃO

O *habeas corpus* ocupa posição de destaque no sistema jurídico brasileiro por constituir instrumento voltado à proteção da liberdade de locomoção contra

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.15

ilegalidade ou abuso de poder, tratando-se de mecanismo historicamente associado à contenção do arbítrio estatal e à afirmação de garantias fundamentais. Seu estudo, portanto, permite compreender não apenas a evolução de um instituto processual, mas também a própria trajetória de proteção das liberdades públicas no constitucionalismo.

Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo examinar os antecedentes históricos do *habeas corpus* e sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, destacando os momentos de ampliação, restrição e consolidação do instituto. Para tanto, adota-se metodologia de revisão bibliográfica e análise histórico-normativa, com base em diplomas legais, constituições brasileiras e referências doutrinárias especializadas. Ao final, busca-se demonstrar que o *habeas corpus* se firmou como instrumento essencial de proteção da liberdade individual e de resistência jurídica em face de práticas autoritárias.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A origem do Writ

A expressão latina *habeas corpus* pode ser traduzida de forma literal como "tome o corpo", e retratava um mandado de que se tomasse a pessoa presa e apresentasse ao juiz para que decidisse quanto a legalidade da prisão imposta.

Sua origem é atribuída ao Direito Inglês, de modo que o instituto teria surgido em 15 de junho de 1215, quando os barões ingleses pressionaram o rei João sem Terra para que promulgasse a *Magna Charta Libertatum*, que em seu capítulo XXIX previa os princípios que norteariam o *habeas corpus* determinando, em seu artigo 48 "que nenhum homem livre pode ser detido, nem preso (*nufus liber home capiatur vel imprisionetur*), sem que seja condenado por seus pares ou pelas leis do país (*nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*)".

José Frederico Marques (1965), ao abordar o desenvolvimento histórico do instituto, nos ensina que:

> O modo prático de efetivar-se esse direito à liberdade – como lembra Costa Manso – foi estabelecido pela jurisprudência: expediam-se mandados (*writs*) de apresentação, para que o homem (*corpus*) e o caso fossem trazidos ao tribunal, deliberando este sumariamente sobre se a prisão devia ou não ser mantida. Dos diversos *writs*, o que mais se vulgarizou foi o *writ* of habeas corpus ad *subjiciendum*, pelo qual a Corte determinava ao detentor ou carcereiro que, declarando quando e por que fora preso o paciente, viesse apresentá-lo em juízo, para fazer, consentir com submissão e receber – *ad faciendum, subjiciendum et recipiendum* – tudo aquilo que a respeito fosse decidido.

Resumidamente, no ensinamento de Hélio Tornaghi (1989), o *habeas corpus*,

em sua origem, se substancia em uma ordem de apresentação pessoal de alguém, um mandado de condução. O juiz expedirá uma ordem escrita (*writ*) para que seja apresentado o corpo da pessoa (*habeas corpus*), ou seja, que seja feito de corpo presente.

Todavia, a despeito dos esforços dos barões ingleses para efetivar os direitos presentes na Carta Magna, os constantes conflitos com os monarcas dificultavam o alcance deste objetivo.

Ao lado de outras medidas que visavam fazer valer o *writ* do *habeas corpus* está Habeas Corpus Act de 1679, que se propunha a viabilizar a proteção ao direito de liberdade por meio da disciplinação processual do *habeas corpus*. Dentre as determinações do referido diploma legal, está a previsão do prazo máximo de vinte dias para levar um preso à presença dos juízes do reino e a imposição de multas e até mesmo a perda do cargo para agentes públicos que desobedecessem os procedimentos previstos.

Posteriormente, sobreveio o Habeas Corpus Act de 1816 que se propunha a corrigir as falhas presentes do Habeas Corpus Act de 1679, que só tutela apenas prisões por cometimento de crimes. Segundo Pontes de Miranda (1961), o diploma processual anterior:

> Só se referia às pessoas privadas de liberdade por serem acusadas de crime, de sorte que não tinham direito de pedir habeas corpus as detidas por outras acusações ou meros pretextos. Nem sequer havia outro remédio com que obtivessem das causas uma decisão qualquer sobre a legalidade de sua encarceração. Foi nesse sentido que providenciou o Habeas Corpus Act de 1816 (56 Geo. III, c. 100). Desde aí, estando uma pessoa presa ou detida por outros motivos diversos da acusação criminal, começou a usar-se do habeas corpus para apressar a decisão. Uma vez resolvida a questão da ilegalidade do constrangimento do impetrante, restituía-se-lhe a liberdade, como antes procedia relativamente às detenções ilegais por suspeita de crime.

Por fim, Heráclito Antônio Mossin (2013), acrescenta em sua obra que o *habeas corpus*, dessa maneira rotulado foi inspirado no Direito Romano. Existia entre os romanos ação denominada de interdictum de homine libero exhibendo (interdito para exibir homem livre) que visava reclamar o homem livre ilegalmente retido. O autor ressalta, ainda, que a referida ação objetivava proteger seus destinatários quaisquer espécies de violência e coação ilegais contra a pessoa, e não apenas sua liberdade corpórea, como ocorre atualmente.

Surgimento no Brasil

No Brasil, a inspiração para a criação do *writ* do *habeas corpus* surge com o Decreto de 23 de maio de 1821, após a partida de D. João VI para Portugal. O referido decreto é de singular importância, posto que de seu conteúdo é possível

detectar princípios que influenciam nossa legislação até os dias atuais. Pontes de Miranda (1961), em sua obra, destaca o seguinte trecho:

> Vendo que nem a Constituição da Monarquia Portuguesa nem as disposições expressas da Ordenação do Reino, nem mesmo a Lei da Reformação da Justiça de 1582, com todos os outros alvarás, cartas régias e decretos de meus augustos avós, têm podido afirmar, de modo inalterável, como é de direito natural, a segurança das pessoas; e constando-me que alguns governadores, juízes criminais e magistrados, violando o sagrado depósito da jurisdição que se lhes confiou, mandam prender por mero arbítrio e antes da culpa formada, pretextando denúncias em segredo, suspeitas veementes e outros motivos horrorosos à humanidade, para impunemente conservar em masmorras, vergados com os pesos de ferros, homens que se congregavam por os bens que lhes oferecera a instituição das sociedades civis, o primeiro dos quais é sem dúvida a segurança individual; e sendo do meu primeiro dever e desempenho de minha palavra promover o mais austero respeito à lei e antecipar quando se possa os benefícios de uma Constituição liberal; hei por bem excitar pela maneira mais eficaz e rigorosa a observância da sobre mencionada legislação, ampliando-a e ordenando, como por este Decreto ordeno: 1o) que desde sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brasil possa jamais ser presa sem ordem por escrito do juiz ou magistrado criminal do território, exceto somente o caso do flagrante delito, em que qualquer do povo deve prender o delinquente; 2o) que nenhum juiz ou magistrado criminal possa expedir ordem de prisão sem proceder culpa formada por inquirição sumária de três testemunhas, duas das quais jurem contestes, assim o fato que em lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutória que obrigue à prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente; 3o) que, quando se acharem presos os que assim forem indiciados criminosos, se lhes faça imediata e sucessivamente o processo, que deve findar dentro de quarenta e oito horas peremptórias, principiando-se, sempre que isso possa ser, pela confrontação dos réus com as testemunhas que os culpavam, e ficando abertas e públicas todas as provas que houverem, para assim facilitar os meios de justa defesa, que a ninguém se deve dificultar ou tolher, excetuando-se por ora das disposições deste parágrafo os casos que, provados, merecerem pelas leis do Reino pena de morte acerca dos quais se procederá infalivelmente nos termos dos §§ 1o e 2o do Alvará de 31 de março de 1742; 4o) que em caso nenhum, possa alguém ser lançado em segredo em masmorra estreita, escura ou infecta, pois que a prisão deve só servir para guardar as pessoas e nunca para as adoecer, e flagelar, ficando implicitamente abolido para sempre o uso de

> correntes, algemas, grilhões e outros quais ferros inventados para martirizar homens ainda não julgados a sofrer qualquer pena aflitiva por sentença final, entendendo-se, todavia, que os juízes e magistrados criminais poderão conservar por algum tempo em casos gravíssimos incomunicáveis os delinquentes, contanto que seja em casas arejadas e cômodas, e nunca manietados ou sofrendo qualquer espécie de tormento; 5o) determino, finalmente, que a contravenção, legalmente provada, nas disposições do presente decreto seja irremissivelmente punida com perdi- mento do emprego e inabilidade perpétua para qualquer outro em que haja exercício de jurisdição.

Embora o instituto do *habeas corpus* não apareça expressamente no supracitado decreto, é certo que fazia necessária a criação de um instrumento para tutelar o direito então estabelecido. Além da proteção da liberdade, o decreto cuidou de estabelecer o instituto da prisão em flagrante como forma legal e justa de detenção individual, a vedação da prisão sem culpa formada, definição de prazo para fim do processo e determinação da publicidade da audiência, bem como a tutela a dignidade daqueles que se encontrassem presos.

A Constituição do Império, datada de 1824, também não faz referência expressa ao *habeas corpus*. Todavia, assim como o Decreto de 1821, prevê a proteção ao direito de liberdade individual. Assim dispunha o inciso 8º do artigo 179:

> Ninguém poderá ser preso sem culpa formada exceto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de vinte e quatro horas, contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do juiz, e nos lugares remotos, dentro de um prazo razoável, que a lei marcará, atenta à extensão do território, o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, o nome do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as (Brasil, 1824).

A previsão constitucional reforçava a necessidade de criação de um instrumento que viabilizasse a tutela do direito assegurado, todavia, como aponta Eduardo Espínola (1980), ainda não é neste contexto que surgirá o *writ* do *habeas corpus* no Brasil.

> Para assegurar essa garantia, não foi, entretanto, introduzido o instituto do habeas corpus, que o direito português, para aqui transportado, desconhecia; com o fim de garantir a inviolabilidade da liberdade humana, fazendo cessar o constrangimento resultante da prisão fora dos casos e sem as condições de que cogita o preceito constitucional, era usado o interdictum de liberis exhibendis (gama coelho, Habeas corpus, 1900, p. 7 e 34; galdino siqueira, Curso de pro cesso criminal, 2.ed. 1930, p. 381), da classe dos interditos exibitórios do direito romano (Brasil 1980).

Ao lado desses interditos exibitórios estavam as chamadas cartas de seguro, que permitiam que certos réus presos se livrassem da prisão, para responder ao processo e até mesmo recorrer em liberdade, dentro do prazo concedido.

Foi em 1830, com o advento do Código Criminal que a expressão *habeas corpus* apareceu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro. Os artigos 183 e 184 do referido diploma dispunham que se tratava de crime contra a liberdade individual a recusa dos juízes em passar "ordens de *habeas corpus*" quando lhes fossem permitidos e estivessem cumpridos os requisitos legais para tanto. Tratava-se também de crime, porém por dos oficiais de justiça, a recusa ou demora para a intimação das outras diligências necessárias para que a ordem surtisse efeito.

Todavia, os supracitados artigos referiam-se a instituto ainda não previsto no ordenamento, acabando por cair em uma impossibilidade de uso.

Foi apenas em 1832, com o advento do Código de Processo Criminal, que o instituto do *habeas corpus* vem a ser expressamente regulado no Brasil. Em seu artigo 340, o referido Código Processual previa que todo cidadão diante de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade ou de terceiro poderia pedir uma ordem de *habeas corpus*. Procedimento para o pedido, por sua vez, estava previsto no artigo 341, que determinava que deveria ser feito por meio de petição fundamentada com as razões pelas quais a prisão era ilegal.

O referido Código seguia, em seu artigo 343, disciplinando que a ordem devia ordenar explicitamente ao detentor ou carcereiro que dentro de certo tempo e em certo lugar apresentasse perante o juiz ou tribunal o queixoso e dar as razões do seu procedimento.

O artigo 344, por seu turno, previa a prerrogativa dada aos juízes de conceder a ordem de *habeas corpus* de ofício, toda vez que no curso do processo chegasse ao seu conhecimento por meio de prova documental ou testemunhal, que alguém se encontrava preso ilegalmente.

O artigo 353, em seus incisos, previa as hipóteses em que a prisão seria julgada ilegal, quais sejam: i) quando não houvesse justa causa; ii) quando excedido o prazo em que o réu poderia ficar preso sem processo; iii) quando estivesse nulo o processo; iv) quando a autoridade que o mandou prender não tivesse direito de o fazer; v) quando não existissem mais o motivo que a justificou.

O artigo 355 do referido diploma, por fim, dispunha que "sendo possível o Juiz, ou Tribunal requisitará da Autoridade, que ordenou a prisão, todos os esclarecimentos, que provem sua legalidade, por escripto, antes de resolver a soltura do preso".

A legislação exposta sofreu, posteriormente, alterações pela Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841 e pelo Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, de modo que a ordem concedida passou a ficar sujeita a recurso de ofício.

Já em 1871, por meio da Lei n. 2.033, ficou previsto que o *habeas corpus* seria o remédio para a tutela da liberdade individual, ainda que no caso de ameaça de constrangimento. Assim dispunha o artigo 18, §1º da referida lei: "tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas corpus*, ainda quando o impetrante não

tenha chegado a sofrer constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado". A lei ampliou a impetração do *writ*, ainda, no sentido de permitir que fosse requerido por estrangeiro em interesse próprio, questão que até então estava controvertida na jurisprudência.

Pouco antes da promulgação da Constituição de 1891, o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890 traçou algumas alterações no remédio em análise. Em resumo, conforme lição de Ary Azevedo Franco (1943), podemos concluir que:

> Há a assinalar, na legislação federal republicana, que o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, art. 9o, n. IV e 49, suprimiu o recurso de ofício, do § 7o do art. 69, da Lei de 3 de dezembro de 1841, da decisão concedendo soltura, e criou o recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal em todos os casos de denegação da ordem de habeas corpus, e que a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, em seu art. 13, §§ 16, 23 e 55, cogitou de providências para facilitar a pronta e segura apresentação do pedido de habeas corpus ao tribunal, e estabeleceu os casos em que o Supremo Tribunal Federal podia conhecer originariamente dos pedidos de habeas corpus.

Com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 1891, o *writ* do *habeas corpus* passou a ser reconhecido no §22º do artigo 77, in verbis: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder".

Houve, nessa época, um grande movimento doutrinário e jurisprudencial com vistas a dar um amplíssimo sentido a norma constitucional supracitada. Para tanto, juristas como Ruy Barbosa – maior defensor do movimento ampliativo – defendiam que o *writ* do *habeas corpus* deveria tutelar toda situação em que haja perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder, não se limitando mais às situações em que ocorrem prisões ou constrangimentos corporais.

Ruy Barbosa se vale, para fundamentar tal posição, da letra fria do texto constitucional, para ele, o constituinte originário tinha rompido abertamente com previsão do antigo regime sobre o tema, ao optar por não manter as limitações até então previstas. Para ele, para assegurar a liberdade pessoal, não bastava garantir o direito à locomoção, era preciso, antes de tudo, garantir a liberdade de expressão do pensamento, ação que via como inerente à vida intelectual, social e moral do homem.

Podemos notar que a jurisprudência pátria, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, seguindo a tendência ampliativa, também passou a adotar a posição acima por um dado período. Nas palavras de Eduardo Espínola (1980):

> Aberração lamentável manifestou-se depois de 1910. Alguns juízes singulares e a maioria do Supremo Tribunal Federal passaram a considerar o habeas corpus como garantia de direitos em geral; substituía, portanto, a ação. Foram mais longe: aplicaram-no para resolver questões políticas, em casos

> de dualidade de governadores, de assembleias regionais e de conselhos municipais, inutilizar processos de impeachment, restituir aos cargos funcionários exonerados, e assim por diante. E, se bem afirmasse transitória e prestes a acabar tal hipertrofia, que qualificou de anormal, não se coadunando com a índole do instituto, nem com a maneira de ser concebido no país onde foi adotado (loc. cit.), na edição posterior do seu importante livro, confirmando ter sido transitório o que, então, referiu como "vasta ampliação do remédio judiciário" (ob.cit., 3.ed., 1929, p. 779), recomendou não olvidar que os altos magistrados Pedro Lessa e Edmundo Lins, em votos proferidos no Supremo Tribunal Federal, filiaram no direito de locomoção o de penetrar alguém num palácio ou repartição e ali exercer o cargo para o qual foi legítima e indiscutivelmente eleito ou nomeado, ou do qual arbitrariamente o destituíram (789).

Cumpre ressaltar, que uma das explicações para essa posição adotada à época pelo Supremo Tribunal Federal era o fato de que o *habeas corpus* era o único instrumento utilizado para a defesa dos direitos fundamentais, já que existia no direito pátrio a figura do mandado de segurança, que só foi criado em 1934 com o advento da nova Constituição Federal. A ausência de um instrumento que tutelasse os demais direitos individuais justificava a maior abrangência dada ao *habeas corpus*.

Entre os críticos a postura adotada pelo STF nessa época está Heráclito Antônio Mossin (2013), que defende que a impetração do *habeas corpus* deve se limitar a defesa da liberdade física do indivíduo. Nas palavras do referido autor:

> Por outro lado, necessário se faz notar que, efetivamente, não há como se conceber que o habeas corpus possa tutelar outros interesses individuais que não estejam vinculados à liberdade física do indivíduo. Em primeiro lugar, porque o writ é uma ação penal de caráter excepcional, verificável somente onde há liquidez de direito, o que lhe imprime um procedimento sumaríssimo que, de regra, não comporta dilação probatória, não obstante os tribunais em muitas hipóteses terem convertido o julgamento em diligência, o que, inclusive, não está, de regra, e nem poderia estar, previsto em norma interna corpo ris. Em segundo lugar, havendo ação própria para a defesa mesmo de direitos relativos à liberdade em sentido amplo, ela haverá de ser utilizada, já que, em tais casos, não ficando caracterizada a liquidez de direito, haverá de ter um procedimento de caráter probatório.

Já com a reforma constitucional realizada em 1926, foi restringida expressamente as possibilidades de impetração do *habeas corpus*, limitando o *writ* às situações de violência ou grave ameaça à liberdade de locomoção dos indivíduos.

A despeito de tal reforma, foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1934 que tal restrição ao uso do *habeas corpus* passou a ser realmente respeitada.

Isso porque, apesar desta Constituição buscar novamente ampliar a aplicação do referido *writ*, ela criou no ordenamento pátrio a figura do mandado de segurança, estava, finalmente, previsto um instrumento para a tutela das demais liberdades fundamentais além da locomoção.

Quanto à forma como o *habeas corpus* passou a ser previsto, a Magna Carta de 16 de julho de 1934 previa, em seu artigo 113, n. 23 que "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*". Deste modo, apesar da Constituição Federal de 1934 buscar recuperar a tendência ampliativa do uso do *habeas corpus*, tal tentativa restou infrutífera, posto que dois instrumentos distintos não poderiam tutelar o mesmo direito.

A Constituição Federal de 1937, em seu artigo n. 122, n. 16, previa que: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar". Tal redação, inclusive, é a mesma atribuída ao artigo 647 do Código de Processo Penal vigente.

A Constituição de 1946, por seu turno, determinou no artigo 141, §23 que: "Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe *habeas corpus*". Esta Constituição Federal passou a prever novamente o instituto do mandado de segurança – que não havia sido previsto na Constituição anterior – em seu artigo 141, §24, com a seguinte redação: "Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder".

Já a Constituição Federal de 1967, em seu artigo 150, §20, manteve a normativa da Constituição anterior quanto ao *habeas corpus*. Cumpre destacar que, durante a vigência dessa Constituição, tivemos a outorga do Ato Institucional n. 5 (AI-5), em 13 de dezembro de 1968, no qual, em seu artigo 10, previa que "fica suspensa a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular". A emenda Constitucional n.1. de 17 de outubro de 1969, por seu turno, manteve o AI-5, que somente foi revogado em 31 de dezembro de 1978.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LXVIII, dispõe que: "Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

Antes de encerrarmos esta abordagem histórica sobre o *habeas corpus*, cumpre recordar que o emprego deste instituto democrático já sofreu outras ameaças além da perpetrada pelo Ato Institucional n. 5. A Constituição de 1891, em seu artigo 80, legalizou, durante o estado de sítio, as detenções em lugar não destinado aos réus de crimes comuns e o desterro para outros sítios do território nacional.

A Constituição de 1934, por sua vez, previa dois estados excepcionais: o de sítio e o de sítio em caso de guerra ou de emergência de guerra (artigo 175). No correr desta última medida de exceção eram previstos o desterro, a detenção em edifício ou local não destinado a réus de crimes comuns, além de censura de correspondência e publicações em geral, supressão da liberdade de reunião e de tribuna, além de busca domiciliar.

Além disso, no §2º do artigo 175 afirmava que:

> Ninguém será, em virtude de estado de sítio, conservado em custódia, senão por necessidade de defesa nacional, em caso de agressão estrangeira, ou por autoria ou cumplicidade de insurreição, ou fundados motivos de vir a participar nela (Brasil, 1824).

O §3º, por seu turno, também não previa a suspensão do *habeas corpus*. In verbis:

> Em todos os casos, as pessoas atingidas pelas medidas restritivas da liberdade de locomoção devem ser, dentro de cinco dias, apresentadas pelas autoridades que decretaram as medidas com a declaração sumária de seus motivos ao juiz comissionado para esse fim, que as ouvirá, tomando-lhes, por escrito, as declarações (Brasil, 1937).

A Magna Carta de 1937, manteve basicamente as mesmas restrições contidas na Constituições anterior, todavia, dispunha o artigo 170 que: “Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes ou Tribunais”.

A despeito de tal previsão, os dizeres do regramento constitucional do *habeas corpus* não foram suspensos (Mossin, 2013).

Já em relação a Constituição Federal de 1946, nos ensina Pontes de Miranda (1961):

> Tal estado de sítio em tempo de guerra externa ou civil, que a Constituição de 1946 herdou de 1934, porém submeteu a certas normas idênticas. Durante ele, não se suspende o habeas corpus. As prisões ou detenções que tenham obedecido à lei de suspensão de garantias (art. 207), se houve, ou à decretação segundo o art. 208, seguindo de convocação do Congresso Nacional (art. 208, parágrafo único), são legais. E, por isso, e não porque esteja suspenso o habeas corpus que, em tais casos, não se concede a ordem. (...) O estado de sítio, na vigência da Constituição de 1946, somente houve, até agora, o que foi decretado pela Lei n. 2.654, de 25 de novembro de 1955, cujo art. 2o, parágrafo único, falou de suspensão limitada: A suspensão do habeas corpus restringe-se aos atos praticados por autoridades federais e a do mandado de segurança aos emanados do Presidente da República, dos Ministros de Estado, do Congresso Nacional e do executor do estado de sítio.

Cumpre trazer à baila, que a história nos revela que a suspensão do direito ao emprego de *habeas corpus* sempre se caracterizou como uma medida autoritária, própria de governos que se encontravam com a democracia enfraquecida. Neste sentido, nos ensina Heráclito Antônio Mossin (2013):

> Em defesa do direito que sempre deve prevalecer em favor do indivíduo, mesmo havendo anormalidade social em que medidas de exceção devem ser impostas para o próprio bem coletivo e para salvaguardar os interesses maiores do Estado, a verdade é que em circunstância nenhuma se justifica a suspensão do habeas corpus ou qualquer outro writ constitucional. Vislumbrou-se, por meio dos dados históricos colacionados no correr do presente capítulo, que o instituto sob comento surgiu exatamente para proteger a liberdade física do cidadão, o seu *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque* contra o despotismo, a tirania, o abuso de poder, a ilegalidade, provenha de onde provier.

A Constituição Federal vigente prevê o estado de sítio no artigo 137, incisos I e II, na hipótese de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tornada durante o estado de defesa ou, ainda, nos casos de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

O artigo 139, por seu turno, determina as medidas que poderão ser contra os indivíduos na vigência do estado de sítio, quais sejam:

> Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:
> I - obrigação de permanência em localidade determinada;
> II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
> III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
> IV - suspensão da liberdade de reunião;
> V - busca e apreensão em domicílio;
> VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
> VII - requisição de bens (Brasil, 2015).

O artigo 138, por fim, prevê que o decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. Como se vê, a Constituição não tratou de suspender a possibilidade do uso do *habeas corpus* e, ademais, conforme ensinamento de Pontes de Miranda (1961), o *writ* em questão é um direito e não uma garantia constitucional passível de suspensão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise histórica do *habeas corpus* revela que sua construção jurídica esteve, desde a origem, ligada à necessidade de impor limites ao poder estatal e de resguardar a liberdade individual contra prisões e constrangimentos ilegais. No Brasil, sua trajetória foi marcada por avanços graduais, reelaborações normativas e disputas interpretativas, até alcançar a consolidação constitucional como remédio voltado à tutela da liberdade de locomoção.

Assim, conclui-se que o *habeas corpus* permanece como uma das mais relevantes garantias do Estado de Direito. Sua permanência no texto constitucional e sua resistência mesmo diante de momentos de instabilidade institucional demonstram que a proteção da liberdade não constitui apenas um dado técnico do processo penal, mas um compromisso permanente com a contenção do arbítrio e com a preservação da ordem democrática.

REFERÊNCIAS

Avena, N. C. (2018). *Processo Penal* (10 ed.). Rio de Janeiro: Metodo.

Espínola, E. (1980). *Código de Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio.

Franco, A. A. (1943). *Código de Processo Penal* (2 ed.). Rio de Janeiro: Jacinto.

Jr., A. L. (2017). *Direito processual penal* [recurso eletronico] (15 ed.). São Paulo: Saraiva.

Lima, R. B. (2017). *Manual de Processo Penal* (5 ed.). Salvador: Juspodivm.

Marques, J. F. (1965). *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense.

Mossin, H. A. (2013). *Habeas corpus* [recurso eletronico] : antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada (9 ed.). São Paulo: Manole.

Nucci, G. d. (2014). *Manual de Processo Penal e Execução Penal* (11 ed.). Rio de Janeiro: Forense.

Ponte de Miranda, F. C. (1961). *História e Prática do Habeas-Corpus*. Rio de Janeiro: Borsoi.

Távora, N., & Alencar, R. R. (2017). *Curso de Direito Processual Penal* (12 ed.). Salvador: Juspodvm.

Tornaghi, H. B. (1989). *Curso de processo penal* (6 ed.). São Paulo: Saraiva.

Capítulo 16

Apostas e Jogos Online no Brasil: Desafios Normativos e Impactos Sociais

Online Betting and Gaming in Brazil: Regulatory Challenges and Social Impacts

Emmanuel da Silva Barros
Daniel Mendes

Resumo: Com a crescente expansão das apostas e dos jogos online, o presente artigo analisou a necessidade e os desafios da regulamentação desse setor no Brasil, destacando as lacunas existentes no atual arcabouço jurídico e os riscos decorrentes da ausência de normas consistentes. A pesquisa teve como objetivo examinar criticamente as propostas legislativas e os modelos regulatórios em comparação com a realidade do mercado nacional, considerando também a influência da publicidade e a proteção dos consumidores. Para tanto, adotou-se uma abordagem bibliográfica e documental, baseada na análise de doutrinas, legislações, artigos científicos e estudos de caso. Os resultados evidenciam que, embora o país avance com normas recentes, ainda persistem fragilidades quanto à fiscalização, à prevenção da ludopatia e à ética publicitária. Conclui-se que uma regulamentação mais clara e integrada é essencial para garantir segurança jurídica, promover práticas responsáveis e equilibrar os interesses econômicos e sociais envolvidos.

Palavras-chave: apostas; segurança jurídica; publicidade responsável; ludopatia; fiscalização.

Abstract: With the growing expansion of online betting and gambling, this article analyzed the need for and the challenges of regulating this sector in Brazil, highlighting the gaps in the current legal framework and the risks arising from the absence of consistent norms. The study aimed to critically examine legislative proposals and regulatory models in light of the national market's specificities, considering the influence of advertising and the protection of consumers. A bibliographical and documentary approach was adopted, based on the analysis of legal doctrines, legislation, academic articles, and case studies. The results show that, although recent regulations represent progress, weaknesses remain in supervision, gambling addiction prevention, and advertising ethics. It is concluded that a clearer and more integrated regulatory framework is essential to ensure legal certainty, promote responsible practices, and balance the economic and social interests involved.

Keywords: bets; legal certainty; responsible advertising; gambling addiction; inspection.

INTRODUÇÃO

As práticas de apostas e jogos de azar constituem um fenômeno social e econômico que atravessa a história brasileira desde o século XIX. Observa-se que, apesar das sucessivas tentativas estatais de repressão e proibição, o hábito de apostar permaneceu presente na cultura popular, assumindo novas formas e dimensões ao longo do tempo.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.16

As apostas e jogos de azar sempre estiveram presentes na sociedade brasileira como práticas simbólicas ligadas à esperança e ao desejo de enriquecer. Todavia, a ausência de regulação eficaz e o rápido crescimento do setor têm gerado dilemas jurídicos e morais.

A recente proliferação das apostas online, especialmente após a aprovação da Lei nº 13.756/2018, trouxe novos desafios para o Estado brasileiro. O avanço das plataformas digitais, a ausência de regulamentação específica e o envolvimento de grandes conglomerados internacionais transformaram as apostas em um setor altamente lucrativo, porém juridicamente instável.

O contexto atual evidencia, portanto, a necessidade de análise das apostas e jogos online como fenômeno que transcende a esfera econômica, alcançando dimensões éticas, sociais e jurídicas.

Este estudo propõe examinar os desafios normativos e os impactos sociais decorrentes da expansão das apostas digitais no Brasil, à luz do histórico cultural do jogo no país e das recentes discussões legislativas.

ORIGENS CULTURAIS DAS APOSTAS NO BRASIL

Uma das formas mais emblemáticas de aposta popular, criado por João Batista Viana Drummond no final do século XIX, o jogo do bicho surgiu como estratégia de arrecadação para o zoológico do Rio de Janeiro, oferecendo prêmios aos visitantes que acertassem o animal sorteado, mas rapidamente se transformou em um fenômeno urbano e nacional.

O jogo do bicho rapidamente se expandiu para além do Rio de Janeiro, tornando-se uma espécie de “rede econômica paralela”, que envolvia bancas e uma comunidade de apostadores que viam na atividade uma forma de sustento e lazer (Pena, 2024).

Mesmo sendo ilegalizado pelo Decreto-Lei nº 3.688/1941, o jogo consolidou-se culturalmente, adquirindo status de patrimônio simbólico da cultura popular brasileira.

> Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele: Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos de decoração do local (Brasil, 1941).

Do ponto de vista jurídico, a criminalização das apostas sempre refletiu mais uma preocupação moral do que econômica, o Estado brasileiro historicamente adotou uma postura ambígua: de um lado, proíbe as práticas de jogo consideradas ilícitas; de outro, mantém e estimula as loterias estatais, que representam uma importante fonte de arrecadação (Labronici; Martins, 2025). Essa dualidade normativa criou um ambiente jurídico fragmentado e contraditório, no qual o jogo é simultaneamente reprimido e explorado pelo próprio poder público.

A década de 1940 marcou o auge da repressão legal às práticas de azar, mas também o início de uma política seletiva, a proibição dos cassinos e do jogo do bicho não extinguiu o hábito social do jogo, apenas o deslocou para a clandestinidade, criando redes de poder e corrupção que perduraram por décadas.

Essa clandestinidade institucionalizou o jogo como um fenômeno social à margem da lei, mas profundamente enraizado no cotidiano urbano (Nascimento; Couto, 2025).

Esse processo revela um paradoxo histórico, ao mesmo tempo em que o Estado brasileiro condena moralmente o jogo privado, utiliza-se das mesmas práticas para fins de arrecadação pública. A contradição entre o discurso moral e a prática fiscal é um dos elementos centrais que dificultam a criação de um marco regulatório consistente (Menezes; Furlan, 2023).

As tentativas de regulamentação parcial, como as que envolviam as loterias federais e estaduais, demonstraram que o jogo pode ser aceito desde que sob controle estatal. Essa política de ambiguidade legal preparou o terreno para as discussões contemporâneas sobre as apostas digitais, nas quais o Estado busca novamente equilibrar a repressão e o aproveitamento econômico.

A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DAS APOSTAS ONLINE

Com o avanço das tecnologias, as práticas de jogo migraram progressivamente para o meio virtual, impulsionadas por campanhas publicitárias massivas e plataformas online que oferecem ao usuário uma experiência interativa e imediata, com resultados em tempo real e acesso facilitado via aplicativos.

O ambiente digital transformou a natureza da aposta, conferindo-lhe anonimato, velocidade e alcance global, transformando o ato de apostar em uma prática cotidiana para milhões de brasileiros.

A expansão das apostas digitais, contudo, levanta preocupações sociais e éticas. A publicidade massiva de sites de apostas em eventos esportivos e redes sociais tem contribuído para a normalização dos jogos, sobretudo entre jovens e indivíduos vulneráveis, elevando a preocupação com o desenvolvimento de vícios (De Oliveira, 2024).

As plataformas digitais utilizam algoritmos e estímulos psicológicos para manter o engajamento contínuo, baseando-se em princípios semelhantes aos das redes sociais: feedback instantâneo, recompensas aleatórias e personalização da experiência.

A principal característica das apostas online é a virtualização da experiência do risco, no ambiente digital, o jogador perde a noção do tempo e da materialidade do dinheiro, o que potencializa a propensão ao comportamento compulsivo e reduz os mecanismos naturais de autocontrole (Labronici; Martins, 2025). Essa dissociação simbólica entre valor e perda cria o terreno ideal para o surgimento da ludopatia digital, um transtorno de comportamento impulsivo que se manifesta de forma silenciosa e progressiva.

A popularização das apostas online entre jovens adultos e adolescentes também está diretamente ligada à precarização do trabalho e à disseminação de uma cultura de ganho rápido. O jogo assume a função simbólica de esperança em contextos de desigualdade estrutural, funcionando como uma válvula de escape diante da insegurança econômica (Nascimento; Couto, 2025).

A análise dos impactos das apostas online no Brasil exige a consideração simultânea de suas dimensões econômica, social, cultural e psicológica, dado que o fenômeno extrapola o campo jurídico e adentra a vida cotidiana, nas relações de consumo e nos valores sociais.

Historicamente, o tratamento jurídico das apostas no Brasil tem oscilado entre dois extremos: a criminalização moralista, fundada em princípios de ordem pública e bons costumes, e a tolerância utilitarista, sustentada na arrecadação fiscal e na exploração estatal de loterias.

O Estado brasileiro adota uma política de contradições: proíbe os jogos de azar privados enquanto lucra com as loterias públicas, evidenciando um modelo seletivo de legalidade. Essa duplicidade normativa fragiliza a coerência do sistema jurídico e compromete sua eficácia regulatória (Labronici; Martins, 2025).

Desde o Decreto-Lei nº 3.688/1941, que criminalizou a exploração de jogos de azar, até as leis mais recentes, permanece um vácuo normativo que dificulta a exigibilidade das obrigações contratuais de operadores e apostadores.

O marco legal das apostas online no Brasil começou a ser delineado com a Lei nº 13.756/2018, que autorizou as apostas de quota fixa, mas ainda dependia de regulamentação posterior.

> Fica criada a modalidade lotérica, sob a forma de serviço público, denominada aposta de quota fixa, cuja exploração comercial ocorrerá no território nacional. § 1º. A modalidade lotérica de que trata o caput deste artigo consiste em sistema de apostas relativas a eventos reais ou virtuais em que é definido, no momento de efetivação da aposta, quanto o apostador pode ganhar em caso de acerto do prognóstico. § 2º. A loteria de apostas de quota fixa será autorizada, em caráter oneroso, pelo Ministério da Fazenda e será explorada, exclusivamente, em ambiente concorrencial, sem limite do número de autorizações, com possibilidade de ser comercializada em quaisquer canais de distribuição comercial, observado o disposto em lei especial e na regulamentação. § 3º. O Ministério da Fazenda regulamentará o disposto neste artigo (Brasil, 2018).

A Lei nº 14.790/2023 modificou dispositivos da legislação anterior e estabeleceu regras sobre tributação e destinação dos recursos, introduzindo o conceito de GGR (Gross Gaming Revenue) para o cálculo de tributos como o Imposto de Renda e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.

> Art. 31. Os prêmios líquidos obtidos em apostas na loteria de apostas de quota fixa serão tributados pelo Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas (IRPF) à alíquota de 15% (quinze por cento) (Brasil, 2023).

Além disso, tramitam no Congresso projetos como o PL 2.234/2022, que busca consolidar a regulamentação das apostas e cassinos físicos e virtuais.

> Art. 8º São admitidas, nos termos desta Lei, a prática e a exploração, no País, de: I – jogos de cassino; II – jogos de bingo; III - jogos de videobingo; IV - jogos on-line; V - jogo do bicho; e VI – apostas turfísticas. Parágrafo único. A prática e a exploração de jogos e apostas poderão ocorrer em estabelecimento físico, mediante a prévia obtenção, pelo interessado, dos atos de consentimento do poder público, nos termos desta Lei (Brasil, 2022).

Essas iniciativas revelam o interesse crescente do Estado em capturar parte da receita gerada pelo setor e combater práticas ilícitas associadas (Marinho; Gomes, 2024).

A partir dessas evidências, observa-se que o Brasil vive um momento de transição entre a informalidade histórica das apostas e a tentativa de criação de um mercado regulamentado. Contudo, a velocidade do avanço tecnológico contrasta com a lentidão do processo legislativo, gerando um hiato normativo que expõe tanto o Estado quanto o cidadão a riscos sociais e econômicos. A omissão legislativa brasileira produz efeitos jurídicos e econômicos negativos, pois perpetua a informalidade e favorece o ingresso de operadores internacionais sem licenciamento local (Menezes; Furlan, 2023). O resultado é um ambiente de insegurança jurídica, no qual tanto o Estado quanto os apostadores carecem de garantias mínimas. A legislação vigente ainda não prevê mecanismos eficazes para limitar a publicidade voltada a públicos vulneráveis nem instrumentos de prevenção ao transtorno de jogo.

A regulamentação das apostas deve ser guiada não apenas por interesses econômicos, mas por princípios constitucionais de proteção à dignidade humana e à ordem pública. O modelo ideal de regulação seria aquele capaz de promover governança participativa, envolvendo o Estado, as empresas e a sociedade civil na construção de um marco ético de funcionamento. Dessa forma, os desafios normativos e tributários enfrentados pelo Brasil não se limitam à elaboração de leis, mas à formação de uma cultura regulatória capaz de compreender o jogo como fenômeno social e econômico legítimo, embora potencialmente perigoso.

A regulamentação do setor de apostas online não é apenas uma questão econômica, mas também de integridade institucional e proteção social. A falta de mecanismos de compliance e de políticas públicas adequadas favorece a expansão de práticas ilícitas.

A construção de um arcabouço regulatório sólido exige diálogo entre Estado, mercado e sociedade civil, de modo que o jogo deixe de ser tratado apenas como vício ou risco moral, passando a ser entendido como fenômeno social e econômico que demanda governança pública (Labronici; Martins, 2025).

Em suma, o Brasil encontra-se em uma encruzilhada: ou regulamenta de forma eficiente o setor, integrando-o ao sistema jurídico e tributário nacional, ou continuará a assistir à expansão de um mercado bilionário à margem da lei.

IMPACTOS SOCIAIS

O avanço das apostas esportivas online trouxe consigo uma série de impactos sociais e psicológicos que desafiam as políticas públicas e os mecanismos de proteção ao consumidor. Se, por um lado, o setor movimenta bilhões e gera oportunidades econômicas, por outro, expõe indivíduos, especialmente jovens, a riscos de dependência comportamental, endividamento e desestruturação familiar. Nesse contexto, a ausência de políticas públicas voltadas à prevenção e ao tratamento da dependência em jogos representa um dos maiores desafios sociais da atual era digital.

O jogo de azar possui um potencial aditivo elevado, comparável ao de substâncias psicoativas, pois atua sobre os mesmos circuitos cerebrais de recompensa e prazer. As apostas online, em especial, apresentam características que intensificam o risco de dependência, como o acesso irrestrito, o anonimato e a disponibilidade contínua. O apostador pode jogar a qualquer hora e em qualquer lugar, o que dificulta o controle familiar e institucional.

A facilidade de acesso e o bombardeio de publicidade fizeram com que o jogo se tornasse parte do cotidiano de jovens e adultos no Brasil, a promessa de ganhos rápidos mascara o risco real de endividamento e adoecimento psicológico. A banalização do jogo como forma de entretenimento e a naturalização das apostas nos meios de comunicação reforçam a percepção de normalidade em relação a um comportamento de risco.

A comunicação publicitária das casas de apostas tende a associar o jogo ao sucesso, à juventude e ao estilo de vida moderno, criando uma falsa sensação de controle e de domínio racional sobre o acaso (Menezes; Furlan, 2023).

A influência da publicidade e dos patrocínios esportivos é outro fator decisivo para a ampliação do problema, as casas de apostas tornaram-se as principais patrocinadoras de clubes de futebol e de eventos esportivos, o que potencializa a associação entre o jogo e o entretenimento. Essas propagandas expõem crianças e adolescentes a comportamentos de risco, ao associar o ato de apostar à diversão e ao sucesso esportivo, sem alertas sobre os perigos do vício.

A publicidade das casas de apostas tem desempenhado papel determinante na popularização dessas plataformas, especialmente entre o público jovem. O uso de influenciadores digitais, atletas e artistas cria uma relação de proximidade e confiança com o consumidor.

As apostas esportivas tornaram-se onipresentes nas transmissões de futebol e em perfis de influenciadores digitais. Essa presença maciça nas mídias esportivas e sociais dificulta a percepção crítica dos consumidores, que se tornam público-alvo de campanhas persuasivas. Muitos começaram a apostar influenciados por ídolos e influenciadores que exibem ganhos em tempo real nas redes sociais, gerando a ilusão de controle sobre os resultados.

A linguagem das campanhas, especialmente nas redes sociais, é construída para parecer espontânea e divertida, minimizando a percepção de risco e

aproximando as casas de apostas da cultura pop e esportiva. Essa estratégia de marketing cria um ambiente simbólico de naturalização do jogo. A associação entre o ato de apostar e o universo esportivo, tradicionalmente vinculado a valores como disciplina, esforço e mérito gera contradições éticas profundas.

A falta de regulamentação específica e a ausência de mecanismos de limitação de apostas agravam o problema do vício, esse cenário evidencia a urgência de políticas públicas voltadas à educação financeira e à prevenção do comportamento de risco. A ausência de programas educativos e campanhas de conscientização amplia a vulnerabilidade dos apostadores e a perpetuação de práticas irresponsáveis (Marinho; Gomes, 2024).

A ausência de regulamentação também se estende à publicidade e à proteção de menores. No Brasil, as regras de autorregulação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) são insuficientes para lidar com o volume e a intensidade das campanhas das casas de apostas. É dever do Estado garantir que a comunicação publicitária respeite limites éticos e etários, evitando que o jogo se torne parte do cotidiano das crianças e adolescentes (Nascimento; Couto, 2025).

O lucro das operadoras e o aumento da arrecadação estatal coexistem com o agravamento de vulnerabilidades individuais e coletivas. A ausência de instrumentos de proteção e acompanhamento psicológico aos jogadores representa uma falha estrutural das políticas públicas, que tendem a privilegiar o aspecto arrecadatório em detrimento do bem-estar social (Marinho; Gomes, 2024)

A problemática das apostas esportivas online ultrapassa o campo jurídico e econômico: trata-se de um desafio ético, psicológico e social. A ausência de mecanismos de limitação e apoio, somada à influência massiva da publicidade, cria um ambiente favorável ao agravamento de transtornos mentais e à naturalização da dependência comportamental.

O Estado deve assumir papel ativo na regulação e na proteção dos cidadãos diante de um fenômeno que, embora traga benefícios econômicos, impõe custos sociais e psicológicos crescentes à coletividade. Diante desse cenário, é imprescindível que o poder público avance na criação de normas éticas, políticas preventivas e restrições publicitárias voltadas especialmente à proteção de grupos vulneráveis, como adolescentes e jovens adultos.

RESPONSABILIDADE DAS PLATAFORMAS

A análise da jurisprudência recente evidencia a evolução do entendimento do Poder Judiciário brasileiro quanto à responsabilização das plataformas de apostas online, especialmente no que se refere à proteção de consumidores em situação de vulnerabilidade e ao dever de implementação de mecanismos de jogo responsável.

Inicialmente, destaca-se decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no processo nº 0711732-88.2025.8.07.0001, em que se reconheceu a falha na prestação de serviço por parte de plataforma de apostas que não adotou medidas eficazes para conter o comportamento compulsivo do usuário:

Poder Judiciário da União TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS 3VARCIVBSB 3ª Vara Cível de Brasília Número do processo: XXXXX-88.2025.8.07.0001 Classe judicial: PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL (7) AUTOR: REGIS DE MORAIS LOPES DOS REIS REU: KAIZEN GAMING BRASIL LTDA. SENTENÇA I.RELATÓRIO Trata-se de ação proposta por RÉGIS DE MORAIS LOPES DOS REIS em desfavor de KAIZEN GAMING BRASIL LTDA, partes devidamente qualificadas nos autos em epígrafe. Narra o autor, em síntese, que "é portador de Transtorno do Espectro Autista (TEA) nível de suporte 1 e foi diagnosticado com ludopatia, condição que o torna incapaz de controlar seus impulsos relacionados ao jogo. Sua vulnerabilidade o levou a sucessivas perdas financeiras, afetando não apenas seu patrimônio, mas também seu bem-estar emocional e sua rede de apoio familiar"; que iniciou as apostas junto à ré em julho de 2024, mas que "ciente de sua incapacidade de autocontrole, no mês de julho do mesmo ano, o autor entrou em contato com o suporte técnico da ré, solicitando o bloqueio imediato, irreversível e permanente de sua conta e CPF. Deixou claro que era um viciado em jogo e que não poderia mais ter acesso à plataforma"; que "a empresa ré tratou seu pleito com descaso e negligência, no qual sequer registraram o seu pleito"; que "o autor, sem qualquer capacidade de resistência ao impulso, viu-se completamente dominado pela compulsão. (...) Nos termos da legislação específica aplicável ao caso, qual seja, a lei nº 14.790/2023, que regula as apostas online no Brasil, há imposição de obrigações às plataformas para prevenir o vício em jogos, especialmente entre públicos vulneráveis. Entre as exigências legais visando à prevenção do vício em jogos descritas na lei estão: - Uso de tecnologia para identificar comportamentos compulsivos, por meio de sistemas automatizados e algoritmos que analisam padrões de apostas (Art. 23, § 3º); - Configuração de limites automáticos quanto ao tempo de permanência na plataforma, valores apostados e quantidade de apostas realizadas; - Disponibilização de recursos de proteção ao usuário, como ferramentas para autoexclusão voluntária e pausas programadas, que permitem ao apostador restringir ou suspender sua própria atividade; - Proibição de publicidade enganosa, com especial atenção à proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade (conforme os artigos 16 e 17); - Obrigatoriedade de exibir alertas sobre os riscos associados à dependência em jogos, promovendo a conscientização dos usuários quanto aos potenciais impactos negativos da atividade. A omissão nesse dever de cautela/cuidado pode configurar responsabilidade civil e enriquecimento ilícito por parte das casas de apostas, o que é o caso dos autos. (...) A omissão do réu foi crucial para que o autor piorasse seu quadro de saúde mental, o que ultrapassa um mero dissabor do cotidiano, devendo o autor ser indenizado pelos danos morais sofridos. O instituto jurídico do dano moral ou extrapatrimonial

tem três funções básicas: compensar alguém em razão de lesão cometida por outrem à sua esfera personalíssima; punir o agente causador do dano; e, por último, dissuadir e/ou prevenir nova prática do mesmo tipo de evento danoso. Outrossim, o valor relativo aos danos morais deve ser fixado, por medida de bom senso e de justiça, atentando-se para o caráter punitivo, preventivo e compensatório, evitando-se a reincidência no ilícito, todavia, sem que signifique o enriquecimento sem causa do ofendido em detrimento do ofensor, tendo como critérios sua intensidade e gravidade, além da repercussão da ofensa. Some-se a tais ponderações o fato de que a quantia compensatória devida deve ser fixada levando-se em conta também os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, dentre eles a capacidade financeira do ofensor, cabendo o arbitramento do valor ao julgador, observados todos os elementos acima alinhados, conjuntamente. Deste modo, atenta à extensão do dano e ao direito de personalidade violado, às condições pessoais das partes envolvidas e atendendo a um critério de razoabilidade e equidade, tenho como adequada a reparação dos danos morais suportados pela autora no valor de R$10.000,00. Referida quantia, sem importar em enriquecimento ilícito de quem quer que seja, serve, ao mesmo tempo, de consolo para a parte autora ("compensatory damage") e de medida pedagógica para a parte ré ("punitive damage"), dissuadindo, ainda, os demais integrantes da sociedade a praticar condutas de tal natureza. III.DISPOSITIVO Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos autorais para: 1) Declarar a nulidade das apostas realizadas pelo autor junto à plataforma da ré a partir de 26/07/2024 até o bloqueio da conta em 16/08/2024; 2) Condenar o réu ao pagamento de R$337.086,00 (trezentos e trinta e sete mil e oitenta e seis reais), com incidência de correção monetária pelo IPCA, desde cada desembolso, e juros de mora e correção monetária pela SELIC a partir da citação, em respeito ao disposto nos art. 389, p.único, e 406, § 1º, ambos do Código Civil; 3) Condenar o réu ao pagamento de R$10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização pelo danos morais sofridos. A quantia deve ser devidamente corrigida monetariamente a partir desta data/arbitramento e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, em sintonia com os enunciados das súmulas 54 e 362, do STJ, e respeitando o disposto no art. 389, parágrafo único e no art. 406, § 1º, ambos do CPC. Por conseguinte, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, na forma do artigo 487, I, do Código de Processo Civil. Em face da sucumbência, arcará a parte ré com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados estes em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, na forma do artigo 85, caput e § 2º, do CPC. Transitada em julgado, não havendo outros requerimentos, dê-se baixa na distribuição e arquive-se o processo. Sentença registrada nesta data. Publique-se e intimem-se (Brasil, 2023).

No caso, o autor, diagnosticado com transtornos psicológicos e ludopatia, solicitou o bloqueio de sua conta, mas a plataforma permaneceu inerte, permitindo a continuidade das apostas e o agravamento do prejuízo financeiro. O juízo entendeu que a omissão da empresa configurou descumprimento dos deveres previstos na Lei nº 14.790/2023, especialmente no que se refere à prevenção do jogo compulsivo.

Diante disso, foi declarada a nulidade das apostas realizadas, com a consequente condenação da empresa à restituição dos valores perdidos, além de indenização por danos morais. Tal entendimento reforça a ideia de que a autonomia do consumidor encontra limites quando há comprometimento de sua capacidade de autodeterminação.

Corroborando essa linha de entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no processo nº 4031658-91.2025.8.26.0100, também reconheceu a responsabilidade da plataforma de apostas pela omissão no monitoramento de comportamento compulsivo do usuário:

> GUSTAVO REIS MAGALHÃES ajuizou a presente ação em face de STAKE BRAZIL LTDA., alegando, em síntese, que desenvolveu transtorno do jogo (ludopatia) em razão da exposição à plataforma de apostas operada pela ré. Sustenta que, entre 2021 e 2025, realizou depósitos totalizando R$ 2.436.675,63, obtendo saques de R$ 1.980.428,61, resultando em prejuízo líquido de R$ 456.247,02. Afirma que a ré omitiu-se no dever de implementar mecanismos efetivos de prevenção ao jogo compulsivo, explorando sua vulnerabilidade psicológica. Pleiteia a restituição dos valores perdidos, indenização por danos morais no valor mínimo de R$ 100.000,00 e a manutenção da medida liminar de bloqueio da conta. Juntou documentos. Citada, a ré apresentou contestação, alegando, preliminarmente, arguiu, ilegitimidade passiva, ausência de interesse de agir, inépcia da inicial, incorreção do valor da causa e necessidade de revogação da justiça gratuita. No mérito, sustenta que cumpriu rigorosamente as obrigações legais de jogo responsável, disponibilizando ferramentas de autoexclusão e monitoramento. Afirma que os depósitos na plataforma brasileira totalizaram apenas R$ 163.227,00, com saques de R$ 147.305,29, resultando em exposição líquida de R$ 15.921,71. Nega a prática de qualquer ato ilícito e imputa ao autor a responsabilidade exclusiva por suas escolhas. (...) A exploração da vulnerabilidade psicológica do autor, mantendo-o ativo na plataforma e estimulando apostas continuadas mesmo diante de sinais evidentes de compulsão, constitui violação à dignidade humana e aos direitos da personalidade. O laudo médico atesta que o autor desenvolveu quadro depressivo reativo, crises de ansiedade e encontra-se incapacitado para o trabalho, dedicando-se exclusivamente a tratamento psiquiátrico com uso de medicação controlada. A destruição patrimonial agravou o sofrimento psíquico, gerando ruptura de vínculos familiares, perda de autonomia financeira e dependência de

> terceiros para subsistência. O dano extrapola o mero dissabor patrimonial, atingindo a esfera existencial do indivíduo. Sopesando os elementos dos autos, entendo necessária e suficiente indenização no valor de R$40.000,00. Ante o exposto, Julgo Parcialmente Procedentes os pedidos para tornar definitiva a liminar, bem como para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos materiais no valor equivalente às perdas financeiras calculadas após a vigência da Lei nº 14.790/2023, considerando aporte financeiros realizados a partir da mesma data, tudo monetariamente corrigidos desde cada prejuízo e acrescido de juros moratórios a partir da citação, na forma do artigo 406, do CC, além de indenização por danos morais no valor de R$40.000,00, monetariamente corrigidos desde a publicação da sentença eac acrescidos de juros moratórios a partir do trânsito em julgado, na forma do artigo 406, do CC. Diante da sucumbência recíproca, cada parte suportará metade das custas e honorários em favor do patrono da parte contrária, que arbitro em R$3.000,00, ressalvada a gratuidade. P.R.I.C. Juiz (a) de Direito: Dr (a). Andrea De Abreu (São Paulo, 2025).

Na referida decisão, o magistrado destacou que a ludopatia caracteriza situação de hipervulnerabilidade, impondo ao fornecedor deveres mais rigorosos de proteção. Verificou-se que o autor realizou depósitos sucessivos e de alto valor em curtos intervalos de tempo, evidenciando padrão típico de dependência, o qual não foi devidamente identificado ou interrompido pela plataforma.

Além disso, constatou-se que a empresa não apenas se omitiu, mas também incentivou a continuidade das apostas por meio de programas promocionais, agravando a situação do consumidor.

Outro ponto relevante do julgado foi a fixação de marco temporal para a responsabilização, limitando os efeitos da condenação ao período posterior à vigência da Lei nº 14.790/2023, momento em que se consolidou o dever legal de monitoramento e intervenção por parte das plataformas.

Dessa forma, observa-se que a jurisprudência tem caminhado no sentido de reconhecer a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às plataformas de apostas, afirmar o dever ativo de monitoramento do comportamento dos usuários, proteger consumidores em situação de vulnerabilidade e hipervulnerabilidade, responsabilizar civilmente as empresas pela omissão na adoção de medidas preventivas e estabelecer parâmetros interpretativos para a aplicação da Lei nº 14.790/2023.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A trajetória das apostas no Brasil revela um movimento contínuo de tensão entre proibição e aceitação social. Desde o jogo do bicho, até a consolidação das apostas online, observa-se a repetição de antigos dilemas éticos e jurídicos que desafiam o Estado brasileiro.

O enfrentamento dos desafios jurídicos e sociais das apostas online exige políticas públicas abrangentes, capazes de equilibrar os interesses econômicos com a proteção social. A regulamentação proposta recentemente representa um passo relevante nesse sentido, mas ainda carece de efetividade e de mecanismos claros de fiscalização.

Os desafios enfrentados pelo Brasil na regulamentação das apostas online decorrem, em grande medida, da incapacidade do ordenamento de acompanhar o ritmo das inovações tecnológicas.

Essa lacuna normativa reduz a arrecadação tributária e expõe os consumidores a riscos financeiros e psicológicos. Além disso, priva o Estado de instrumentos eficazes de monitoramento e prevenção de danos.

Os impactos sociais das apostas online manifestam-se de forma preocupante, sobretudo entre jovens e grupos vulneráveis. A publicidade intensa e a gamificação das plataformas criam um ambiente de estímulo constante, que contribui para o aumento da ludopatia e do endividamento pessoal.

Assim, a criação de um marco tributário equilibrado deve caminhar junto à consolidação de políticas públicas de proteção social, evitando que o Estado priorize a arrecadação em detrimento da responsabilidade social.

O vício em apostas deve ser visto como uma questão de saúde pública, exigindo respostas coordenadas entre Estado, sociedade civil e setor privado.

Além da prevenção, é necessário fortalecer os mecanismos de fiscalização, promover campanhas educativas permanentes, criar centros de atendimento psicológico e implementar mecanismos de autorregulação.

A regulamentação, portanto, deve incluir regras claras de publicidade, limites etários e responsabilidade das plataformas digitais. Isso é fundamental para evitar a exploração de públicos vulneráveis e preservar os valores éticos associados ao esporte.

Conclui-se, portanto, que o desafio do Brasil não está apenas em legalizar as apostas, mas em regulamentá-las de forma responsável, promovendo segurança jurídica, arrecadação transparente e proteção à saúde pública.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Karen Cristina Hurtado. **Pesquisa Preliminar Sobre Jogos de Azar no Brasil - Bases De Dados Nacionais.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração) – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus do Pantanal, Corumbá, MS, 2023. Disponível em: https://repositorio.ufms.br/bitstream/123456789/8207/1/10385.pdf. Acesso em 16 out. 2025.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Define as contravenções penais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. **Lei nº 13.756, de 12 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), sobre a destinação do produto da arrecadação das loterias e sobre a promoção comercial e a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 9.615, de 24 março de 1998, 10.891, de 9 de julho de 2004, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.675, de 11 de junho de 2018; e revoga dispositivos das Leis nºs 6.168, de 9 de dezembro de 1974, 6.717, de 12 de novembro de 1979, 8.313, de 23 de dezembro de 1991, 9.649, de 27 de maio de 1998, 10.260, de 12 de julho de 2001, 11.345, de 14 de setembro de 2006, e 13.155, de 4 de agosto de 2015, da Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, e dos Decretos-Leis nºs 204, de 27 de fevereiro de 1967, e 594, de 27 de maio de 1969, as Leis nºs 6.905, de 11 de maio de 1981, 9.092, de 12 de setembro de 1995, 9.999, de 30 de agosto de 2000, 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e 10.746, de 10 de outubro de 2003, e os Decretos-Leis nºs 1.405, de 20 de junho de 1975, e 1.923, de 20 de janeiro de 1982. Vigência. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 14.790, de 29 de dezembro de 2023**. Dispõe sobre a modalidade lotérica denominada apostas de quota fixa; altera as Leis nºs 5.768, de 20 de dezembro de 1971, e 13.756, de 12 de dezembro de 2018, e a Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 204, de 27 de fevereiro de 1967; e dá outras providências. Produção de efeitos Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 dez. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 3ª Vara Cível de Brasília. **Sentença no Processo nº 0711732-88.2025.8.07.0001.** Autor: Regis de Morais Lopes dos Reis. Réu: Kaizen Gaming Brasil LTDA. Juíza: Geilza Fátima Cavalcanti Diniz. Brasília, DF, 01 de outubro de 2025. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/5013263547/inteiro-teor-5013263574. Acesso em: 6 abr. 2026.

CARVALHO JÚNIOR, José Valdeir. **Regulamentação dos jogos de apostas no Brasil – apostas de quotas fixas**. Caruaru: Centro Universitário Tabosa de Almeida (ASCES/UNITA), 2020. 24 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Disponível em: http://repositorio.asces.edu.br/handle/123456789/2718 Acesso em: 16 out. 2025.

DE OLIVEIRA, Klara Sophia. **Sociedade de aposta e jogos de azar online: uma análise da regulamentação e autorregulamentação publicitária no Brasil**. 2024. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Publicidade e Propaganda), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2024. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/server/api/core/bitstreams/b1a70a13-a564-4d03-a8f4- 30980559ff82/content. Acesso em: 16 out. 2025.

DE OLIVEIRA, Maria Paula Magalhães Tavares. **A legalização das apostas e Transtorno de Jogo.** JUNGUIANA , [S. l.], v. 42, p. 1–11, 2024. DOI: 10.70435/junguiana.v42.120. Disponível em: https://junguiana.sbpa.org.br/revista/article/view/120. Acesso em: 16 out. 2025.

LABRONICI, Rômulo Bulgarelli; MARTINS, Norberto Montani. B**ancos & Bancas: A Regulação Bancária do Jogo do Bicho.** Artigo • Sociol. Antropol. 15 (1) • 2025. Universidade Federal do Rio de Janeiro, RJ. Disponível em https://doi.org/10.1590/2238-38752025v1516. Acesso em 16 out. 2025.

MARINHO, Paulo Henrique Sousa; GOMES, Mateus Pereira. Regulamentação Dos Cassinos E Casas De Apostas Online No Brasil. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, [S. l.], v. 10, n. 6, p. 2001–2015, 2024. DOI:10.51891/rease.v10i6.14504. Disponível em: https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/14504. Acesso em: 16 out. 2025.

MENEZES, Maria Eduarda Silva; FURLAN, Fernando de Magalhães. **Regulamentação e tributação das apostas esportivas online**. [S.l.], 2023. 19 f. Disponível em: https://webadvocacy.com.br/wp-content/uploads/2023/07/ARTIGO-Regulamentacao-e-tributacao-das-apostas-esportivas-online-.pdf. Acesso em: 16 out. 2025.

NASCIMENTO, Marcos Paulo da Silva; COUTO, Mirela Guimarães Gonçalves. O Jogo do Bicho e o Projeto de Lei Nº 442/91. v. 10 n. 1 (2025): **Revista Jurídica** (2025- 1). Disponível em: https://revista.unifagoc.edu.br/juridico/article/view/1296. Acesso em: 16 out 2025.

PENA, Esther Pereira de Araújo. **Jogo do bicho como patrimônio cultural brasileiro: a legalização do jogo de acordo com a Constituição Federal.** 2024. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2024.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (10ª Vara Cível do Foro Central Cível). **Procedimento Comum Cível nº 4031658-91.2025.8.26.0100.** Autor: Gustavo Reis Magalhães. Réu: Stake Brazil Ltda. Juíza: Andrea de Abreu. São Paulo, 13 nov. 2025. Disponível em:https://eproc1g.tjsp.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=consulta_autenticidade_documentos. Acesso em: 8 abr. 2026.

SILVA, R. da G. Contratos de apostas esportivas online: questões atuais sobre a (in)exigibilidade das dívidas de jogo ou aposta. **Revista Brasileira de Direito Civil,** [S. l.], v. 32, n. 02, p. 281, 2023. Disponível em: https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/959. Acesso em: 16 out . 2025.

SOARES, Igor de Camargo. **Regulação e Tributação de Apostas Esportivas no Brasil: Lei 13.756/18 e a Compatibilidade com o Ordenamento Jurídico Brasileiro.** 2019. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019. Disponívelem: https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/16211. Acesso em: 16 out. 2025.

Capítulo 17

O Papel da Justiça Restaurativa em um Cenário de Expansionismo Penal

The Role of Restorative Justice in a Context of Penal Expansionism

Vanessa de Jesus Gomes

Advogada e Especialista em Direito Penal e Processual Penal e em Direito de Família e Sucessões.

Resumo: Em um cenário de aumento de tipos penais e de crise de legitimidade no sistema penal brasileiro, a adoção de alternativas à pena de prisão é medida necessária para a oxigenação da política criminal nacional. O encarceramento em massa, o índice de reincidência e a seletividade penal são aspectos que corroboram a falência de um sistema sobrecarregado, cuja manutenção carece de opções como os mecanismos de Justiça Restaurativa. Adotada timidamente no Brasil, a Justiça Restaurativa surge com o papel de desafogar o sistema penal e fornecer um novo viés para a resolução de conflitos sociais. Entretanto, cabe questionamento sobre a possibilidade e a necessidade de ampliação do uso deste mecanismo no país, o qual representa o problema enfrentado por este trabalho. Utilizando a revisão bibliográfica e a partir de uma análise crítica e qualiquantitativa de livros, doutrinas, artigos, estudos e dados estatísticos, este estudo possui como objetivo a análise do papel da Justiça Restaurativa em um cenário de expansionismo e falência do sistema penal no Brasil. Ao fim deste trabalho é possível concluir que a "sociedade do medo" fundamenta o expansionismo penal, e este fenômeno torna a política criminal sobrecarregada, fazendo-se necessária a adoção de medidas alternativas voltadas para a reintegração do agente e reparação da vítima, quais sejam os mecanismos de Justiça Restaurativa.

Palavras-chave: expansionismo; justiça restaurativa; sistema penal.

Abstract: In a scenario of increasing types of crimes and a crisis of legitimacy in the Brazilian penal system, the adoption of alternatives to imprisonment is a necessary measure to revitalize national criminal policy. Mass incarceration, recidivism rates, and selective prosecution are aspects that corroborate the failure of an overburdened system, whose maintenance requires options such as restorative justice mechanisms. Adopted timidly in Brazil, restorative justice emerges with the role of relieving the penal system and providing a new perspective for resolving social conflicts. However, questions arise regarding the possibility and necessity of expanding the use of these mechanisms in this country, which represents the problem addressed by this work. Using a literature review and a critical and qualitative-quantitative analysis of books, doctrines, articles, studies, and statistical data, this article aims to analyze the role of restorative justice in a scenario of expansionism and failure of the penal system in Brazil. In conclusion, this work argues that the risk society underlies penal expansionism, and this phenomenon overburdens criminal policy, making it necessary to adopt alternative measures aimed at the reintegration of the offender and reparation of the victim, namely the mechanisms of Restorative Justice.

Keywords: expansionism; restorative justice; penal system.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.17

INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro enfrenta uma crise de legitimidade expressa na superlotação carcerária, na seletividade penal e no alto índice de reincidência. Apesar do regime de falência, este sistema é cada vez mais solicitado pela população.

Em um cenário de constante insegurança, a população clama por resoluções drásticas capazes de conter o medo da criminalidade. Este medo nem sempre possui raízes concretas ou se baseia em situações reais, mas é forte o suficiente para que a força repressiva do Estado seja cada vez mais solicitada. Neste contexto, a criação de mais tipos penais e o aumento de penas representam uma resposta considerada adequada, promovendo o fenômeno chamado de expansionismo penal.

Apesar disso, o Estado não consegue comportar a responsabilidade pela resolução de todos os conflitos sociais, surgindo a necessidade de alternativas ao processo e, principalmente, à pena de prisão. Desta necessidade nascem as práticas de Justiça Restaurativa, que visam a reparação à vítima e a reintegração do agente, sem a necessidade de prisão.

Em uma cultura individualista e em uma sociedade amedrontada pelo fantasma da criminalidade, a Justiça Restaurativa nem sempre fornece a resposta desejada, motivo pelo qual seu uso ainda é tímido no Brasil. Destarte, este trabalho busca responder à problemática surgida neste contexto: é possível e necessário ampliar o uso dos mecanismos de Justiça Restaurativa neste país?

Utilizando a revisão bibliográfica e a partir de uma análise crítica e qualiquantitativa de livros, doutrinas, artigos, estudos e dados estatísticos, este estudo possui como objetivo geral a análise do papel da Justiça Restaurativa em um cenário de expansionismo e falência do sistema penal no Brasil.

Assim, foram traçados como objetivos específicos deste trabalho: a análise da relação entre “sociedade do medo” e o expansionismo penal, o exame do uso dos mecanismos de Justiça Restaurativa no Brasil e a análise do papel da Justiça Restaurativa em um contexto de expansão do Direito Penal.

Ao fim deste estudo, pretende-se vislumbrar um cenário sucinto sobre a evolução da Justiça Restaurativa como mecanismo alternativo de intervenção penal, verificando seu papel na oxigenação de um Direito Penal expandido.

O EXPANSIONISMO PENAL NA “SOCIEDADE DO MEDO”

Para Zygmunt Baumann (2008), a sociedade contemporânea está imersa em uma sensação permanente de medo com fundamentos reais e imaginários. Este fenômeno, chamado por ele de “sociedade do medo”, é criado pelos meios de comunicação, pela natureza, pelo convívio com outras pessoas, entre outros.

A criminalidade mencionada nos telejornais e nas redes sociais como algo insofreável e assustador, perpassada tão facilmente e constantemente aos olhos de todos, representa um destes temores hodiernos. Para Baumann (2008) estes

medos podem nem se concretizar, mas pautam algumas das ações das pessoas, pois são capazes de colocá-las em modo de ameaça constante, como se algo ruim sempre estivesse à espreita.

Uma população amedrontada, composta por indivíduos que sempre se identificam como vítimas, é um dos fundamentos do expansionismo penal, como afirma Jesús María Silva-Sánchez (2013). Pessoas desconfiadas tendem a colocar suas esperanças no Direito Penal e, mais especificamente, na pena de prisão como forma de afastar o medo das ruas e conter a criminalidade.

Há mais de oitenta anos, na Exposição de Motivos do Código Penal vigente (Brasil, 1940, p.5), já se consideravam os mecanismos penais insuficientes para a contenção da criminalidade: "É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais".

Para Sergio Fernando Moro, na Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 882/2019, aprovado juntamente com outras propostas, resultando na Lei nº 13.964/2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime (Brasil, 2019, p. 19), o "Brasil atravessa a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública".

Desta forma, é possível destacar que a sensação de crise nacional gerada pela criminalidade não se esvaiu com o Direito Penal. Ainda que 706.427 pessoas estivessem presas no primeiro semestre de 2025, apesar do déficit de 206.046 vagas no sistema prisional (SISDEPEN, 2025), os mecanismos de repressão penal ainda são considerados insuficientes, e a alternativa reputada é geralmente o endurecimento das penas aplicadas.

Para Sánchez (2013), o descrédito nos mecanismos de resolução de conflitos no âmbito cível e administrativo também fundamenta o expansionismo penal. Para ele, as pessoas não acreditam que outros ramos além do Direito Penal seriam capazes de reprimir determinadas condutas, motivo pelo qual apenas a tipificação penal é considerada como aparato repressor eficiente.

A ambiguidade entre a crença de que a criminalidade não estaria contida com os mecanismos de intervenção penal existentes, e a convicção de que apenas mais tipificações seriam capazes de gerar segurança pública aprimora o caráter retributivo do sistema penal.

O Direito Penal, em tese, deveria ser utilizado em ultima ratio, ou seja, apenas quanto outros meios não fossem suficientes para coibir determinadas condutas (Roxin, 2006). O uso do poder repressivo do Estado deveria ser limitado e voltado para a reintegração social do agente, entretanto, vislumbramos a vingança e a retribuição como função do sistema penal.

> Os ofensores violam a lei estatal e devem ser punidos. O Estado se encarrega. Tudo isto nos parece bastante natural e inevitável. Com certeza, o paradigma retributivo vem nos acompanhando há muito tempo. Seguramente ele representa uma melhoria significativa em relação ao que era praticado antes. Sem dúvida, ele é o que deve ser (Zehr, 2008, p. 93)

A intervenção repressora do Estado é demandada ainda pelos movimentos emancipatórios, como o das mulheres e da população LGBTQIAPN+, como forma de coibir práticas discriminatórias e violentas contra estes grupos (Sánchez, 2013).

Neste cenário retributivista e expansionista, o sistema penal brasileiro foi considerado um estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2017), pela sua incapacidade de fornecer condições dignas às pessoas presas, pela seletividade penal, pela demora na resolução de processos e por tantas outras violações que atentam diretamente contra os direitos fundamentais da pessoa humana.

Baratta (2014) ressalta os prejuízos do sistema penal, principalmente para a população mais pobre, alvo da maioria dos tipos penais. A seletividade demonstrada por ele é um dos principais motivos para a falência do Direito Penal como mecanismo repressor, haja vista sua capacidade de gerar estigmatização, marginalização e ampliação da pobreza.

Apesar disso, os cidadãos na "sociedade do medo" se distanciam da figura dos agentes, como demonstrou Sánchez (2013), gerando uma assimetria entre a população e os considerados delinquentes. Foucault (2008) destaca que aquele considerado "criminoso" é visto pela sociedade como um estrangeiro, não importando a forma como ele será tratado pelo Estado, já que ele seria diferente dos demais.

> O povo é aquele que se comporta em relação a essa gestão da população no próprio nível da população, como se não fizesse parte desse sujeito-objeto coletivo que é a população, como se pusesse fora dela, e, por conseguinte, é ele que, como povo que se recusa a ser população, vai desajustar o sistema.
> Temos sobre esse ponto uma análise apenas esboçada por Abeille, mas que é muito importante, na medida em que, de um lado, vocês veem que ela é relativamente próxima sob certos aspectos, que ela faz eco, que ela tem urna espécie de simetria em relação ao pensamento jurídico que dizia, por exemplo, que todo indivíduo que aceita as leis do seu país assina um contrato social, aceita-o e o revalida a cada instante em seu próprio comportamento, enquanto aquele que, ao contrário, viola as leis, rasga o contrato social, este torna-se estrangeiro em seu próprio país e, por conseguinte, cai sob as leis penais que vão punílo, exilá-lo, de certo modo matá-lo. O delinqüente em relação a esse sujeito coletivo criado pelo contrato social rasga esse contrato e cai do lado de fora desse sujeito coletivo (Foucault, 2008, p.58).

Autores como Angela Davis (2021) consideram o abolicionismo como a saída para todos os problemas gerados pelo Direito Penal, mas este fenômeno dependeria de uma transformação social e cultural profunda, abandonando o individualismo e o sistema produtivo capitalista.

> Quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo, como o que é realizado através do aparato penal do

> direito burguês. Se o direito penal é um instrumento precípuo de produção e de reprodução de relações de desigualdade, de conservação da escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem, então não devemos hesitar em declarar o modelo da sociedade socialista como o modelo de uma sociedade que pode prescindir cada vez mais do direito penal e do cárcere (Baratta, 2014, p. 206 e 207).

Dada a dificuldade de uma transformação social de grande monta e a ampliação dos riscos gerados pela globalização, autores como Claus Roxin (2006) vislumbram um futuro para o Direito Penal. Para este autor, os mecanismos de intervenção penal sempre serão necessários, em razão da natureza desviante da humanidade. Ele ainda destaca que apesar de presente e mais amplo no futuro, o Direito Penal não possuiria condições de abarcar todos os conflitos sociais, de forma que algumas condutas deveriam ser tratadas por outros ramos do Direito ou por meio de políticas sociais, e outras deveriam ser resolvidas por meio de alternativas diversas à prisão e ao processo penal.

Desta forma, para a expansão do Direito Penal seria imprescindível a adoção de alternativas ao encarceramento e ao processo, uma vez que o Estado não poderia abarcar a responsabilidade pela resolução de todos os conflitos sociais.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa é um mecanismo alternativo de intervenção penal que possui alguns valores basilares, como a reparação da vítima, a reintegração do agente, a promoção de um resultado restaurativo, a voluntariedade, o diálogo e o arrependimento (Tiveron, 2017).

Este modelo de resolução de conflitos se diferencia muito da política criminal atual, por, dentre outros motivos, dar voz a vítima, permitindo que ela se expresse, participe do processo decisório, se empodere e declare seus sentimentos em relação à violação sofrida (UNODC, 2021).

Muitas vezes a participação no processo de decisão, por si só, já possui caráter restaurativo para a vítima, que tende a perder a sensação de impotência derivada do delito, tornando-se personagem ativo no desenrolar e no desfecho da responsabilização do agente. Desta forma, a Justiça Restaurativa reposiciona a vítima na ocorrência do delito, que sai do espaço de passividade para a posição de sujeito ativo.

A Justiça Restaurativa também busca a restauração de relacionamentos, seja entre a vítima e o ofensor, seja entre este e a comunidade de que faz parte. A ideia de reintegração social existente neste modelo alternativo é expressa, principalmente, no processo de acolhimento e diálogo comunitário com o agente, possibilitando a reafirmação dos valores daquela comunidade (Tiveron, 2017).

O tipo de responsabilidade atribuída ao ofensor também é diferenciado neste modelo de justiça. A responsabilização, que pode ser monetária, material,

emocional, individual ou comunitária, tenderia a provocar uma transformação cognitiva e emocional no agente, contribuindo para o seu arrependimento sincero, para a prevenção da reincidência e para o seu retorno à comunidade (UNODC, 2021).

O foco na redução de danos também é um dos aspectos intrínsecos à Justiça Restaurativa, pois o resultado promovido no processo deve ser orientado para a atenuação do resultado da conduta e a restauração do status quo, mitigando o uso da pena de prisão.

Não existe apenas uma prática de Justiça Restaurativa, de forma que cada uma das variações existentes pode ser utilizada de acordo com a especificidade de cada caso, podendo ser círculos, mediações ou conferências restaurativas (Achutti, 2016). Todas estas devem ter em comum os valores mencionados até aqui, além de promover a participação de diferentes pessoas no processo, como familiares e pessoas da comunidade.

A mediação entre ofensor e vítima pode ocorrer em qualquer fase do processo e visa o encontro e o diálogo entre ambos os participantes, com a presença de um facilitador. Nos casos em que o encontro presencial entre vítima e ofensor não seja viável, ocorre a mediação indireta, na qual o facilitador pode se reunir com cada um, de maneira individual, e transmitir informações (UNODC, 2021).

As conferências restaurativas envolvem pessoas diversas, além da vítima e do agente, as quais, geralmente, possuem alguma relação com o delito, como familiares e amigos. Estas conferências podem ser lideradas por um ou mais facilitadores e visam a discussão e demonstração do impacto do delito para a comunidade. Além disso, as conferências podem servir como espaços para encaminhamento de ofensores, como alternativa ao sistema penal, nos quais um grupo ficaria responsável pelo ofensor e monitoraria o cumprimento do acordo firmado por ele (UNODC, 2021).

Os círculos são o modelo de Justiça Restaurativa que mais se assemelha com as práticas nativas e consuetudinárias de usar rodas para conversas, cerimônias e rituais. Com o foco na promoção do diálogo comunitário, se o caso for passível de ser resolvido em um círculo, há o debate entre os participantes até que seja possível chegar a um acordo anuído por todos os presentes (Pranis, 2017).

Uma das modalidades de círculos restaurativos é o círculo de sentença, no qual a comunidade se reúne, dentro o fora do juízo, para fornecer conselhos ao juiz, o qual pode ou não os aceitar (UNODC, 2021). Nestes casos, o juiz pode ter um panorama de como aquele delito afeta a comunidade e como a sentença afetaria a sociedade.

A Justiça Restaurativa possui uma relação estrutural com os mecanismos de justiça nativos e consuetudinários, visto que nestes últimos a valorização da vítima e do papel da comunidade no processo de resolução de conflitos é de extrema importância. Para Kay Pranis (2017), as culturas indígenas proporcionam o acesso à sabedoria coletiva na resolução de conflitos, diminuindo o senso de individualidade nos espaços e ampliando a reflexão sobre o evento danoso. Este tipo de justiça

coletiva deve ser inspiração para a justiça ocidental, tradicionalmente imersa no individualismo.

> A sabedoria coletiva é, necessariamente, muito maior do que a sabedoria individual. Para acessarmos esta sabedoria coletiva precisamos de espaços que sejam seguros, espaços que convidem a reflexão e espaços onde o respeito impere. Nossa cultura tem poucos espaços como estes. O círculo é um destes espaços onde ela é aceita. Essa é uma das coisas que precisamos reaprender a partir dos nossos ancestrais, porque eles se organizavam muito mais em relação à sabedoria coletiva do que fazemos hoje. Esta é uma grande dádiva que as comunidades indígenas nos oferecem nesta hora. Buscando a sabedoria coletiva vamos ficando menos dependentes da sabedoria individual (Pranis, 2017, p. 17).

Países como a Nova Zelândia e a Uganda, autorizam o uso destes mecanismos de justiça consuetudinários para a resolução de conflitos, tornando o processo decisório mais apropriado para as comunidades envolvidas e respeitando a história daqueles povos (UNODC, 2021). A legalização dos mecanismos de justiça indígenas reforça a necessidade de o Estado integrar as práticas comunitárias e consuetudinárias na Justiça positivada, assim como amplia o horizonte de alternativas à intervenção penal.

A justiça restaurativa possibilita outra visão sobre o ofensor, deixando de lado a vingança, para abrir espaço para o arrependimento. Colocar o ofensor no mesmo horizonte dos demais integrantes do povo, não o considerando "estrangeiro", como mencionou Foucault (2008), é um dos princípios e consequências deste modelo de justiça.

> Embora um modelo retributivo ou do "merecido castigo" dite que os ofensores não "merecem" que suas necessidades tenham prioridade, é do interesse da sociedade que essas necessidades integrem uma reação justa ao crime. A identificação e tratamento das necessidades dos ofensores é um elemento-chave da justiça restaurativa (Zehr, 2008, p. 188).

Assim, este modelo alternativo de intervenção penal retira o viés retributivo da pena, promovendo a reintegração social e a reparação do dano, deixando de lado alguns aspectos negativos do processo penal e da pena de prisão, como a estigmatização.

A Justiça Restaurativa no Brasil

Para Pranis (2017) é perceptível que o sistema de justiça brasileiro não cumpre o papel de fornecer resolução de conflitos e pacificação para as comunidades. Neste sentido, a Justiça Restaurativa seria um dos melhores meios de fornecer um espaço sem hostilidade, que atenda às necessidades de todos, mas principalmente dos mais vulneráveis.

A referida autora (Pranis, 2017), destaca que a Justiça Restaurativa pode fornecer a dignidade que o sistema atual nem sempre consegue fornecer. De acordo

com ela, é possível identificar no Brasil a existência de muitos traumas, inclusive aqueles gerados pela escravidão, motivo pelo qual eles também devem ser tratados no processo de restauração.

Raquel Tiveron (2017) destaca que apenas em 2008 o Código de Processo Penal brasileiro passou a ter um estudo dedicado ao ofendido (art. 201). Ainda, destaca que o referido estudo atribui ao juiz a faculdade de ouvir a vítima, de forma que sua atuação no processo decisório se torna completamente dispensável. Desta forma, torna-se evidente o distanciamento entre o Judiciário e a comunidade no Brasil, gerando uma verticalização que afasta todo o aparato jurídico daqueles a quem é destinado.

Neste país a justiça restaurativa se iniciou a partir da tentativa de democratização do acesso à justiça, promovida pela Secretaria da Reforma do Judiciário, criada em 2003 pelo Ministério da Justiça. As práticas restaurativas foram experimentadas inicialmente no Rio Grande do Sul, Brasília e São Paulo, em áreas como a infância e a juventude, execuções de medidas socioeducativas e juizados especiais criminais (Tiveron, 2017).

Técnicas como os círculos restaurativos estão sendo utilizadas no Brasil, principalmente em questões familiares, a fim de promover uma resolução saudável de conflitos envolvendo pessoas que terão que manter relações motivadas pelo vínculo jurídico ou sanguíneo (Paraná, 2018)

Tais práticas ainda são incipientes no país e não há legislação que as regulamente, de forma que elas vão tomando contornos próprios onde não há tipificação da conduta ou margem para acordo (Tiveron, 2017).

> Podemos verificar que, nestes oito anos de implementação, os programas de justiça restaurativa no Brasil têm se remodelado e encontrado sua identidade dentro da própria prática (por exemplo, o programa gaúcho tem se destacado no treinamento em técnicas restaurativas e disseminação dessa cultura). É certo que se trata de um processo de implantação longe de finalização, em que alguns conceitos e procedimentos podem ser aperfeiçoados e ampliados para outros contextos institucionais (escolas, presídios, unidades de internação de adolescentes). Adversidades em processo de mudanças de tal magnitude são esperadas (seja para a compreensão da proposta, como em São Caetano do Sul, seja para a execução, ou de desempenho, como no Distrito Federal), mas são gerenciáveis, desde que contem com financiamento e vontade política, sobretudo de agentes do Executivo e do Judiciário (Tiveron, 2017)

Destarte, é possível verificar que a Justiça Restaurativa está encontrando espaço no Brasil, ainda de forma tímida e não regulamentada, mas com possibilidade de ampliação. Os Três Poderes têm um papel importante neste processo de nascimento de um modelo alternativo de intervenção penal, tanto na regulamentação, no financiamento, quanto na organização, principalmente em um cenário de estado de coisas inconstitucional do sistema penal nacional.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA EM UM CENÁRIO EXPANSIONISTA

De acordo com as informações até aqui discorridas, a Justiça Restaurativa possui princípios que se diferem do modelo de intervenção penal tradicionalmente adotado. Com o reposicionamento da vítima e a reinserção social do ofensor, a base deste modelo de justiça é a integração comunitária e a reparação do dano, seja material e/ou emocional.

No cenário de expansão do Direito Penal, medidas alternativas serão imprescindíveis para a sobrevivência deste ramo (Roxin, 2006), haja vista que o Estado não poderá comportar todos os conflitos gerados. Além disso, a resolução dos conflitos de maneira judicial tende a gerar prejuízos para o ofensor e para a comunidade, além de colocar a vítima em um espaço de passividade.

Neste contexto, a Justiça Restaurativa possui um papel importantíssimo, pois serve para oxigenar um sistema colapsado que continua expandindo e para possibilitar a reintegração social pós-conflito.

O sistema penal da atualidade segrega, estigmatiza e desumaniza, possuindo funções punitivas ocultas. Este estado degradante da política criminal torna a expansão do Direito Penal algo preocupante, entretanto, a noção de que a pena de prisão é a resposta aceitável para a criminalidade e para a punição de determinadas condutas está cada vez mais enraizada na sociedade (Oliveira, Santana e Cardoso Neto, 2018).

Dadas tais funções ocultas da política criminal e a crise de legitimidade deste sistema, surge a Justiça Restaurativa como alternativa que vista o estabelecimento de uma via de comunicação entre ofensor e vítima e ressignificação do processo de julgamento de delitos.

Diferentemente do que ocorre com o paradigma punitivo que hoje está em crise, a nova proposta paradigmática, diga-se, a justiça restaurativa, consiste no reconhecimento do crime como conflito humano e, por conseguinte, em soluções mais humanas e integradoras, capazes de contemplar o delito como paradigma social e comunitário. Nesse viés, a justiça restaurativa reconhece a especificidade, complexidade e diversidade do conflito criminal (Oliveira, Santana e Cardoso Neto, 2018, p. 163).

A noção de que conflitos sociais não são a exceção, supõem também a ideia de que todos são passíveis de assumir a posição de ofensor. A humanização da conduta delituosa é um aspecto associado à Justiça Restaurativa que a diferencia do sistema punitivo adotado atualmente.

A "sociedade do medo" também é uma "sociedade de vítimas", como destacado por Sánchez (2013). O viés de que o ofensor é um estrangeiro social e que o delito deve ser tratado de maneira dura pelo Estado é uma face da passividade. A noção de que ofensores são apenas pessoas ruins, estimula o afastamento necessário para ausência de empatia.

A apatia pode ser associada a cultura individualista ocidental e a falta de senso de coletividade na responsabilização pelos delitos. A sociedade capitalista,

como menciona Baratta (2014), é pautada em individualismo e desigualdade social, o que posiciona alguns indivíduos na subalternidade. Associado a isso, a seletividade penal posiciona uma parcela da população como alvo da política criminal. A combinação destas ideias leva à conclusão de que a sociedade é também responsável pelo dano causado.

Consequentemente, o tratamento do conflito não deveria ser direcionado apenas para o indivíduo, mas também para a coletividade. Este direcionamento não retiraria a responsabilidade do ofensor, mas integraria a comunidade na resolução do conflito e na identificação de suas causas. Pranis, ao versar sobre responsabilização coletiva, conclui que

> O coletivo precisa se conscientizar de seu papel no dano, olhar para seu papel em reparar o dano e em fazer mudanças para que ele não aconteça novamente. Na responsabilização individual, perguntamos: o que precisa mudar naquela pessoa para que o isso não aconteça novamente? Para a responsabilização coletiva, perguntamos: o que precisa mudar na comunidade para que não aconteça de novo? Ou, colocado de outra forma, nos mudamos de: o que há de errado com essa pessoa? Para: o que não está funcionando bem entre nós? Como cada um de nós precisa mudar para tomar conta de todos nós (Pranis, 2024, p. 272).

Desta forma, um dos papéis da Justiça Restaurativa em uma sociedade com Direito Penal expandido é o resgate do senso de coletividade na responsabilização pelo dano. A necessidade de resolução conjunta do conflito e a ausência de individualismo no julgamento permitiria mais humanidade no processo de reparação.

A Justiça Restaurativa torna possível o resgate da empatia, a partir do diálogo e, em alguns casos, da presença da comunidade. Diferente do paradigma punitivo atual, este modelo de intervenção possibilita o pertencimento, não a exclusão.

Pranis (2024) ainda destaca que o papel da Justiça Restaurativa, principalmente dos círculos, é a construção de habilidades para um bom convívio. Ela ressalta que a restauração da paz social e aprender a conviver bem em comunidade constitui um dos objetivos da Justiça Restaurativa.

Diferente do modelo adotado atualmente, de exclusão comunitária por meio da prisão e da estigmatização, a Justiça Restaurativa possibilita uma visão diversa sobre o espaço do ofensor na sociedade. Ao invés da segregação, é reforçado o papel da comunidade na reintegração e na diminuição da reincidência, além de contribuir para o arrependimento do agente baseado na visualização da extensão dos danos causados pela conduta praticada.

Assim, em um cenário expansionista, a Justiça Restaurativa tem o papel de oxigenar o Direito Penal, de fornecer alternativas para a resolução de conflitos, mas também de resgatar a empatia e a humanidade das relações sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O expansionismo penal é um fenômeno em ascensão na contemporaneidade, amparado na sensação de medo que assola a população e na crença de que o Direito Penal é capaz de tutelar todos os conflitos.

Esta expansão amplia o colapso experimentado pelo sistema de punição usualmente adotado, indo além das capacidades de intervenção do Estado. Se, atualmente, o cenário é de estado de coisas inconstitucional, seletividade penal e morosidade do Judiciário, a expansão tende a aumentar esta crise no futuro.

Neste contexto, a Justiça Restaurativa surge para abarcar parte dos conflitos que seriam direcionados para o Direito Penal, oxigenando este sistema. Além disso, este mecanismo alternativo de intervenção penal promoveria um novo viés sobre o ofensor e o ofendido: este poderia ter um papel ativo no deslinde da questão, e aquele poderia não ser visto como algoz, mas como alguém que precisa de cura e espaço para exercício do diálogo.

Além disso, as práticas de Justiça Restaurativa proporcionariam a restauração da humanidade na resolução dos conflitos e a ressignificação do delito, resgatando a empatia, o diálogo e a participação comunitária no julgamento. Os valores que compõem a base deste modelo alternativo de intervenção penal são divergentes dos princípios e funções ocultas da política criminal contemporânea, o que torna o seu papel ainda mais importante na mudança de paradigma do sistema punitivo.

A política criminal atual não proporciona a participação da vítima ou da comunidade, além de promover estigmatização e desigualdade. Um modelo empático e humanitário, como a Justiça Restaurativa, possibilita uma visão diferenciada sobre as formas possíveis de restabelecer as relações sociais após a ocorrência de um crime.

A cultura retributivista e individualista ocidental pode tornar complexa a ampliação dos mecanismos de Justiça Restaurativa no Brasil, mas o trabalho conjunto dos Três Poderes da República possui o condão de tornar possível este processo.

Desta forma, este modelo de intervenção, ainda em florescimento, possui um papel importante, não apenas para oxigenar o Direito Penal, mas também para humanizar a intervenção do Estado nos conflitos sociais, quiçá promover a alteração do posicionamento da comunidade em relação aos delitos cometidos por seus integrantes.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal : contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil** – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6* edição, outubro de 2011. 2a reimpressão, agosto de 2014.

BAUMAN, Zygmunt, **1925- Medo líquido; tradução, Carlos Alberto Medeiros.** — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-norma-pe.html > Acesso em: 09 abr. 2026

_____. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal/ Exposição de Motivos. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-pe.pdf > Acesso em: 09 abr. 2026

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 882, de 2019.** Proposta de alteração de dispositivos do Código Penal e legislação penal conexa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353. Acesso em: 09 abr. 2026

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas? Tradução de Marina Vargas.** - 8ª ed. – Rio de Janeiro: Difel, 2021.

FOUCAULT, Michel, 1926-1984. **Segurança, território, população : curso dado no College de France** (1977-1978; edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana; tradução Eduardo Brandão; revisão da tradução Claudia Berliner. – São Paulo : Martins Fontes, 2008.- (Colecão tópicos)

OLIVEIRA, Samyle, SANTANA, Selma, CARDOSO NETO, Vilobaldo. Da justiça retributiva à justiça restaurativa: caminhos e descaminhos. **Argumenta Journal Law,** Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28. p. 155-181.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. **Círculos restaurativos auxiliam na solução de disputas familiares**. Curitiba/PR. 08/01/2018. Disponível em: < https://mppr.mp.br/Noticia/Circulos-restaurativos-auxiliam-na-solucao-de-disputas-familiares > Acesso em 09 abr. 2026

PRANIS, Kay. **Justiça restaurativa e círculos de construção de paz.** Maio/2017. Organização: Cristina Bergamaschi.

_____, Kay. **Justiça Restaurativa e Processos Circulares - Tradução Roberto Luís de Oliveira Pimentel, Mediadora: Patricia de Carvalho Leitão**. Evento Justiça Restaurativa e Processos Circulares – 27/09/2024 - ESMP. v. 25 (2024): RJESMPSP. Publicado em 18/12/2024. Seção Palestras/Conferências. Disponível em: < https://es.mpsp.mp.br. Acesso em 10 abr. 2026

ROXIN, Claus. **Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral e la religión**. Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales, 59(1), 5–24, 2006. Recuperado a partir de https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/494. Disponível em: < https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/494/494 > Acesso em 10 dez. 2025

_____, Claus. **Estudos de direito penal / tradução de Luís Greco**— Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva Sánchez. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luis Otávio de Oliveira Rocha. 3º ed. rev. atual. – São Paulo. **Editora Revista dos Tribunais**. 2013.

SISDEPEN. **Levantamento de Informações Penitenciárias – 18º Ciclo – 1º Semestre de 2025**. Brasília/DF. 2025. Disponível em: <https://app.powerbi.com.

STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Min. Marco Aurélio.** Redator(a) do acórdão: Min. LUÍS ROBERTO BARROSO. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 04 out. 2023. Publicado em 19 dez. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br. Acesso em 10 dez. 2025

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília, DF: Trampolim, 2017.

UNODC. **Manual sobre programas de justiça restaurativa [recurso eletrônico] / Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime ; tradução de Cristina Ferraz Coimbra, Kelli Semolini**. 2. ed. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: < file:///C:/Users/e391360/Downloads/manual-sobre-programas-de-justica-restaurativa-digital.pdf > Acesso em 24 mar. 2026

ZHER, Howard. **Trocando as lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça.** Tradução de Tânia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Capítulo 18

Planejamento Tributário: A Prevalência da Forma Jurídica Lícita e o Papel da Prova na Distinção entre Elisão e Simulação, à Luz dos Fundamentos do Direito Tributário

Tax Planning: The Prevalence of the Lawful Legal Form and the Role of Evidence in Distincting Between Tax Avoidance and Simulation, in Light of the Fundamentals of Tax Law

Ariana Mosele Di Cola

Advogada. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Mestranda em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET).

Resumo: Trata-se de estudo de conclusão do crédito "Fenomenologia da incidência e aplicação das normas jurídicas tributárias", do Mestrado IBET, cuja análise científica se deu por meio de leis, doutrinas e jurisprudências, com o fim de delinear o planejamento tributário, de acordo com a forma jurídica permitida pelo nosso sistema jurídico tributário, demonstrando a importância dos meios de prova, legítimos para provar a verdade dos fatos lícitos, devendo prevalecer sobre juízos econômicos subjetivos, assegurando ao contribuinte a previsibilidade e a estabilidade nas relações tributárias.

Palavras-chave: fenomenologia da incidência; planejamento tributário; prova no direito tributário; elisão; simulação.

Abstract: This is a final study for the credit "Phenomenology of the incidence and application of tax legal standards", from the IBET Master's Degree, whose scientific analysis was carried out through laws, doctrines and jurisprudence, to outline tax planning, in accordance with the legal form permitted by our tax legal system, demonstrating the importance of means of proof, legitimate to prove the truth of lawful facts, which should prevail over subjective economic judgments, ensuring the taxpayer predictability and stability in tax relations.

Keywords: phenomenology of incidence; tax planning; evidence in tax law; avoidance; simulation.

INTRODUÇÃO

A crescente complexidade do sistema tributário brasileiro, aliada à dinâmica do mercado, tem acentuado a importância do planejamento tributário como ferramenta legítima para a racionalização dos encargos fiscais e a promoção da competitividade e sustentabilidade dos empreendimentos. No entanto, a linha que separa o planejamento tributário (elisão) de práticas ilícitas (simulação e dissimulação) permanece como ponto de importante análise para que não entre em conflito com os direitos fundamentais do contribuinte.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.18

Nesse contexto, ganha relevo a discussão sobre a chamada interpretação econômica do direito tributário, frequentemente inspirada na doutrina estrangeira da substance over form. Essa vertente hermenêutica propõe que a análise dos atos e negócios jurídicos, para fins tributários, privilegie sua essência econômica, mesmo que em detrimento da forma jurídica escolhida pelo contribuinte — especialmente quando esta for considerada artificial ou sem propósito negocial.

Contudo, essa abordagem é severamente criticada por expoentes da doutrina nacional, que a identificam como uma ruptura com a lógica jurídica interna ao sistema positivo. A prevalência da substância econômica sobre a forma jurídica desconsidera a natureza autopoiética do Direito e ignora o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro não autoriza a desconsideração de formas negociais lícitas apenas por apresentarem efeitos econômicos similares aos negócios sujeitos a maior carga tributária.

A desconsideração de atos com base em conceitos como “propósito negocial” ou “abuso de forma” promove instabilidade interpretativa, pois essas noções não encontram amparo expresso na legislação tributária e não se confundem com simulação ou dissimulação. O combate à evasão, portanto, deve ser realizado mediante alterações legislativas específicas, e não por interpretações ampliativas que fragilizam a segurança jurídica.

É nesse cenário de incerteza e conflito hermenêutico que a presente pesquisa se propõe a enfatizar a centralidade da linguagem e dos meios de prova para a correta distinção entre elisão e evasão no planejamento tributário. Adotando o constructivismo lógico-semântico como referencial metodológico, parte-se da premissa de que o Direito constitui sua própria realidade por meio da linguagem, sendo a “linguagem das provas” imprescindível para que um evento adquira relevância jurídica e ingresse validamente no sistema.

O uso de critérios objetivos, calcados na linguagem do Direito e na robustez das provas, é essencial para assegurar ao contribuinte o exercício legítimo da autonomia privada, dentro dos limites legais, sem que esteja à mercê de interpretações arbitrárias. O presente trabalho visa justamente contribuir com essa delimitação.

DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO E A DISTINÇÃO ENTRE EVENTO E FATO JURÍDICO - CONSTRUTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO COMO MÉTODO

A presente análise da relação entre planejamento tributário, forma jurídica e a importância da prova para a distinção entre elisão e simulação demanda, antes de tudo, o estabelecimento de uma sólida base epistemológica. Adota-se o construtivismo lógico-semântico como arcabouço teórico, uma escola de pensamento que, ao situar o Direito como um fenômeno de linguagem, oferece ferramentas conceituais precisas para a compreensão da constituição dos fatos jurídicos e, em especial, do fato jurídico tributário.

No cerne do construtivismo lógico-semântico, conforme desenvolvido por Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho, está a premissa de que o mundo, incluindo a realidade social, econômica, política e jurídica, só existe para o ser humano a partir do instante em que se torna inteligível para ele, o que se dá por meio da linguagem. Conhecer, nesse sentido, não é uma mera apreensão de um objeto externo preexistente, mas um ato de produção pelo intelecto, que, ao se expressar linguisticamente, constitui a realidade objetiva. Assim, "os limites de minha linguagem denotam os limites de meu mundo", como assinala Ludwig Wittgenstein, citado por Fabiana Del Padre Tomé (2016).

Essa perspectiva é fundamental para contrapor-se à chamada interpretação econômica do direito tributário, frequentemente embasada na doutrina estrangeira da *"substance over form"*. A pretensão de fazer prevalecer a substância econômica sobre a forma jurídica desconsidera a natureza autopoética do Direito, um sistema que determina suas próprias regras de autorreprodução e que só admite a juridicização daquilo que passe por seu filtro.

Diferentemente das ciências naturais, que buscam descrever uma realidade empírica exterior, o Direito, como objeto cultural, constitui sua própria realidade por meio da linguagem normativa.

No bojo do construtivismo lógico-semântico, a distinção entre "evento" e "fato jurídico" é de suma importância para entender a linguagem como imprescindível na construção de sentido. O evento corresponde a um acontecimento na vida real, o que simplesmente ocorre e se esvai, sendo perceptível apenas por intuição sensível. Para o Direito, um evento, por mais real e evidente que seja na experiência social, é inócuo se não for revestido pela linguagem competente do sistema jurídico. Nesse sentido, o fato jurídico requer linguagem competente, isto é, linguagem das provas, sem o que serão meros eventos.

O fato jurídico, por sua vez, é o evento contado, de acordo com os meios de prova admitidos pelo sistema positivo. Para que um acontecimento da vida social ou econômica (evento) ingresse no universo do Direito, constituindo um fato jurídico tributário, é necessário que seja enunciado em linguagem competente, ou seja, descrito consoante as provas em direito admitidas.

A linguagem das provas possui, assim, uma função constitutiva no sistema do direito tributário. Ela conforma os eventos às normas, atribuindo-lhes relevância jurídica e desencadeando os efeitos correspondentes. Esse processo envolve uma redução de complexidades, na medida em que o real é infinito e irrepetível, e a linguagem não pode descrevê-lo integralmente.

O fato jurídico é um corte metodológico, uma seleção de aspectos do evento que, por terem sido eleitos na composição da hipótese normativa, tornam-se relevantes para a aplicação das regras do Direito. A própria prova, como enunciado linguístico, é sempre seletiva, expressando apenas aquilo que o sujeito que a formula considera relevante para o fim que pretende.

Consequentemente, a "verdade" no âmbito jurídico não é uma correspondência absoluta com um "estado de coisas" externo ou com uma "verdade material"

inatingível. A verdade jurídica é uma verdade lógico-semântica, construída a partir da relação entre as linguagens de determinado sistema.

O termo "sistema", etimologicamente, provém do grego syn-istemi, significando "o composto, o construído", e alude à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes, organizada e ordenada. No contexto da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, adotada na obra de Fabiana Del Padre Tomé (2016), o Direito não é um mero reflexo da realidade social, econômica ou política, mas um sistema comunicativo funcionalmente diferenciado. Isso implica que ele se auto-organiza e se auto-reproduz, produzindo seus próprios elementos a partir de seus próprios elementos.

A autopoiese do sistema jurídico significa que ele é capaz de autogerar-se, de substituir seus componentes por outros, por meio de atos comunicativos cujo conteúdo seja a geração de outros atos comunicativos, ou, no caso do sistema jurídico, "normas que prescrevam a produção de outras normas jurídicas. Trata-se de um sistema que produz elementos para poder continuar gerando mais elementos, com capacidade de autorreferencialidade, ou seja, do sistema olhar para si próprio e falar sobre si mesmo, sendo este um pressuposto fundamental da sua autoprodução.

Um dos pontos de partida cruciais para qualquer análise sistêmica teórica é a diferença entre sistema e ambiente. O sistema jurídico se qualifica e se distingue do ambiente precisamente pelas operações internas ao próprio sistema, responsáveis pela autorreprodução de seus elementos, segundo seu particular código e programa.

O sistema jurídico é operativamente fechado (clausura operativa ou fechamento operativo), o que significa que somente as informações criadas dentro do Direito são relevantes para o Direito. O sistema jurídico define suas próprias regras para a produção de seus elementos e só reconhece como jurídico aquilo que é processado e constituído dentro de sua própria lógica e linguagem. O evento do mundo social, econômico, entre outros, como mencionado alhures, é inócuo para o Direito se não for revestido pela "linguagem competente" do sistema jurídico.

Contudo, apesar de ser operativamente fechado, o sistema jurídico é cognoscitivamente aberto (abertura cognitiva). Isso significa que, embora as informações criadas dentro do Direito sejam as únicas relevantes para o próprio Direito, elas devem ser interpretadas de acordo com o sistema social. O Direito interage com o ambiente externo (como fatos econômicos ou sociais), mas os processa e os interpreta através de seus próprios códigos e programas. A realidade jurídica se constrói a partir da social, assumindo a feição de uma linguagem de segundo grau, com "rigoroso processo seletivo", como bem ensina Paulo de Barros Carvalho (2021).

Essa dualidade é essencial, uma vez que o sistema jurídico não ignora o mundo externo, mas o traduz para sua própria linguagem e lógica, sem submeter-se a ela. A distinção entre "fato social" e "fato jurídico" é um exemplo claro dessa seletividade. Relatado o evento em linguagem social, teremos fato social, o qual, uma vez vertido em linguagem jurídica, dará nascimento ao fato jurídico.

A capacidade do sistema jurídico de operar e se reproduzir reside em suas determinações estruturais, quais sejam o código e o programa.

O Direito funciona com um esquematismo binário, que é o seu código lícito/ilícito. Esse código permite ao sistema selecionar, dentro das comunicações do sistema social, aquelas que integram o sistema parcial do direito, garantindo a continuidade e autorreprodução do sistema.

O polo positivo (lícito) se aplica quando o comportamento coincide com as condutas prescritas pelas normas do sistema, enquanto o negativo (ilícito) se aplica nas hipóteses de infringência àquelas prescrições normativas. A unidade do código implica que não se pode tomar uma decisão sobre um valor sem considerar o outro; a adjudicação de valores a situações supõe a avaliação da possibilidade contrária.

Os programas são o suplemento da codificação, dão direcionalidade à semântica condicionada por um código. Enquanto o código define a distinção básica (lícito/ilícito), os programas fornecem o conteúdo e a especificidade para resolver problemas especificamente jurídicos.

Por exemplo, no âmbito das relações entre Fisco e contribuinte, o direito realiza duas seleções: (i) um corte no sistema social para diferenciar o sistema do direito pelo código lícito/ilícito, e (ii) dentro do sistema jurídico, uma nova divisão que conecta as comunicações selecionadas e lhes atribui sentido, qualificando-as como lícitas ou ilícitas.

Nessa estrutura autopoiética, a prova assume um papel constitutivo, posto que para que um evento da vida social seja transformado em um fato jurídico, ele precisa ser contado, fielmente, de acordo com os meios de prova admitidos pelo sistema positivo, sob pena de fatos jurídicos sem linguagem competente serem meros eventos.

A prova, portanto, não é apenas um instrumento para conhecer um fato preexistente, mas a linguagem competente que o constitui juridicamente. O sistema autopoiético do Direito, ao regular a forma como sua própria autorreprodução ocorre, exige a prova obtida licitamente como suporte para que se tenha um fato jurídico.

NOÇÕES GERAIS SOBRE A PROVA: NATUREZA JURÍDICA E MORFOLOGIA DA PROVA

A perspectiva morfológica para analisar a prova deve ser entendida como "morfologia", o estudo da constituição dos elementos de um enunciado linguístico. No contexto da prova jurídica, que é intrinsecamente um enunciado linguístico, a morfologia permite decompor a prova em unidades menores para identificar seus atributos e funções.

A fonte da prova é o sujeito competente em atividade, ou seja, o emissor da mensagem probatória exercendo o ato de enunciação. É importante notar a diferença entre fonte e meio de prova, sendo que a fonte é a enunciação realizada por um sujeito habilitado, enquanto o meio de prova se confunde com a enunciação-

enunciada, que é o relato linguístico que constitui o sujeito, tempo, lugar e modo em que a enunciação ocorreu, introduzindo os enunciados probatórios no sistema do direito.

O objeto é o fato que se pretende provar, consistente na alegação da parte. O objeto da prova não é os acontecimentos em si, mas as afirmações sobre eles. Para que um fato seja suscetível de ser provado, ele precisa ser determinado no tempo e no espaço, situado dentro dos limites ontológicos da possibilidade e ser relevante para a aplicabilidade da norma tributária geral e abstrata. As alegações genéricas não são, rigorosamente, fatos para fins jurídicos.

O conteúdo é o fato provado, que é o enunciado linguístico veiculado pela prova, independentemente da apreciação do julgador. O conteúdo probatório é interno à prova, decorrendo da existência da prova já realizada e consistindo nos fatos por ela constituídos.

A forma refere-se ao modo como a prova se exterioriza, que deve ser sempre escrita ou passível de ser convertida em linguagem escrita (documental). Todas as provas assumem a forma documental, pois mesmo as afirmações orais só se tornam prova quando reduzidas a escrito. Não há forma sem conteúdo, e vice-versa, posto que ambos coexistem e se complicam em um signo.

A função é o propósito persuasivo da prova, visando ao convencimento do julgador. Toda prova tem uma função persuasiva, colaborando para o convencimento do órgão habilitado a decidir. A prova jurídica busca uma “verdade lógica” ou “verdade jurídica”, formada dentro do sistema do direito, não uma verdade material inatingível.

Os destinatários são para quem os enunciados probatórios se dirigem, com o propósito de convencer. No processo, o destinatário da prova é o julgador, ou seja, o juiz ou a autoridade administrativa, a quem se pretende convencer.

A finalidade é o objetivo último da prova, que é a constituição ou desconstituição do fato jurídico em sentido estrito. A prova é um elemento indispensável para a regular constituição do fato jurídico em sentido estrito, no âmbito de uma norma jurídica individual e concreta.

Em resumo, a prova é um fato jurídico que pode ser analisado em seus componentes estruturais, proporcionando uma visão detalhada de como ela é formada e qual o papel de cada parte nessa constituição. A realidade jurídica é uma construção da linguagem, e a prova é o meio pelo qual os eventos do mundo fenomênico são “contados, fielmente, de acordo com os meios de prova admitidos pelo sistema positivo”, tornando-se fatos jurídicos.

A prova, no direito, é um conceito complexo e polissêmico, cujo entendimento varia conforme o momento e o contexto em que é considerada. Fabiana Del Padre Tomé (2016) destaca a importância de esclarecer seus múltiplos sentidos para uma análise tributária rigorosa, não havendo como “certificar que uma acepção seja mais ou menos correta que outra”.

A Prova no Direito Tributário: A Constituição do Fato Jurídico Tributário pela Linguagem das Provas

A obra de Fabiana Del Padre Tomé (2016), que se alinha com o construtivismo lógico-semântico de Lourival Vilanova e Paulo de Barros Carvalho, enfatiza que a realidade, para o ser cognoscente, é constituída pela linguagem. Nesse sentido, o fato jurídico é uma construção linguística.

Como mencionado, um evento do mundo fenomênico, que se esvai no tempo e no espaço, só se torna um fato jurídico quando é relatado de acordo com os meios de prova admitidos pelo sistema positivo, sendo imprescindível não apenas para "conhecer os acontecimentos", mas para conseguir uma determinação formal dos fatos, construindo a linguagem que constitui a realidade jurídica e o fato jurídico tributário.

O termo "prova" pode ser empregado em diversas acepções, gerando ambiguidade (processo/produto) e plurissignificação, como bem descreve Fabiana Del Padre Tomé (2016), tais como (i) fato a ser reconstruído (aquilo que se busca comprovar), (ii) atividade probatória (o ato de produzir a prova), (iii) meio de prova (instrumento utilizado para a comprovação, como por exemplo, documento, testemunho, perícia), (iv) procedimento organizacional (as regras e etapas para a produção da prova), (v) resultado do procedimento (o enunciado probatório produzido), (vi) efeito na convicção do destinatário (a capacidade de convencer o julgador).

Essa polissemia decorre das diferenças quanto ao alcance do termo, aos diversos momentos em que a prova é considerada, à estrutura aberta da linguagem e aos aspectos de sua pertinência. É fundamental, ao falar em prova, especificar a fase de sua dinâmica a que se refere.

O ordenamento jurídico brasileiro adota um sistema de prova do tipo aberto, prescrevendo no art. 369 do CPC/2015 que as partes têm o direito de empregar "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos". No entanto, essa abertura não é irrestrita, pois o direito à prova é o direito à prova legítima, exercido segundo os procedimentos regulamentados pela lei, que inclui o veto às provas obtidas por meio ilícito.

Dentre as espécies de provas, destacam-se as indiretas, as pessoais e as documentais.

Tradicionalmente, distinguia-se entre prova direta (que recairia diretamente sobre o fato a ser provado) e prova indireta (que levaria ao fato por dedução). Contudo, Fabiana Del Padre Tomé critica essa terminologia, argumentando que toda prova é, em sua essência, indireta. Nunca acessamos o "evento" em si, mas sim os "enunciados" ou "afirmações" sobre os eventos, que são construções de linguagem. A prova, nesse sentido, é uma conjectura que leva a uma presunção.

A prova é vista como um signo que remete a outro signo, em uma cadeia interminável de significações, sem nunca atingir o objeto significado de forma

absoluta, devido à natureza incompleta do signo. Exemplos dessa natureza indireta incluem o "vestígio" (tudo que resta de algo que desapareceu) e a "pista" (uma anormalidade que pode orientar a construção do fato jurídico).

A percepção de um evento do mundo fenomênico só se torna "prova jurídica" quando seu relato linguístico é efetuado na forma prescrita pelo Direito, cumprindo a função de constituir o fato. Esta é uma decorrência fundamental do caráter autopoiético do sistema do Direito, que se autoorganiza e se autorreproduz, regulando o que nele ingressa e exigindo formas e tempos apropriados para a constituição da realidade jurídica.

As provas documentais abrangem tudo o que registra um fato, independentemente do meio (incluindo arquivos magnéticos). O uso da ata notarial, por exemplo, é de utilidade para documentar fatos em sistemas informatizados ou na internet. Documentos essenciais à propositura da ação devem acompanhar a petição inicial. Documentos novos podem ser juntados a qualquer tempo se referentes a fatos supervenientes ou para contraprova, desde que se dê à parte contrária o direito de se manifestar.

A confissão consubstancia-se em uma declaração voluntária em que o indivíduo admite como verdadeiro um fato que lhe é prejudicial. Embora alguns doutrinadores não a considerem um meio de prova, é uma atividade exercida em observância às regras de organização probatória, a qual pode ser judicial ou extrajudicial, expressa ou presumida (tácita ou ficta, como na revelia).

No direito tributário, a confissão não é irretratável e deve ser valorada em conjunto com as demais provas, podendo ser anulada em caso de erro (de fato ou de direito), dolo ou coação. Assim, a confissão não se configura em prova plena que dispense outros elementos probatórios.

O depoimento de terceiros que tenham conhecimento do fato controvertido — prova testemunhal — é sempre admissível no processo administrativo tributário, salvo disposição legal em contrário. Embora possa ser considerada "fraca", é uma prova válida e pode ser utilizada tanto pelo Fisco quanto pelo contribuinte.

A perícia é um exame técnico ou científico necessário para a apuração de fatos que dependam de conhecimentos especializados. A autoridade preparadora pode indeferir perícias inúteis, protelatórias ou impraticáveis. No entanto, o ato de deferimento/indeferimento é vinculado, e o indeferimento deve ser fundamentado objetivamente.

A prova emprestada refere-se à utilização de provas produzidas em outro processo. Em uma acepção, trata-se da construção de uma nova prova idêntica à já existente em um processo envolvendo as mesmas partes e fatos semelhantes.

No entanto, informações fornecidas por outras Fazendas Públicas, obtidas por meio de procedimentos fiscalizatórios, servem apenas como "elemento de suspeita" ou "ponto de partida" para que o ente tributante que as recebe realize seus próprios atos fiscalizatórios e produza suas próprias provas, não sendo, por si só, suficientes para lavratura de lançamento ou aplicação de penalidade.

Os indícios e presunções são, em sua essência, provas indiretas, pois o acesso aos fatos (eventos) é sempre mediado pela linguagem e pelo raciocínio lógico, sendo a prova uma conjectura que leva à presunção.

As presunções são operações mentais que, a partir de um fato conhecido (indício), permitem construir um fato presumido. No direito tributário, apenas as presunções relativas *(juris tantum*) são válidas, admitindo-se prova em contrário e garantindo o exercício da ampla defesa.

O Fisco não está dispensado de provar o "fato base" que autoriza a presunção. As presunções *hominis* (judiciais) são deduções do julgador baseadas na experiência; são consideradas possíveis e necessárias, mas os indícios devem ser veementes e homogêneos para gerar certeza jurídica.

Já as provas obtidas por meio ilícito são vedadas. A gravação de conversa telefônica entre interlocutores determinados é considerada lícita, mas a escuta telefônica adrede preparada é ilícita por violar o sigilo pessoal. O sigilo bancário é um direito fundamental, sendo sua quebra, em regra, dependente de autorização judicial. Informações de dados extraídos de computadores pessoais com violação de domicílio também são inadmissíveis.

Embora a regra seja a necessidade de prova para a constituição do fato jurídico, alguns fatos são dispensados de comprovação, como os fatos notórios e os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (embora a confissão ainda precise ser valorada). A confissão torna os fatos incontroversos, dispensando a produção probatória sobre eles, mas não sobre a confissão em si.

A assertiva de que "não se provam fatos negativos" não tem razão de ser. Toda proposição negativa implica uma proposição positiva contrária, e, no Direito, um fato negativo sempre pode ser provado, geralmente pela demonstração de um fato positivo contrário ou pela ausência de prova do fato positivo que ilidiria a negação. No Direito, os fatos negativos devem ser delimitados no tempo e no espaço para terem relevância jurídica, pois as hipóteses normativas exigem critérios temporais e espaciais.

Toda prova precisa ser pertinente e concludente. A pertinência relaciona-se com o interesse do processo, sendo o fato capaz de exercer qualquer influência sobre a decisão da causa. A concludência se configura na qualidade de conduzir o julgador à conclusão acerca dos fatos discutidos, não significando que a prova, por si só, deva ser suficiente para formar a convicção do julgador, mas que possa servir como argumento ao lado de outros. Um fato "inconcludente" ou "impertinente" é inócuo para a prova.

O ônus da prova, em regra, compete a quem alega determinado fato. Se o Fisco apresenta provas de um fato, cabe ao contribuinte fazer a contraprova, demonstrando o fato oposto.

A PROVA E O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO (ELISÃO) COMO EXPRESSÃO LEGÍTIMA DA AUTONOMIA PRIVADA

O planejamento tributário é uma prática legítima da autonomia privada e necessária à racionalização dos encargos fiscais, impactando diretamente a sustentabilidade das atividades empresariais e a livre iniciativa. Isso porque nosso ordenamento jurídico assegura ao contribuinte o direito de organizar suas atividades conforme critérios de eficiência e racionalidade, inclusive tributária.

Essa liberdade negocial permite a adoção de estruturas lícitas que resultem em menor carga tributária, sem que isso configure, por si só, indício de fraude ou abuso. Nesse contexto, a validade do planejamento tributário deve ser analisada com base na estrutura jurídica formal e comprovada por meios legítimos de prova, e não a partir de juízos subjetivos sobre o propósito econômico das operações.

A atuação da autoridade fiscal deve respeitar os limites legais e se fundamentar na demonstração efetiva de simulação ou dissimulação, nos termos dos artigos 116, parágrafo único, e 149, inciso VII, do CTN. A desconsideração de atos praticados dentro da moldura legal ofende o princípio da segurança jurídica, ao permitir interpretações amplas e arbitrárias sobre a validade de operações formalmente regulares.

Combater a elisão equivale a negar ao contribuinte o exercício de sua liberdade constitucional de organizar seus negócios conforme o que for mais eficiente e menos oneroso, dentro dos limites da lei. A opção pela prevalência da forma jurídica lícita, devidamente comprovada, sobre juízos econômicos subjetivos é um imperativo para a segurança jurídica e a previsibilidade nas relações tributárias. O direito tributário, por envolver a liberdade e a propriedade das pessoas, exige que suas leis sejam interpretadas de forma estrita, eliminando vaguezas e indeterminações.

A elisão caracteriza-se pela adoção de meios lícitos para reduzir, postergar ou evitar o nascimento da obrigação tributária, sem ocultação de fatos ou vício de forma. Já a evasão — na qual se incluem a simulação e a dissimulação — pressupõe conduta ilícita, voltada a enganar o Fisco mediante omissão, fraude ou declaração enganosa da vontade.

Nesses últimos casos, há uma linguagem constitutiva de um fato jurídico que não representaria o real negócio jurídico realizado, competindo ao Fisco descrever, em linguagem competente, o fato que representaria a efetiva relação jurídica pactuada e provar a ocorrência do fato tributário que alega ter sido ocultado. Ao contribuinte, por sua vez, caberá demonstrar que nada foi dissimulado.

É por meio da linguagem das provas que o fato jurídico tributário é constituído, tomado de um evento ocorrido no mundo fenomênico, adquirindo foros de juridicidade e ingressando no sistema jurídico por meio de uma hipótese normativa. A autoridade deve demonstrar a relação de causalidade entre o indício e a prova que se pretende produzir, robustecendo a prova para impedir que a relação de causalidade seja infirmada pela demonstração de que outro fato também poderia ter ocorrido.

Em suma, a teoria das provas é o pilar que permite à Administração Tributária atuar contra a evasão, mas sempre dentro dos estritos limites da lei e da Constituição. A validade da autuação fiscal não reside em conceitos genéricos ou em intenções supostamente "abusivas" sem previsão legal, mas na comprovação inequívoca de fraude, dolo ou simulação (incluindo a dissimulação), conforme os dispositivos específicos do Código Tributário Nacional.

O planejamento tributário deve ser reconhecido como expressão legítima da autonomia privada e da racionalidade fiscal. A atuação do Fisco deve ser pautada em critérios objetivos, legalmente estabelecidos e devidamente comprovados por meio da linguagem das provas. Apenas assim se assegura o equilíbrio entre o interesse arrecadatório do Estado e as garantias fundamentais do contribuinte em um Estado Democrático de Direito.

Crítica à Doutrina da Interpretação Econômica ("substance over form") – Necessidade de Observância dos Limites Normativos

A doutrina da "substance over form" (substância sobre a forma) propõe que, diante de dúvidas na interpretação da legislação tributária, o intérprete deve privilegiar o conteúdo econômico dos atos e fatos em detrimento da forma jurídica adotada. No entanto, essa perspectiva deve ser rechaçada, na medida em que é considerada um equívoco que tem impedido o direito tributário de evoluir como ciência jurídica.

Em outras palavras, o resultado econômico da operação deveria prevalecer sobre a sua conformação jurídica. A ideia subjacente seria a de que a tributação deve se pautar na "realidade" das operações, ignorando a estrutura negocial (forma) escolhida pelo contribuinte.

No ordenamento jurídico brasileiro, a legalidade tributária impõe limites rigorosos à atividade interpretativa do Fisco. A tributação deve se ater aos fatos juridicamente qualificados e não pode se fundar em analogia, presunções genéricas ou realidades econômicas não juridicizadas. A Constituição Federal, ao vedar a criação de tributos sem lei, veda também a aplicação de doutrinas alienígenas — como a do *substance over form* ou do "propósito negocial" — sem respaldo normativo específico.

Doutrinas estrangeiras, oriundas de sistemas de *common law*, como a norte-americana, não são compatíveis com a rigidez do modelo normativo brasileiro. A ausência de finalidade extratributária, frequentemente invocada como fundamento para a requalificação de operações, não tem respaldo como critério jurídico autônomo em nosso sistema. Conforme pontua Paulo Ayres Barreto (2016), não há vedação normativa à adoção, por meios lícitos, de estruturas voltadas exclusivamente à economia tributária.

É imperativo, portanto, que o combate à evasão fiscal e a eventuais "anacronismos legislativos" ocorram por meio de modificações legislativas expressas, e não por meio da interpretação. A forma jurídica lícita, uma vez observados seus requisitos de validade, deve ser respeitada, porquanto é por meio dela que o fato

jurídico é constituído no sistema. A recusa em aceitar a prevalência da "substância econômica" sobre a "forma jurídica" é, sob a ótica da autopoiese, uma consequência lógica da clausura operativa do direito.

Ademais, a concepção da "*substance over form*" padece de um vício de origem fundamental ao contrapor forma e conteúdo como se fossem entidades opostas, e não complementares. O valor do ato não está em sua forma ou conteúdo isoladamente, mas na relação de aposição indissociável entre eles.

Por isso, a identificação dos fatos que dão origem à obrigação tributária deve pautar-se na linguagem das provas, que certifica a ocorrência do fato e seu perfeito enquadramento nos traços tipificadores veiculados pela norma geral e abstrata. Assim, a verdade alcançada é a verdade lógica, construída conforme as regras do sistema, submetida às provas e resistente à refutação, como já mencionado.

A autoridade fiscal somente poderá desconsiderar atos praticados pelo contribuinte se comprovar, com base na linguagem das provas, que houve simulação, dissimulação, dolo ou fraude, nos termos do Código Tributário Nacional. A ausência de propósito negocial pode, no máximo, ser indício, mas nunca fundamento autônomo para o lançamento tributário. A linguagem competente das provas é o instrumento que permite transformar um evento em fato jurídico, conferindo-lhe juridicidade e efeitos no âmbito tributário.

Desse modo, a prevalência da forma jurídica válida e dos meios de prova idôneos deve ser o critério para distinguir a elisão da evasão, assegurando previsibilidade, estabilidade e respeito à autonomia privada no exercício do planejamento tributário.

ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Importante ressaltar os entendimentos jurisprudenciais a respeito, em que os julgadores se posicionam pela necessidade do Fisco comprovar efetivamente a intenção de fraudar o erário pelo contribuinte em operações que geram redução da carga tributária.

> Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. Ano-calendário: 2016.
> NULIDADE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.
> INOCORRÊNCIA. (...) É lícita a operação de cisão parcial seguida de alienação de participação societária quando realizada com propósito negocial legítimo e substância econômica, ainda que resulte em redução da carga tributária. **A mera economia fiscal não configura, por si só, planejamento tributário abusivo. Cabe ao Fisco demonstrar a artificialidade da operação e a intenção de fraudar o erário para desconsiderar a estrutura societária escolhida pelo contribuinte.** (...) (Brasil, CARF, Recurso Voluntário n. 17095.720106/2020-76).
> Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário. Exercícios: 2010,

2011, 2012, 2013.
SIMULAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DE SEGREGAÇÃO DE PESSOAS
JURÍDICAS SIMULADAS. DOLO DE EVASÃO FISCAL. **Demonstrada a simulação da segregação de fontes de rendimentos em diversas pessoas jurídicas, é legítima a desconsideração da reestruturação societária simulada para a tributação concentrada da única entidade realmente existente**. MULTA QUALIFICADA. DEMONSTRAÇÃO DE DOLO PARA A EVASÃO DE TRIBUTOS. **Demonstrada a simulação da segregação de fontes de rendimentos,** com o dolo de evadir tributos, é legítima a qualificação da multa de ofício. (...) **A comprovação da existência de grupo econômico irregular, constituído para evasão de tributo, atrai a aplicação da responsabilidade solidária** dos participantes do grupo por interesse comum nas operações das quais decorrem os fatos geradores dos tributos devidos, nos termos do artigo 124, inciso I, do CTN. (...) (Brasil, CARF, Recurso Voluntário nº 10660.722414/2015-68).

(...) 6 - Por certo, **é necessária a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para a interferência do Estado na autonomia e na liberdade do contribuinte para efetuar seu planejamento tributário, sob risco de prejudicar a estabilidade das relações jurídicas e a previsibilidade no ambiente da tributação. Afinal, o contribuinte não pode ser compelido a realizar negócios desvantajosos quando é licitamente possível agir de outro modo e obter a redução legal da carga tributária. Nesse cenário, não pode a fiscalização criar obstáculos aos negócios empresariais com fundamentos subjetivos**. (...) Para isso, foram **realizadas diversas operações que, analisadas isoladamente, não violavam nenhuma norma legal.**

Porém, o resultado da reorganização proporcionou ao sujeito passivo os melhores efeitos tributários que não seriam possíveis legalmente" (...) 9 - A decisão ID 13249373 proferida nos autos da ação anulatória nº 5026426-45.2018 .4.03.6100 concedeu a tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário ao concluir que **a Administração Pública desconsiderou os efeitos o planejamento tributário com base em interpretações subjetivas e que a legislação fiscal aplicável à época do fato gerador** não vedava o reconhecimento, o registro, a amortização e a dedução do ágio oriundo de operações realizadas entre partes relacionadas, o que veio a ocorrer somente partir de 1º de janeiro de 2015, com a vigência da Lei nº 12.973/2014 . (...) 11 - Assim, nesse cenário, **não é possível avaliar, no momento, se a conclusão do Fisco - de que houve planejamento tributário abusivo - foi pautada por critérios objetivos, uma vez que as provas indicam que todos os atos praticados foram registrados e declarados pela agravada, o que pode revelar, inclusive, mera divergência**

interpretativa quanto às normativas válidas à época. (....) 14 - Agravo de instrumento desprovido (Brasil, TRF-3, Agravo de Instrumento n. 5001394-68.2019.4.03.0000/SP).

AÇÃO ANULATÓRIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. DESCONSIDERAÇÃO DE OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS. AUSÊNCIA DE SIMULAÇÃO. PROTEÇÃO À LIVRE INICIATIVA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. 1. No Direito brasileiro, ao lado de disposições legais específicas que neutralizam, por si só, os efeitos tributários benéficos que adviriam de determinadas operações societárias casuisticamente escolhidas pelo legislador, há regra geral - no sentido ser aplicável à generalidade dos tributos - prevista nos artigos 116, parágrafo único, e 149, VII, do CTN, que **autoriza o Fisco a desconsiderar atos, negócios e operações realizados pelo sujeito passivo mediante o emprego de dolo, fraude ou simulação. 2. Assim, a desconsideração de "planejamentos tributários" pela administração pública somente se legitima quando as operações empregadas forem ilícitas (dolosas, fraudulentas ou simuladas), cabendo ao legislador a edição de normas específicas que impeçam ou neutralizem eventual economia tributária quando o planejamento envolver atos lícitos. (...) 4. Havendo perfeita correspondência da substância das operações com as formas que foram adotadas para a sua realização, não é possível afirmar que os atos praticados tenham sido simulados, sendo indevida a ingerência da administração tributária na liberdade de iniciativa de que dispõe o contribuinte, garantida no artigo 170 da Constituição Federal, de reestruturar a exploração do seu capital da forma mais eficiente, inclusive sob a perspectiva fiscal**. 5. Diante de operações lícitas que venham sendo utilizadas pelos contribuintes como substitutas não tributadas, ou ainda menos onerosas, ou bem o legislador edita norma casuística proibindo o emprego desse expediente específico (ou ainda impedindo a economia pretendida), ou bem o Estado se conforma com o montante pago, **não sendo aceitável que o Fisco, a pretexto de reparar o que parece uma injustiça fiscal aos seus olhos, desconsidere tal "planejamento", porque é do Poder Legislativo, e não da administração pública (por mais elevados que sejam os seus propósitos), a competência para regular e interferir no exercício das liberdades econômicas e no patrimônio dos indivíduos**. 6. Assim, **a reorganização patrimonial realizada pelo contribuinte, quando levada a efeito por meio de negócios jurídicos e operações verdadeiros, ainda que tenha por resultado a economia de tributos, não autoriza o Fisco a desconsidera-los, pois não existe - e nem poderia existir, porque ofenderia o artigo 170 da Constituição Federal - uma norma geral que obrigue o administrado a, frente a possibilidade de submeter-se a dois regimes fiscais, optar**

> **pelo mais gravoso**. (...) (Brasil, TRF-4, Apelação/Remessa Necessária n. 5009900-93.2017.4.04.7107/RS).
> Trecho do julgamento do Recurso Voluntário n. 16561.720070/2017-19, julgado no CARF, descreve exatamente o que vem sendo exposto:
> Na medida em que as operações foram calcadas em atos lícitos e diante da inexistência de legislação apta a limitar a capacidade do contribuinte de se auto-organizar e de gerir suas atividades com o menor ônus fiscal, não há que se falar em fraude à lei, tampouco em considerar a ocorrência de fraude fiscal hábil a ensejar a qualificação da multa de ofício (Brasil, CARF, Recurso Voluntário n. 16561.720070/2017-19).

Como consequência, quando verificada a existência de razões extratributárias relevantes, não se configura atipicidade da forma jurídica adotada em relação ao fim, ainda mais porque as normas gerais de controle de planejamentos tributários relacionadas ao abuso de direito, abuso de forma, negócio indireto e inexistência de propósito negocial não têm amparo no direito tributário brasileiro.

> Outros casos julgados[1] com o mesmo entendimento de que é necessário se comprovar a atitude ilícita do contribuinte, afastando-se o planejamento tributário apenas quando não houver correspondência entre o formato do negócio para recolher menos tributo e a forma jurídica em vigência.

Verifica-se que em todos os julgados foram adotados os entendimentos de que ao Fisco não cabe agir sem comprovar efetivamente a atuação dolosa por parte do contribuinte e assim desconsiderar a opção negocial implementada para diminuir o impacto tributário sobre determinada operação.

É preciso mais, é preciso que a Administração Pública aja com zelo pelos direitos dos contribuintes, que possuem liberdade e autonomia de atuar conforme os limites normativos de nosso ordenamento jurídico, e prove de forma contundente o ilícito cometido.

A mera argumentação de redução da carga tributária e erros formais não são cabíveis para desconfigurarem o planejamento tributário adotado, afastando-se a imposição de multas e penalidades, garantindo-se a livre opção pelo melhor caminho a ser trilhado naquele modelo de negócio.

A defesa não é em prol dos contribuintes, mas das normas jurídicas tributárias que regem nosso ordenamento, dos princípios da legalidade, da tipicidade fechada, da proporcionalidade e da razoabilidade, das provas que demonstram a atuação correta ou não da Administração Pública e das pessoas físicas e jurídicas submetidas à arrecadação fiscal, em que todos os direitos e deveres, tanto dos cidadãos quanto do Fisco, sejam respeitados.

1 TRF-4 - Apelação Cível 50040039520144047202 SC, TRF-1 – Apelação Cível 1011390-57.2020.4.01.3500.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, fundamentado no construtivismo lógico-semântico e na teoria da prova, demonstrou-se que a análise do planejamento tributário deve partir da verificação da forma jurídica adotada, e não exclusivamente do resultado econômico. O direito tributário brasileiro, como sistema autopoiético, reconhece como juridicamente relevantes apenas os fatos que ingressam em seu universo normativo por meio da linguagem competente e da prova idônea.

A tentativa de tributar com base em equivalências econômicas, desconsiderando a forma válida do negócio jurídico, constitui uma distorção do sistema, contrariando os princípios da legalidade, da tipicidade e da segurança jurídica. No universo jurídico, a verdade não corresponde a uma realidade empírica absoluta, mas a uma construção racional, formada pelas regras do sistema e submetida à prova e à refutação.

A escolha de uma estrutura menos onerosa para o contribuinte é expressão legítima da autonomia privada, e a desconsideração de atos ou negócios jurídicos somente se justifica nos casos legalmente previstos de simulação, dissimulação, fraude ou dolo, devidamente comprovados pela linguagem das provas.

Assim, a análise da forma jurídica adotada e sua correspondente comprovação devem prevalecer sobre interpretações econômicas subjetivas. Essa adesão rigorosa aos critérios formais assegura previsibilidade, estabilidade e confiança nas relações tributárias, pilares fundamentais da segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito.

Compete à Administração Tributária descrever, em linguagem competente, o fato jurídico que pretende tributar e demonstrar, por provas, sua ocorrência. Ao contribuinte, por outro lado, incumbe demonstrar a inexistência de dissimulação. A desconsideração de atos somente se justifica se comprovados fraude, dolo, simulação ou dissimulação.

De acordo com as jurisprudências mencionadas, o entendimento dos julgadores do CARF e dos Tribunais é pela necessidade do Fisco demonstrar a artificialidade da operação realizada e a intenção de fraudar o erário para desconsiderar a estrutura societária implementada pelo contribuinte, a qual resultou em redução da carga tributária.

E, ainda, destacou-se a posição de que quando as provas demonstram o devido cumprimento da legislação, como registros e declarações pelo contribuinte, a alegação do Fisco de que houve planejamento tributário abusivo pode ser mera divergência interpretativa quanto às normativas válidas à época; é preciso que o seja devidamente comprovado na autuação.

Isso porque o contribuinte não é compelido a realizar negócios jurídicos desvantajosos quando é licitamente possível agir de outro modo, e reduzir o montante a ser pago, não sendo possível à Administração Pública criar obstáculos com fundamentos subjetivos, de que se tratam de operações meramente formais, sendo necessária a observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

para a interferência do Estado na autonomia e na liberdade do contribuinte, evitando-se prejuízos na estabilidade das relações jurídica e na previsibilidade do ambiente de tributação.

Dá-se a devida importância à forma jurídica adotada e à sua comprovação por meio de provas idôneas. Não se exige a certeza empírica absoluta de que o relato corresponda integralmente ao evento do mundo real, mas sim a certeza de que esse relato foi construído conforme as regras do sistema, dentro de seus limites normativos, conferindo limites ao poder de tributar e garantindo proteção ao contribuinte.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: Código de Processo Civil. Acesso em: 6 de maio de 2026.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 6 de maio de 2026.

BRASIL. **Lei n. 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. Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 6 de maio de 2026.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. Recurso Voluntário 17095.720106/2020-76. Relator Itamar Artur Magalhães Alves Ruga**. Julgado em 11 de setembro de 2024. Publicado em 15 de outubro de 2024. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/solr/acordaos2_shard3_replica_n12/browse?q=17095. 720106%2F2020-76. Acesso em: 21 jun. 2025.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. Recurso Voluntário 10660.722414/2015-68. Relatora Laura Baptista Borges.** Julgado em 18 de dezembro de 2024. Publicado em 10 de março de 2025. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/solr/acordaos2_shard3_replica_n12/browse?q=10660. 722414%2F2015-68. Acesso em: 21 jun. 2025.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. Recurso Voluntário 16561.720070/2017-19. Relatora Gisele Barra Bossa**. Julgado em 16 de outubro de 2019. Publicado em 16 de outubro de 2019. Disponível em: https://acordaos.economia.gov.br/solr/acordaos2_shard3_replica_n12/browse?q=16561. 720070%2F2017-19. Acesso em: 21 jun. 2025.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. Agravo de Instrumento 50013946820194030000**. Relator Desembargador Federal Antônio Carlos Cedenho. 3ª Turma. Julgado em 04 de junho de 2020. Publicado em: 10 de junho de 2020. Disponível em:https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=d27316574eeb3bb5d6ddf3529399a6dbcf31da5348754098. Acesso em: 21 jun. 2025.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. Apelação/Remessa Necessária 5009900-93.2017.4.04.7107.** Relator Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti. 2ª Turma. Julgado em 10 de dezembro de 2019. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50099009320174047107%20&chkMostrarBaixados= &todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema =&txtChave=. Acesso em 21 de jun. de 2025.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região - TRF-4. Apelação Cível 50040039520144047202,** Relatora Luciane Corrêa Munch. 1ª Turma. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pe squisa&selForma=NU&txtValor=50040039520144047202&chkMostrarBaixados=&tod asfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&txt Chave=. Acesso em 21 de jun. de 2025.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região - TRF-1. Apelação Cível 1011390-57.2020.4.01.3500, Relatora Kátia Balbino.** Disponível em: https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=70b6846b083c00e768454ac9afacf371ae18f5479178b8f1. Acesso em 21 de jun. de 2025.

BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento tributário: limites normativos**. São Paulo: Noeses, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência.** 11ª ed. São Paulo: Noeses, 2021.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método.** 8ª ed. São Paulo: Noeses, 2021.

FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. Edição Especial. Organização de Gustavo Bernardo Krause - São Paulo: Annablume, 2010.

TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no Direito Tributário.** 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2016.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2002.

Capítulo 19

O Uso de Biometria na Formalização de Contratos Eletrônicos à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais

The Use of Biometry in the Formalization of Electronic Contracts in Light of the General Law on the Protection of Personal Data

Cezar Augusto de Sousa Santos

Pós-graduado Lato Sensu em Direito Contratual pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2024). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU (2019).

Ronny Max Machado

Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil. Coordenou o Grupo de Pesquisa em Privacidade de Dados junto ao Programa Empreendireito da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Estado de São Paulo. Brasil.2018-2019. Pesquisador junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil. Diretor de Pesquisa e pesquisador junto à Liga Acadêmica Brasileira de Antropologia e Direito Indígena - LABADI (2022-2023). Professor universitário dos cursos de pós-graduação EAD da Faculdade Damásio(2016-2023).

Osmar Fernando Gonçalves Barreto

Pós-doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal (2025 - até o momento). Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo - FADISP (2024). Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2017). Bolsista/Pesquisador CAPES (2017). Pós-graduado lato sensu em Direito e Processo do Trabalho pelo Damásio Educacional (2020). Pós-graduado lato sensu em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura - EPM (2008). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2006). Professor de Direito Individual/Coletivo/Processual/Aplicado do Trabalho e de Estágio de Prática Supervisionada Trabalhista na graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2019 - até o momento).

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo específico apontar os aspectos jurídicos que envolvem a utilização de biometria na celebração de Contratos Eletrônicos à luz da Lei nº 13.709, 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), tendo em vista que em seu art. 5º, II, os dados biométricos são considerados dados pessoais sensíveis, de modo que, nas contratações que se derem por meio da formalização via assinatura eletrônica biométrica o agente de tratamento desses dados deverá atender aos requisitos determinados pela LGPD para o tratamento dos dados pessoais sensíveis. Com isso, será suscitado também se a modalidade de assinatura eletrônica biométrica é a mais adequada aos contratantes, tendo em vista que existem diversas modalidades, tais como: click to accept ou opt-in, token, Certificado ICP-Brasil, dentre outras. Através da metodologia da revisão bibliográfica especializada, o presente trabalho tem por objetivo principal esclarecer o que seria biometria, bem como os critérios adequados de utilização deste meio de assinatura eletrônica nos negócios jurídicos eletrônicos, elencando suas características, parâmetros legais, doutrinários e da jurisprudência nacional.

Palavras-chave: contratos eletrônicos; assinaturas eletrônicas; biometria; LGPD; dados pessoais sensíveis.

Abstract: This research aims to highlight the legal aspects involved in the use of biometrics in the execution of Electronic Contracts in light of Law No. 13.709, of August 14, 2018 (General Law on the Protection of Personal Data – LGPD), considering that in its article 5, II, biometric data are considered sensitive personal data, so that contracts formalized through biometric electronic signatures must comply with the requirements established by the LGPD for the

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.19

processing of sensitive personal data. Therefore, it will also be considered whether the biometric electronic signature modality is the most suitable for contracting parties, given that there are several modalities, such as click to accept or opt-in, token, ICP-Brasil Certificate, among others. Through the methodology of specialized bibliographic review, this work aims to clarify what biometrics is, as well as the appropriate criteria for using this means of electronic signature in electronic legal transactions, listing its characteristics, legal parameters, doctrine, and national jurisprudence.

Keywords: electronic contracts; electronic signatures; biometrics; LGPD (Brazilian General Data Protection Law); sensitive personal data.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), as pessoas jurídicas e físicas que de alguma forma realizam o tratamento de dados pessoais para o oferecimento de bens e serviços passaram a ter que seguir as determinações da referida lei em suas operações. E com os processos de digitalização de documentos jurídicos e consequentemente com o avanço dos mecanismos de assinatura eletrônica, tem sido cada vez mais comum a utilização da biometria em assinaturas de contratos eletrônicos, o que, segundo a LGPD, são considerados dados pessoais sensíveis (art. 5º, II), sendo que a biometria é considerada uma forma muito segura de aferir que a pessoa que assinou ou contratou determinado bem ou serviço é ela de fato.

Com isso, a metodologia utilizada será hipotético-dedutiva, de modo que se busque explicitar os aspectos jurídicos envolvendo contratações eletrônicas com a formalização por meio da biometria. Desta forma, inicialmente serão tratadas a parte conceitual e a de formalização dos contratos eletrônicos. Posteriormente serão levantados os tipos de biometria capazes de serem utilizados como assinatura eletrônica. E, por fim, analisaremos os aspectos jurídicos e a segurança jurídica atinentes à assinatura eletrônica biométrica.

DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Conceito de Contratos Eletrônicos

Em primeiro lugar, vamos trazer a conceituação dos contratos tradicionais, aqueles que não são celebrados por meios informatizados, sendo utilizada a conceituação dada por Flávio Tartuce (2023, p. 1):

> O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.

Enquanto, na conceituação dos contratos eletrônicos, temos o seguinte:

> O contrato eletrônico deve ser conceituado como o negócio jurídico contratual realizado pela manifestação de vontade das posições jurídicas ativa e passiva, expressa por meio eletrônico no momento de sua formação. Portanto, a manifestação de vontade por meio eletrônico sobrepõe-se à sua instrumentalização, de maneira que não é uma nova categoria contratual, mas sim forma de contratação por manifestação da vontade expressa pelo meio eletrônico (Rebouças 2018, p. 33).

Desta forma, analisando ambos os conceitos, podemos depreender que o contrato existe a partir do momento em que duas ou mais pessoas manifestam sua vontade com o objetivo de criar, alterar ou extinguir algum direito comum entre elas, tendo por diferença apenas a forma como será manifestada a vontade, que, no caso do contrato eletrônico, será por meio de algum ambiente informatizado. Não nos ateremos aos princípios dos contratos nem aos requisitos objetivos, subjetivos e formais de existência, validade e eficácia, porque os mesmos são aplicáveis aos contratos eletrônicos; portanto, não há necessidade de serem tratados nesta pesquisa.[1]

Da Classificação dos Contratos Eletrônicos

Conforme veremos, os contratos eletrônicos se classificam em contratações interpessoais, interativas e intersistêmicas. As contratações eletrônicas interpessoais, segundo Souza (2009, p. 105):

> As partes obrigatoriamente dependerão da utilização dos computadores conectados à Internet para a formação do vínculo contratual, pois as manifestações de vontade ocorrem no mundo virtual e a partir da comunicação estabelecida entre o proponente e o oblato; as partes reúnem-se e interagem em meio virtual.

Com isso, percebemos que as contratações interpessoais necessitam que ambas as partes estejam em tratativas por meio do mundo virtual para que seja concretizado, situação esta que é bem explicada por Rebouças (2018, p. 41):

> As contratações interpessoais são usualmente realizadas por troca de correspondência eletrônica (contrato “entre ausentes”), por meio de chats ou sistemas de mensageria instantânea (contrato “entre presentes”) e atualmente podemos também pensar nas situações envolvendo redes sociais e microblogs (v.g. Twitter) que, dependendo da forma como são utilizados, poderão ser configuradas como contrato “entre presentes” ou “entre ausentes”.

No caso das contratações interativas, que são realizadas de forma massificada quando comparada com os outros meios, segundo Jovanelle (2012, p. 88):

1 A teoria tradicional dos negócios jurídicos; as regras relativas à oferta e à aceitação; o princípio da liberdade das formas (sobretudo!); os princípios contemporâneos da boa-fé, função social e equilíbrio; e, por evidente, a obrigatoriedade aplicam-se aos contratos eletrônicos tal e qual sucede com seus equivalentes mais ortodoxos (Gramstrup, 2018, p.5).

> Normalmente, os contratos interativos são caracterizados pela apresentação de cláusulas unilateralmente preestabelecidas pelo proprietário do website, sem possibilidade de discussão e alteração de tais cláusulas pela contraparte, que deverá aceitá-las em bloco se quiser celebrar o negócio, ou rejeitá-las, também em bloco, abrindo mão da contratação.

Já nas contratações intersistêmicas, ou seja, sem envolvimento humano, mas somente entre computadores previamente programados, temos a seguinte explicação:

> Contratações intersistêmicas – tal forma de contratação ocorre nas hipóteses em que são realizadas operações de compra e venda, por exemplo, de forma automatizada entre um distribuidor e o produtor. Ou seja, são hipóteses em que houve uma prévia programação pelos representantes legais de cada uma das sociedades empresárias ou do próprio consumidor, no sentido de que ao realizar a venda de um produto para a outra parte, ou para o consumidor, o sistema irá automaticamente realizar a baixa de tal produto no estoque e, havendo necessidade, emitirá uma ordem automática de compra junto ao produtor para a reposição dos níveis do estoque (Rebouças, 2018, p. 52).

Até então, a maior parte da doutrina apenas retrata as três classificações que já mencionamos, porém, segundo Rebouças (2018, p. 56), existe, também, a classificação de *Smart Contracts:*

> Os *Smart Contracts* são caracterizados por uma prévia programação de dados, atualmente utilizando linguagens de programação que possam garantir a inviolabilidade por um sistema de criptografia e verificação pública, tal como se dá com o Blockchain, o qual representa uma "tecnologia descentralizada de registro de dados".

Com isso, as partes estipulariam as cláusulas contratuais no próprio sistema, que, ao atingir os elementos esperados, autoexecutaria as obrigações acordadas, podendo ser considerado uma contratação híbrida (interpessoal e intersistêmica).[2]

DA FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Antes de passarmos para as quatro fases ligadas à formalização dos contratos, na doutrina muito se fala sobre os contratos serem celebrados entre presentes e entre ausentes.

> Se o contrato está na categoria dos firmados entre presentes (onde há simultaneidade nas declarações das partes, como nos contratos realizados em chats – ambientes de conversação –

2 Portanto, acreditamos que o Smart Contract é uma forma de contratação eletrônica mista, sendo o seu primeiro momento formalizado sob a característica de contrato interpessoal e no momento subsequente concluído (execução do contrato) sob a característica de contrato intersistêmico, execução automática e integralmente eletrônica (Ibid., p. 57).

> ou por videoconferência, situações análogas às dos contratos firmados por telefone), tem-se por celebrado no momento em que a aceitação é emitida pelo oblato, ou seja, no momento em que o aceitante concorda com a realização do negócio (Rizzardo, 2023, p. 102).

No caso dos contratos celebrados entre ausentes, existirá um lapso temporal entre a proposta e a aceitação, por exemplo, quando os trâmites realizados pelas partes são por meio de correio eletrônico (e-mail), a parte que deveria manifestar o aceite pode demorar alguns dias, o que tornaria o contrato celebrado entre ausentes.

> Já nos contratos firmados entre ausentes (quando não há simultaneidade nas informações – caso dos contratos enviados por e-mail ou, ainda, nas compras realizadas em websites – páginas eletrônicas – onde existem contratos com cláusulas preestabelecidas e considerados contratos de adesão), o momento da formação é aquele em que o oblato expede a aceitação (Ibid., p. 102).

Fase Pré-contratual

A fase pré-contratual ou preliminar é o momento no qual as partes apresentam suas intenções, negociam e buscam encontrar um denominador comum entre elas que possa determinar a celebração futura de um contrato. Nesta fase, em regra, não há vinculação obrigacional entre as partes, justamente por estarem na fase de conhecimento do negócio jurídico que querem celebrar, porém, conforme muito bem explica Caio Mário da S. Pereira (2015, p. 34), há exceção neste aspecto:

> Pode surgir responsabilidade civil para os que participam das negociações preliminares, não no campo da culpa contratual, porém no da aquiliana [...], somente no caso de um deles induzir o outro à crença de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro etc., e depois recuar, causando-lhe dano.

Ou seja, mesmo sem força vinculante, a fase pré-contratual gera responsabilização civil quando ocorrer prejuízo ou dano para a outra parte, ou quando houver a quebra do princípio da boa-fé, como assevera Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 73):

> Embora as negociações preliminares não gerem, por si mesmas, obrigações para qualquer dos participantes, elas fazem surgir, entretanto, deveres jurídicos para os contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo. A violação desses deveres durante o transcurso das negociações é que gera a responsabilidade do contraente, tenha sido ou não celebrado o contrato.

Da Oferta (Proposta)

Após a fase preliminar de negociações, o policitante formula uma proposta para que a outra parte (policitado) possa manifestar sua vontade de celebrar o negócio jurídico. Lembrando que a formulação da proposta gera obrigação de cumprimento por parte de quem a formulou, salvo quando houver situações atinentes ao negócio ou à situação em questão, ou quando a proposta estipular um prazo de validade da mesma[3].

> Para valer, é preciso ser formulada em termos que a aceitação do destinatário baste à conclusão do contrato. Não deve ficar na dependência de nova manifestação da vontade, pois a oferta, condicionada a ulterior declaração do proponente, proposta não é no sentido técnico da palavra. Exige-se que seja inequívoca, precisa e completa, isto é, determinada de tal sorte que, em virtude da aceitação, se possa obter o acordo sobre a totalidade do contrato. Deve conter, portanto, todas as cláusulas essenciais, de modo que o consentimento do oblato implique a formação do contrato (Gomes, 2022, p. 93).

Essas mesmas regras valem tanto para os contratos tradicionais quanto para os eletrônicos, e quando olhamos, também, pelo prisma do Código de Defesa do Consumidor ("CDC"), notamos que o policitante deve cumprir o que está ofertando ao público, sob pena de responsabilização com base nos arts. 35, I e 84, do CDC). O policitante apenas estaria isento se a oferta fosse limitada ao estoque, como muito bem explica Gonçalves:

> A proposta aberta ao público, por meio de exibição de mercadorias em vitrinas, catálogos, anúncios nos diversos meios de divulgação etc., vincula o ofertante. O fornecedor deve assegurar não apenas o preço e as características dos produtos e serviços, mas também as quantidades disponíveis em estoque. Deve, assim, atender à clientela nos limites do estoque informado, sob pena de responsabilidade (Gonçalves, op. cit., p. 80).

A proposta também deixará de obrigar o policitante nas seguintes situações previstas no Código Civil de 2002:

> Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:
> I - Se feita sem prazo, a pessoa presente não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;
> II - se, feita sem prazo à pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;
> III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

3 Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

> IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente (Brasil, 2002).

Da Aceitação

Para que a proposta venha a ser de fato efetivada, deverá ocorrer a convergência de manifestação da vontade entre as partes (de quem emite e de quem aceita). Ocorrendo a aceitação entre presentes, ou seja, quando o policitado manifesta seu aceite de imediato, dá-se por concluído o processo de contratação. Entretanto, quando for entre ausentes, segundo Tartuce, por mais que o Código Civil de 2002 tenha acolhido expressamente, por meio do art. 434, a teoria da expedição, que é quando o policitado ao expedir seu aceite, ainda que não tenha ainda chegado ao policitante, a proposta dar-se-á por aceita, mas o referido diploma legal também acolheu a teoria da recepção, vejamos:

> Entretanto, tal regra comporta exceções, sendo certo que o Código Civil também adota a teoria da agnição, na subteoria da recepção, pela qual o contrato é formado quando a proposta é aceita e recebida pelo proponente (art. 434, incs. I, II e III c/c art. 433 do CC). Essa teoria deve ser aplicada nos seguintes casos:
> a) se antes da aceitação ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante;
> b) se o proponente se houver comprometido a esperar resposta, hipótese em que as partes convencionaram a aplicação da subteoria da recepção; ou
> c) se a resposta não chegar no prazo convencionado (outra hipótese em que houve convenção entre as partes de aplicação da subteoria da recepção). (Tartuce, 2023, p. 172).

Na visão de Gonçalves, o Código Civil de 2002 justamente por permitir as retratações diante da teoria da expedição, na verdade acabou adotando a teoria da recepção:

> Observa-se que o novo diploma estabeleceu três exceções à regra de que o aperfeiçoamento do contrato se dá com a expedição da resposta. Na realidade, recusando efeito à expedição se tiver havido retratação oportuna, ou se a resposta não chegar ao conhecimento do proponente no prazo, desfigurou ele a teoria da expedição. Ora, se sempre é permitida a retratação antes de a resposta chegar às mãos do proponente, e se, ainda, não se reputa concluído o contrato na hipótese de a resposta não chegar no prazo convencionado, na realidade o referido diploma filiou-se à teoria da recepção, e não à da expedição (Gonçalves, 2013, p. 83 - 84).

De toda forma, podemos notar que o Código Civil de 2002 permite que a aceitação possa ser retratada, de modo que se houver a retratação, deverá ser analisado o caso concreto para determinar se o negócio jurídico foi consumado ou não.

Do Lugar

O Contrato, sendo tradicional ou eletrônico, será considerado celebrado no lugar em que ele foi proposto (art. 435 do Código Civil/2002), e essa regra será aplicável até mesmo nos contratos eletrônicos e quando as partes forem de países diferentes, será considerado o local de residência do proponente (art. 9º, parágrafo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro). É importante que as partes, para evitarem maiores problemas quanto à lei aplicável ou ao foro de eleição, venham estipular essas questões na própria proposta ou no contrato que irão celebrar. Isso facilitará até mesmo a análise do negócio jurídico, de acordo, por exemplo, com a legislação que as partes escolheram seguir. "Denota-se que o legislador preferiu a uniformização de critérios, levando em conta o local em que o impulso inicial teve origem. Ressalve-se que, dentro da autonomia da vontade, podem as partes eleger o foro competente (foro de eleição) e a lei aplicável à espécie" (Ibid., p. 84).

BIOMETRIA

Conceito de Biometria

"O termo biometria deriva do grego bios (vida) + metron (medida) e, na autenticação, refere-se à utilização de características próprias de um indivíduo para proceder à sua autenticação e/ou identificação perante um SI de uma organização". (Magalhães; Santos, 2003, p.5) A biometria é bastante utilizada em investigações criminais, visto que é um dos principais meios de identificar uma pessoa de forma mais assertiva. De modo geral, a biometria é definida da seguinte forma:

> A biometric is defined as a unique, measurable, biological characteristic or trait for automatically recognizing or verifying the identity of a human being. Statistically analyzing these biological characteristics has become known as the science of biometrics. These days, biometric technologies are typically used to analyze human characteristics for security purposes. Five of the most common physical biometric patterns analyzed for security purposes are the fingerprint, hand, eye, face, and voice[4] (Soutar *et al.*, 1999, p. 1).

Ou seja, como dito no conceito acima, a biometria demonstra traços biológicos que nos individualizam, de modo que sejamos identificados de forma automática, o que traz segurança tanto nas investigações criminais como, por exemplo, na contratação de algum serviço bancário. O banco sente segurança para lhe conceder

4 Uma biometria é definida como uma característica ou traço biológico exclusivo, mensurável, para reconhecer ou verificar automaticamente a identidade de um ser humano. A análise estatística dessas características biológicas ficou conhecida como a ciência da biometria. Atualmente, as tecnologias biométricas são tipicamente usadas para analisar características humanas para fins de segurança. Cinco dos padrões biométricos físicos mais comuns analisados para fins de segurança são a impressão digital, a mão, o olho, o rosto e a voz. (Tradução livre do autor)

um crédito porque, pela biometria, ficou demonstrado que você é quem diz ser. Veremos diante, por meio de definições breves, temos 5 modalidades de biometria que são muito utilizadas, principalmente nas contratações eletrônicas, sendo elas: reconhecimento facial, geometria da mão, reconhecimento pela íris, reconhecimento pela retina e impressão digital.

Reconhecimento Facial

O reconhecimento facial tem sido um dos métodos mais utilizados, juntamente com a impressão digital, nas contratações eletrônicas. Por exemplo, em serviços bancários você só consegue contratar a abertura de conta, empréstimo pessoal, seguros, cartão de crédito etc., assim como utilizar algumas plataformas de assinatura eletrônica, fornecendo sua biometria facial. Baccarin conceitua esse método da seguinte forma:

> O reconhecimento facial pode ser entendido como uma aplicação de inteligência artificial que se utiliza da técnica de coleta de biometria baseada em traços do rosto humano. Esse processo é realizado a partir da medição de pontos da face que fazem uma ligação algorítmica de traços e tamanhos, levando em consideração a distância exata entre o nariz e orelhas, espaçamento dos olhos, tamanho da testa, contorno dos lábios, entre outras medidas. A partir dessas medições do rosto, extrai-se o dado biométrico, que possibilita a verificação e a autenticação da identidade de uma pessoa ao basear-se nas características exclusivas e específicas desse indivíduo (Baccarin, 2023, p. 36)

Com a explicação acima dada por Baccarin, a inteligência artificial realiza os cálculos matemáticos necessários para determinar as medidas exatas da face humana e para que o reconhecimento facial venha a ser efetivo, "necessita de um banco de dados que contenha imagens para haver um reconhecimento automático" (Amorim *et al.,* 2018, p. 10)

Impressão Digital

A impressão digital é conceituada da seguinte forma por Pinheiro (2008, p. 64):

> A captura da imagem da impressão digital ocorre por meios ópticos, sendo que essa imagem é processada digitalmente pelo sistema, que identifica as características datiloscópicas, comparando com os registros de banco de dados, determinando ou não o acesso (Pinheiro, 2008 *apud* Weber, 2012, p. 55).

Além disso, cada dedo possui um desenho que decorre do formato das suas minúcias; com isso é considerada uma biometria muito segura, porque "esses desenhos possuem configuração aleatória, ou seja, são únicos para cada indivíduo, de acordo com as condições encontradas no processo de desenvolvimento embrionário e genético". (Souza, 2020, p. 85). Carlos Alberto Motta (2008, p. 7),

explica que a impressão digital não pode sofrer mutação para poder resguardar esse método:

> Os desenhos digitais nunca são idênticos em dois indivíduos. É este, aliás, o ponto essencial: porque a imutabilidade do desenho digital em cada pessoa perderia todo o seu interesse prático se dois indivíduos pudessem apresentar desenhos semelhantes. Os gêmeos, quando do mesmo ovo, apresentam desenhos papilares extremamente semelhantes, mas nunca absolutamente iguais. Existem sempre pontos característicos que permitem fazer-se a distinção. A variedade é tão grande que, em milhões de impressões já estudadas e fichadas em todo o mundo, nunca encontraram duas pessoas iguais, são tão variáveis, porém nunca iguais (Motta, 2008 *apud* Weber, op. cit., p. 56).

Esta modalidade tem sido usada em votação nas eleições, desbloqueio de celular e aplicativos, inclusive os bancários, para o registro de ponto eletrônico nas empresas, para o controle de acesso de pessoas em alguns estabelecimentos e para assinatura eletrônica, dentre outras funcionalidades.

Geometria da Mão

Esta biometria é utilizada no registro de ponto do emprego e, também, no controle de acesso de pessoas em ambientes públicos e privados, tendo a seguinte definição:

> A biometria baseada em características da mão fundamenta-se num conjunto de medidas que podem ser extraídas recorrendo a alguns pontos característicos da mão, as cinco pontas dos dedos e os quatro vales entre eles. Um dos grandes obstáculos destes sistemas reside na detecção destes pontos e, dada a dificuldade nessa detecção, muitas das vezes são impostas restrições na fase de aquisição de modo a facilitar a mesma. Estas restrições causam desconforto ao utilizador e limitam a aplicação deste tipo de sistemas. (Amorim *et al.*, 2018, p. 11)

Porém, como muito bem especificado na definição, este tipo biométrico não é muito seguro em razão da dificuldade em registrar de forma individualizada o formato da mão, visto que podem existir semelhantes.

Reconhecimento pela Íris

Atualmente vemos a utilização do reconhecimento pela íris no acesso ao celular e a alguns aplicativos, sendo considerado um dos meios mais seguros de reconhecimento de um indivíduo.

> The iris is an externally visible yet protected organ whose unique epigenetic pattern remains stable throughout adult life. These characteristics make it very attractive for use as a biometric for identifying individuals. Compared with other biometric

> technologies such as face, speech, and finger. Iris recognition can easily be considered as the most reliable form of biometric technology, because the ophthalmologists noted from clinical experience that every iris had a highly detailed and unique texture, which remained unchanged in clinical photographs spanning decades, even medical surgery can't change it.[5] (Ali, E. M.; Ahmed, E. S.; Ali, A. F., 2007, p. 636).

Ou seja, pelo fato de a íris não poder sofrer mutações e danos, ela se torna a mais segura, visto que, além de não permitir adulteração ou plásticas, ela conseguirá definir quem é a pessoa correspondente daquele reconhecimento realizado.

Reconhecimento pela Retina

De acordo com o conceito dado por Pinheiro (2008, p. 70-71), muito bem traduzido por Weber (2012, p . 53), o reconhecimento pela retina:

> É o método de identificação do indivíduo por meio das características dos vasos da retina. O indivíduo precisa olhar fixamente para um ponto de luz de infravermelho para que a imagem dos padrões da veia seja capturada e armazenada em um banco de dados para fins de comparação futura.

Assim como a íris, esse modelo de biometria também é considerado seguro para a identificação, "entretanto, a retina é uma parte do organismo humano que pode sofrer alterações em virtude de algumas anomalias como diabetes, pressão alta, catarata, miopia ou hipermetropia entre outras, afetando o escaneamento da retina" (Costa, 2009, p. 7)

ASSINATURA ELETRÔNICA BIOMÉTRICA À LUZ DA LGPD

Aspectos jurídicos da Assinatura Eletrônica

Com o advento da era da informatização, as assinaturas eletrônicas e digitais passaram a ter maior relevância no mundo jurídico, visto que traz maior eficiência econômica de tempo, papel e custos com correios, podendo a assinatura ocorrer por diversas formas: plataformas de assinatura, via click-to-accept (clique para aceitar) em sites de e-commerce, manifestação de aceite por e-mail e aplicativos de mensageria, dentre outras formas. De acordo com Augusto Tavares Rosa Marcacini, a assinatura eletrônica possui a mesma eficácia de uma assinatura de próprio punho:

5 A íris é um órgão externamente visível, mas protegido, cujo padrão epigenético único permanece estável durante toda a vida adulta. Essas características a tornam muito atraente para o seu uso como biometria para a identificação de indivíduos. Comparado com outras tecnologias biométricas como rosto, fala e dedo. O reconhecimento da íris pode facilmente ser considerado a forma mais confiável de tecnologia biométrica, porque os oftalmologistas observaram, a partir da experiência clínica, que cada íris possui uma textura altamente detalhada e exclusiva, que permanece inalterada em fotografias clínicas ao longo de décadas, e nem mesmo a cirurgia médica poderia mudá-la. (Tradução livre do autor)

> Pode ser considerado como assinatura, tanto na acepção vulgar como jurídica, qualquer meio que possua as mesmas características da assinatura manuscrita, isto é, que seja um sinal identificável, único e exclusivo de uma dada pessoa. Se, até recentemente, a escrita manual era o único meio conhecido de gerar um sinal distintivo único e exclusivo, é evidente que para o Direito não se deixava margem para questionar o que se entendia por 'assinatura'. Na medida em que a evolução da técnica permite uma 'assinatura eletrônica' que possua estas mesmas características, possível se mostra dar-lhe o mesmo significado e eficácia jurídica da assinatura manual (Marcacini, 2002 *apud* Martins, 2016, p. 69)

A assinatura eletrônica ocorre por meio da criptografia simétrica (convencional) ou assimétrica. Na criptografia simétrica, dá-se com o uso de uma chave secreta, por meio de uma senha ou código, no qual o destinatário, ao estar na posse da chave (senha ou código), poderá ler a mensagem ao desencriptá-la (Behrens, 2007, p. 36). Já na criptografia assimétrica, que é a mais atual e mais utilizada, bem como considerada a mais segura por não ser possível usar a mesma chave para desincriptar o documento, segundo Augusto Tavares Rosa Marcacini (1999, p .1):

> A criptografia assimétrica, ao contrário da convencional (que pede a mesma chave tanto para cifrar como para decifrar a mensagem), utiliza duas chaves, geradas pelo computador. Uma das chaves, dizemos ser a chave privada, a ser mantida em sigilo pelo usuário, em seu exclusivo poder, e a outra, a chave pública, que, como sugere o nome, pode e deve ser livremente distribuída. Estas duas chaves são dois números que se relacionam de tal modo que uma desfaz o que a outra faz. Enviando a mensagem com a chave pública, geramos uma mensagem cifrada que não pode ser decifrada com a própria chave pública que a gerou. Só com o uso da chave privada poderemos decifrar a mensagem que foi codificada com a chave pública. E o contrário também é verdadeiro: o que for encriptado com o uso da chave privada só poderá ser decriptado com a chave pública.

Diante desses avanços, o Governo Federal, em 2001, editou a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001[6], que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, bem como estabeleceu o Comitê Gestor da ICP-Brasil para gerir e credenciar a Autoridade Certificadora Raiz (AC-Raiz), as Autoridades Certificadoras (ACs) e as Autoridades de Registro (ARs). A utilização de certificados digitais ICP-Brasil é considerada a mais segura no mercado, visto que para conseguir essa certificação, a pessoa física ou jurídica passará por um processo rígido de autenticação e atestamento de sua identidade. Tanto é que, ao utilizar um certificado digital no processo de assinatura de algum contrato ou documento, o art.

6 Essa Medida Provisória continua em vigor em razão da mesma ter sido editada antes da publicação da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que instituiu o prazo limite de vigência de 60 dias, prorrogável única vez por igual período.

10, § 1º, da MP nº 2.200-2/2001[7], atribuiu a presunção de veracidade perante as partes e terceiros. A referida MP também permite que assinaturas sem certificado digital ICP-Brasil sejam aceitas como válida juridicamente, desde que aceita entre as partes (art. 10, §2º). Em 2020, o Governo Federal promulgou a Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020, que disciplina o uso de assinaturas eletrônicas entre entes públicos e pessoas jurídicas de direito privado e físicas. Nesta lei, o art. 4º, classifica os tipos de assinaturas eletrônicas a serem utilizados:

> Art. 4º Para efeitos desta Lei, as assinaturas eletrônicas são classificadas em:
> I - assinatura eletrônica simples:
> a) a que permite identificar o seu signatário;
> b) a que anexa ou associa dados a outros dados em formato eletrônico do signatário;
> II - assinatura eletrônica avançada: a que utiliza certificados não emitidos pela ICP-Brasil ou outro meio de comprovação da autoria e da integridade de documentos em forma eletrônica, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento, com as seguintes características:
> a) está associada ao signatário de maneira unívoca;
> b) utiliza dados para a criação de assinatura eletrônica cujo signatário pode, com elevado nível de confiança, operar sob o seu controle exclusivo;
> c) está relacionada aos dados a ela associados de tal modo que qualquer modificação posterior é detectável;
> III - assinatura eletrônica qualificada: a que utiliza certificado digital, nos termos do § 1º do art. 10 da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.
> § 1º Os 3 (três) tipos de assinatura referidos nos incisos I, II e III do caput deste artigo caracterizam o nível de confiança sobre a identidade e a manifestação de vontade de seu titular, e a assinatura eletrônica qualificada é a que possui nível mais elevado de confiabilidade a partir de suas normas, de seus padrões e de seus procedimentos específicos (Brasil, 2020).

Desta forma, podemos ver que existem outras modalidades de assinatura eletrônica que já são aceitas pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro, sem a necessidade do uso da biometria. Porém, conforme veremos posteriormente, a biometria tem sido utilizada justamente por conta da segurança maior ao aferir quem de fato assinou.

7 Art. 10, § 1o, da MP. nº 2.200-2. As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei no 3.071, de 1o de janeiro de 1916 - Código Civil.
O art. 131 do Código Civil/1916 passou a ser o art. 219 do Código Civil/2002.

Biometria à Luz da LGPD

Antes de passarmos para a análise do uso da biometria nos contratos eletrônicos (item 4.3), falaremos de forma breve sobre esse dado pessoal sensível, que está no rol exemplificativo do art. 5º, II, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais "LGPD" (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018).

> Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:
> II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; (Brasil, 2018)

Como muito bem explicado por Carlos Nelson Konder, os dados sensíveis são aqueles que são passíveis de gerar algum tipo de discriminação, exclusão ou segregação de um determinado indivíduo em razão dos seus dados que foram tratados, atingindo sua dignidade, identidade e privacidade (Konder, 2019, p. 455).

Portanto, por estarem ligados à personalidade da pessoa, os dados biométricos, são dados que, se tratados de forma ilícita, fora da finalidade inicial e de forma mal intencionada, poderão acarretar em prejuízos graves à intimidade e segurança do titular dos dados como discriminações, devendo o agente de tratamento agir de boa-fé e proteger os dados pessoais, que além de ser um direito tutelado pela LGPD é também uma garantia fundamental prevista no art. 5º, LXXIX, da Constituição Federal/1988. Além disso, os agentes de tratamento devem atender aos princípios da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas (art. 6º, I ao X, da LGPD).

Para o uso da biometria na assinatura de contratos eletrônicos, será necessário que o agente de tratamento de dados venha atuar de acordo com as bases legais determinadas pelo art. 11, da LGPD. Ou seja, a assinatura eletrônica com uso da biometria poderia ser utilizada de acordo com a base legal do consentimento (art. 11, I, da LGPD), mediante a autorização específica, destacada e finalidades específicas. E o que mais vem sendo utilizado para permitir o uso da biometria é a base legal da garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos (art. 11, II, alínea "g", da LGPD), conforme muito bem exemplificado por Chiara Spadaccini de Teffé (2022, p . 173-174):

> Instituições bancárias e empregadores podem tratar dados biométricos para a prevenção de fraudes, sem o consentimento dos titulares dos dados, a fim de confirmar que é o empregado autorizado que está entrando em área de acesso restrito da empresa ou que é determinado cliente que está realizando uma transação bancária relevante. Ainda é possível tratar dados sensíveis a partir dessa base legal em um contexto em que se necessite prevenir fraudes em processos de identificação ou de confirmação de identidade por meio de aplicativos utilizados

> em smartphones, como, por exemplo, para a criação de uma conta digital. Da mesma forma, pode-se utilizar essa base para a coleta de dados biométricos de colaboradores para acesso a sistemas financeiros da empresa. Outra situação seria o pedido de atendimento médico-hospitalar, com a utilização de seguro ou de plano de assistência à saúde, que o segurado/beneficiário colocasse seu polegar em um leitor biométrico para confirmar sua identidade, a fim de evitar que outra pessoa utilizasse a cobertura securitária em seu lugar.

Portanto, podemos aferir que o uso da biometria é possível, desde que o agente venha respeitar aos rígidos requisitos da LGPD (inclusive, resguardando os direitos dos titulares, art. 9º, da LGPD), de modo que, para assinatura de contratos eletrônicos a biometria terá como finalidade a prevenção à fraude e à segurança do titular, de modo que garanta que somente ele assinou o contrato (processo de identificação e autenticação), e não um fraudador.

Segurança Jurídica do uso da Biometria nos Contratos Eletrônicos

Antes do início da era da informatização, as assinaturas eram apenas de forma manuscrita, que segundo Pinheiro (2008, p. 78), também é considerada uma forma biométrica (porém, comportamental):

> O reconhecimento da assinatura manuscrita é um método de autenticação pessoal baseado em uma biometria comportamental que analisa a maneira como um indivíduo faz a sua assinatura. Ao assinar, características como a velocidade e a pressão exercida pela mão sobre a caneta e o papel são tão importantes quanto à forma gráfica da assinatura. Esse método biométrico está baseado no fato de que assinar é uma ação de reflexo, não influenciada pelo controle muscular deliberado, com determinadas características (ritmo, toques sucessivos na superfície do papel, velocidade, aceleração) (Pinheiro, 2008 *apud* Weber, 2012, p. 56).

A biometria tem sido usada para a celebração de contratos eletrônicos, visto que a biometria cuida justamente de uma insegurança natural de quem utiliza a assinatura eletrônica que é: será que quem assinou de fato é ela? Essa insegurança diminui consideravelmente quando as plataformas fazem uso da biometria, pelo fato de ela individualizar uma pessoa e não permitir que outra pessoa possua a mesma biometria.

> A biometria por impressão digital é usada para que os envolvidos possam manifestar a sua vontade de contratar por meio da aposição das digitais dos seus dedos em um leitor biométrico. Outros métodos biométricos também poderiam ser utilizados, como, por exemplo, a autenticação facial ou a combinação de duas ou mais formas para minimizar os riscos de fraudes.

> Para afastar qualquer discussão sobre a possibilidade de violação do direito de imagem, o proprietário da característica captada deverá autorizar tal procedimento por meio da aceitação de um termo. Esse termo deverá esclarecer a finalidade da captura, a sua utilização e o seu armazenamento. Após o indivíduo aceitar o termo, declarando que tem ciência e concordância com as informações ali presentes, a captura poderá ser realizada de fato (De Cesaro; Rabello, 2011, p. 54).

Os tribunais já estão proferindo decisões a respeito do uso da biometria na celebração de contratos eletrônicos, vide alguns breves exemplos abaixo.

> APELAÇÃO - INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO – EMPRÉSTIMO CONTRATADO POR BIOMETRIA FACIAL VIA APARELHO DE TELEFONIA MÓVEL - DANO MORAL – DANOS MATERIAIS – Pretensão de procedência da demanda – Descabimento – **Hipótese em que ficou comprovada a regular contratação do empréstimo – Utilização de assinatura digital por biometria facial que é lícita** – Desnecessidade de que a assinatura digital seja certificada pelo ICP-Brasil – Contratação do empréstimo que é regular – Inocorrência de dano moral ou de danos materiais – RECURSO DESPROVIDO. APELAÇÃO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – Pretensão de que seja afastada a condenação como litigante de má-fé – Descabimento – Hipótese em que se vislumbra o dolo, a má-fé, na conduta da parte, de modo a identificar um propósito meramente abusivo e caracterizar a litigância de má-fé – RECURSO DESPROVIDO. (TJSP, 2023) – Grifo meu
>
> AÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Sentença de improcedência – Insurgência da autora – Instituição financeira que comprovou a relação contratual e a existência do débito – **Contratação digital mediante confirmação dos dados pessoais da consumidora e envio de foto do documento pessoal e 'selfie' – Assinatura autenticada por biometria facial – Possibilidade** – Inteligência do art. 3º, da Instrução Normativa INSS Nº 28/2008 – Inexistência de dano moral – Término do contrato que depende da autora, bastando para tanto pedir o cancelamento do cartão e quitar eventuais valores em aberto junto à instituição financeira requerida – Sentença mantida – Honorários majorados com fundamento no art. 85, § 11, do CPC, observada a gratuidade concedida – Recurso improvido, com observação. (TJSP, 2024) – Grifo meu
>
> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO - EMPRÉSTIMO CONSIGNADO - CONTRATAÇÃO POR VIA ELETRÔNICA - BIOMETRIA FACIAL - VALIDADE. Nas ações em que a parte autora nega a existência do débito, o ônus de provar a legitimidade da cobrança é do réu, pois não é de se exigir daquele a prova negativa de fato. **É válida a contratação**

> **de empréstimo por via eletrônica, mediante autenticação por biometria facial** (TJMG, 2024, grifo meu).
>
> DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. ASSINATURA ELETRÔNICA. LEGALIDADE. RECONHECIMENTO POR BIOMETRIA FACIAL. DEPÓSITO DE QUANTIA. VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. SENTENÇA REFORMADA. 1. A validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma esteja prevista ou não vedada em lei, conforme prevê art. 104 do Código Civil. 2. É legal a forma eletrônica de assinatura contratual, ante a Lei n. 13.620/2023, que alterou o § 4º do art. 784 do CPC previu a exequibilidade do título executivo constituído ou atestado por meio eletrônico. 3. **A comprovação de manifestação de aceite do contrato de empréstimo mediante assinatura eletrônica e reconhecimento por biometria facial, aliada à prova de recebimento de quantia constante do ajuste, impõe o reconhecimento de sua validade e eficácia.** 4. Os ônus da sucumbência são invertidos para o autor ser condenado a arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios em favor do advogado da parte ré, fixados em 10% sobre o valor da causa, verba cuja exigibilidade ficará suspensa em razão da concessão dos benefícios da gratuidade de justiça em favor do autor, com suporte no art. 98, § 3º, do CPC. 5. Apelo conhecido e provido (TJDFT, 2023, grifo meu).
>
> APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS. ASSINATURA ELETRÔNICA POR BIOMETRIA FACIAL. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DA CONTRATANTE. VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. I - **O contrato apresentado em conjunto com os documentos do consumidor, com o consentimento por meio de autorização por reconhecimento facial, e com o comprovante de que a quantia foi depositada na sua conta, com a efetiva utilização dos valores pelo titular, demonstra a validade da contratação.** II - Impugnada a celebração dos contratos, o Banco-réu se desincumbiu de comprovar sua autenticidade, sendo reconhecida, na demanda, a regularidade dos ajustes formalizados digitalmente entre as partes. Mantida a r. sentença. III - Apelação desprovida (TJDFT, 2024, grifo meu).

Desta forma, podemos notar que os tribunais já vêm aceitando a modalidade de assinatura eletrônica por meio do uso de biometria, visto ser um elemento que pode trazer maior facilidade na identificação e evitar questionamentos da outra parte quando alegar que houve fraude ou ato semelhante na celebração de um contrato. O ordenamento jurídico brasileiro recentemente alterou a legislação prevendo que os contratos e documentos assinados eletronicamente terão força executiva

extrajudicial, mesmo que não haja duas testemunhas, bastando que o provedor ou plataforma de assinaturas em que o documento foi assinado ateste a integridade do documento e das assinaturas (art. 784, §4º, do Código de Processo Civil[8], incluído pela Lei nº 14.711, de 2023), ou seja, algumas plataformas já disponibilizam o uso da biometria para realizar uma assinatura eletrônica, de modo que facilitaria da plataforma atestar a autenticidade de quem assinou mediante a análise biométrica. Porém, ainda é necessário ter cautela, visto que ainda será necessário verificar como os tribunais reagirão mediante esta mudança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto nesta pesquisa, podemos depreender que o uso da biometria na formalização de contratos eletrônicos não é vedado pela nossa legislação nem pela nossa jurisprudência, que já vem aceitando esta modalidade de autenticação.

Vimos, também, que os dados biométricos, por serem dados sensíveis, além de facilitar a identificação da pessoa que está assinando determinado contrato, evitando possíveis fraudes ou eventuais oposições, requerem cuidados e prevenções para que esses dados não venham a gerar discriminações, segregações e danos ao seu titular durante seu tratamento. Portanto, será necessário que o agente de tratamento dos dados biométricos venha atender a todos os requisitos legais impostos pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e outras eventuais leis especiais que possam ser aplicáveis e utilizar a base legal mais adequada ao seu caso, de modo que, não apenas venha se resguardar de uma penalização ou multa, mas, principalmente, resguardar a intimidade, a personalidade, a privacidade e segurança do titular dos dados biométricos, buscando sempre utilizar os meios mais seguros e tecnológicos para proteger esses dados tratados.

REFERÊNCIAS

ALI, E. M.; AHMED, E. S.; ALI, A. F. Recognition of human iris patterns for biometric identification. **JOURNAL OF ENGINEERING AND APPLIED SCIENCE-CAIRO**, v. 54, n. 6, p. 635, 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Eman-Monir-2/publication/366153509_Recognition_of_Human_Iris_Patterns_for_Biometric_Identification/links/63c5b5cce922c50e999deaa7/Recognition-of-Human-Iris-Patterns-for-Biometric-Identification.pdf - Acesso em: 31 jan. 2026.

AMORIN, Claudio Zurita de. *et al.* **Desenvolvimento de um sistema de identificação e autenticação biométrica: reconhecimento facial.** Universidade Paulista – UNIP, São Paulo, 2018.

8 Art. 784, § 4º. Nos títulos executivos constituídos ou atestados por meio eletrônico, é admitida qualquer modalidade de assinatura eletrônica prevista em lei, dispensada a assinatura de testemunhas quando sua integridade for conferida por provedor de assinatura.

BACCARIN, Cínthia. **Limitações aos sistemas de reconhecimento facial no setor privado: boas práticas em proteção de dados biométricos faciais.** 2023. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2023. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/handle/11449/244748 - Acesso em: 26 jan. 2026.

BEHRENS, Fabiele. **Assinatura Eletrônica e Negócios Jurídicos.** 1. ed. São Paulo: Jaruá, 2006.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 200**2. Brasília/DF. Diário Oficial da União 11.1.2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm – Acesso em 18 jan. 2024.

BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.** Brasília/DF. Diário Oficial da União 12.9.1990. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm – Acesso em 18 jan. 2026.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942**. Brasília/DF. Diário Oficial da União 9.9.1942. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm – Acesso em 20 jan. 2026..

BRASIL. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.200-2, DE 24 DE AGOSTO DE 2001**. Brasília/DF. Diário Oficial da União 27.8.2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm - Acesso em 03 fev. 2026.

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Brasília/DF. Diário Oficial da União 17.3.2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm - Acesso em 03 fev. 2026.

BRASIL. **LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018.** Brasília/DF. Diário Oficial da União 15.8.2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm - Acesso em 05 fev. 2026.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília/DF. Diário Oficial da União 5.10.1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm - Acesso em 05 fev. 2026.

BRASIL. TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível 1004252-89.2022.8.26.0541.** Relator (a): Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santa Fé do Sul - 3ª Vara; Data do Julgamento: 17/07/2023; Data de Registro: 17/07/2023.

BRASIL. TJSP – **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; Apelação Cível 1089597-51.2023.8.26.0100.** Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 40ª Vara Cível; Data do Julgamento: 18/03/2024; Data de Registro: 18/03/2024.

BRASIL. TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0000.23.108987-1/001.** Relator(a): Des.(a) Marcelo Pereira da Silva,

11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/01/2024, publicação da súmula em 31/01/2024.

BRASIL. TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 1775831, 07064780220238070003.** Relator: Roberto Freitas Filho, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 19/10/2023, publicado no DJE: 10/11/2023.

BRASIL. TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 1816276, 07022715120238070005,** Relator: VERA ANDRIGHI, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 15/2/2024, publicado no DJE: 1/3/2024.

COSTA, Ronaldo Martins da. **Uma nova abordagem para reconhecimento biométrico baseado em características dinâmicas da íris humana.** Orientador Prof. Dr. Adilson Gonzaga. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica) – Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, São Carlos, 2009.

DE CESARO, T. D. C. J.; RABELLO, R. dos S. Um modelo para a implementação de contratos eletrônicos válidos. **Revista Brasileira de Computação Aplicada,** [S. l.], v. 4, n. 1, p. 48-60, dez/2011. DOI: 10.5335/rbca.2013.2061. Disponível em: https://seer.upf.br/index.php/rbca/article/view/2061 - Acesso em: 3 fev. 2026.

GOMES, Orlando. Contratos. **Atualizadores Edvaldo Brito [e coordenador], Reginalda Paranhos de Brito.** 28. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. ISBN 9786559645640. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/ - Acesso em: 18 jan. 2026.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Volume 3: Contratos e Atos Unilaterais. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. Contratos Eletrônicos: Formação, Consentimento, Lei e Jurisdição Aplicável. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa. Revista dos Tribunais.** Vol. 8/2018. Abr .– Jun/2018.

JOVANELLE, Valquíria de Jesus. **Aspectos jurídicos dos contratos eletrônicos.** 2012. 133 páginas. Dissertação de Mestrado em Direito Comercial – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – São Paulo. 2012. Disponível em: https://doi.org/10.11606/D.2.2012.tde-30102012-094950 - Acesso em: 16 mar. 2026.

KONDER, Carlos Nelson. **O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018.** Em: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (coord.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. 1ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Magalhães, Paulo Sérgio Tenreiro; Santos, Henrique Dinis dos. **Biometria e autenticação.** Conferência da Associação Portuguesa de Sistemas De Informação, 4, Porto, 2003 - " CAPSI 2003: actas" [CD-ROM]. [S.l. : APSI, 2002]. ISBN 972-9354-42-1. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/2184 - Acesso em: 29 jan 2026

MARTINS, Guilherme M. **Contratos Eletrônicos de Consumo, 3ª edição.** São Paulo: Atlas, 2016. E-book. ISBN 9788597008944. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008944/ - Acesso em: 03 fev. 2026.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos Eletrônicos: Formação e Validade - Aplicações Práticas.** 2. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Almedina, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 21ª edição - Rio de Janeiro: Forense/Grupo Gen, 2023. E-book. ISBN 9786559648153. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559648153/ - Acesso em: 17 mar. 2026

SOUTAR, Colin, *et al.* **Biometric Encryption.** ICSA Guide to Cryptography. Vol. 22. New York: McGraw-Hill, 1999. Disponível em: https://www.cse.lehigh.edu/prr/Biometrics/Archive/Papers/BiometricEncryption.pdf - Acesso em: 26 jan. 2026.

Souza, Marco Antônio de. A biometria e suas aplicações. **Revista brasileira de ciências policiais**, v. 11, n. 2, p. 79-102, mai./ago. 2020. Disponível em: http://dspace.mj.gov.br/handle/1/7826 - Acesso em: 30 jan. 2026.

SOUZA, Vinicius Roberto Prioli. **Contratos Eletrônicos e Validade da Assinatura Digital.** 1. ed. - São Paulo: Jaruá, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. v. 3. 18ª edição - Rio de Janeiro: Forense/Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646913. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646913/ - Acesso em: 16 mar. 2026.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. **Dados pessoais sensíveis: qualificação, tratamento e boas práticas**. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022.

WEBER, Sandra Paula Tomazi. **A utilização da assinatura eletrônica biométrica na formação dos contratos.** 2012. Monografia de Especialização (Especialização em Direito Contratual) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/30038 - Acesso em: 30 jan. 2026.

Capítulo 20

A Proteção do Mínimo Existencial e da Dignidade Humana no Plano Tributário: Perspectivas e Desafios para a Concretização da Justiça Fiscal

The Existential Minimum Protection and Human Dignity in the Tax Plan: Perspectives and Challenges for the Implementation of Fair Taxation

Lívio Augusto de Carvalho Santos

Doutorando em Direito pela UNIMAR. Mestre em Direito pela UNISC. Professor da Graduação em Direito na UNINOVAFAPI e FAEPI. Coordenador Pedagógico da EJUDPI.

Resumo: O presente estudo teve como objetivo o estudo da proteção constitucional do mínimo existencial no plano tributário e sua compatibilidade com a concretização da justiça fiscal, analisando o modelo brasileiro de tributação, que é preponderantemente indireto, confrontando-o com a proteção mencionada. Em primeiro lugar, buscou-se identificar como a justiça fiscal se concretiza a partir da aplicação do princípio da capacidade contributiva. Em seguida, analisou-se a relação do princípio da capacidade contributiva com a proteção do mínimo existencial e a dignidade humana. Posteriormente, examinou-se a efetividade da mencionada proteção constitucional tendo como parâmetro a imprecisão na definição do seu conteúdo e do atual modelo de tributação. A conclusão obtida é que o sistema de tributação preponderantemente indireto claramente é incompatível com a proteção do mínimo existencial.

Palavras-chave: proteção do mínimo existencial; dignidade; tributação; justiça fiscal; capacidade contributiva.

Abstract: The present study had as its objective the study of the constitutional protection of the existential minimum tax plan and on your compatibility with the attainment of fair taxation, analyzing the Brazilian model of taxation, which is mainly indirect, confronting it with the protection mentioned. First, we sought to identify whether fair taxation takes place from the application of the principle of ability to pay. Then we analyzed the relationship between the principle of ability to pay and the existential minimum protection and human dignity. Subsequently, it was examined whether the effectiveness of the mentioned constitutional protection, with the uncertainty parameter in the definition of your content, and the current model of taxation. The conclusion is that the system of mainly indirect taxation is clearly incompatible with the existential minimum protection.

Keywords: protection of the existential minimum; dignity; taxation; fiscal justice; contributory capacity.

INTRODUÇÃO

O mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana são temas amplamente pesquisados e debatidos tanto no âmbito acadêmico e científico quanto no âmbito dos tribunais, havendo uma grande preocupação com como proteger o mínimo existencial de forma a garantir o princípio constitucional da dignidade da pessoa.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.20

Ocorre que o Estado tem o dever de promover a proteção do mínimo existencial, tanto com prestações positivas como de forma negativa, devendo se abster de realizar determinadas atividades que coloquem em risco o mínimo existencial e a dignidade humana.

Neste contexto, destaca-se que o supracitado debate acerca do tema se concentra mais nas prestações positivas do Estado, restringindo-se às questões dos direitos sociais, ficando de lado as questões sobre o dever do Estado de se abster de realizar determinadas ações de forma a proteger o mínimo existencial e a dignidade humana, carecendo de mais pesquisas, por exemplo, sobre tal proteção no plano tributário.

Neste passo, a presente pesquisa será extremamente relevante, trazendo contribuições para a sociedade e para a comunidade científica.

Vale destacar que o tributo é a principal fonte de receita do Estado, sendo fundamental para a manutenção de sua estrutura e a realização de suas atividades, incluindo-se os deveres constitucionais.

Ressalte-se, ainda, que, além da finalidade arrecadatória, o tributo também possui finalidade indutora, dentre elas a de promover a igualdade, redistribuindo as riquezas e reduzindo as desigualdades sociais. Para tanto, faz-se necessário que o encargo tributário seja distribuído de forma adequada entre os indivíduos da sociedade, buscando-se um equilíbrio entre a tributação arrecadada pelo Estado e a capacidade contributiva de cada indivíduo.

Frise-se que esta distribuição adequada do encargo tributário entre os indivíduos da sociedade, buscando-se um equilíbrio entre os tributos arrecadados pelo Estado e a capacidade contributiva, é denominada justiça fiscal.

O objetivo deste trabalho é o estudo da proteção constitucional do mínimo existencial no plano tributário e sua compatibilidade com a concretização da justiça fiscal, analisando o modelo brasileiro de tributação, que é preponderantemente indireto, confrontando-o com a proteção mencionada.

Neste contexto, surge a seguinte problemática: a proteção do mínimo existencial no plano tributário é plenamente efetivada e coaduna-se com a concretização da justiça fiscal?

Para tentar responder a tal questionamento, primeiramente serão definidos o conceito de justiça fiscal e a necessária aplicação do princípio da capacidade contributiva para sua concretização.

A partir desta delimitação, pretende-se identificar a relação entre o princípio da capacidade contributiva, a proteção ao mínimo existencial e a dignidade humana.

Somente após ter desenvolvido essas premissas, é que se buscará verificar se o modelo de tributação garante a efetiva proteção ao mínimo existencial de forma a concretizar a justiça fiscal.

Para o desenvolvimento do presente estudo, divide-se o trabalho em pontos basilares, quais sejam: a concretização da justiça fiscal a partir da aplicação do princípio da capacidade contributiva; o princípio da capacidade contributiva norteador

da justiça fiscal e sua relação com o mínimo existencial e da dignidade humana; e, por fim, a imprecisão da definição do mínimo existencial e a preponderância da tributação indireta no sistema tributário brasileiro como entraves à concretização da justiça fiscal.

Para a elaboração do presente estudo, a pesquisa desenvolvida foi qualitativa, do tipo documental-bibliográfica (nacional e estrangeira); o método de abordagem escolhido foi o dedutivo e, como métodos de procedimento, serão adotados os métodos monográfico, comparativo e funcionalista.

A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL A PARTIR DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A priori, faz-se necessário delimitar o conceito de justiça fiscal. Menescal leciona que, muito embora seja autônoma, a justiça fiscal é a realização da justiça social na seara tributária, senão vejamos:

> A consagração da Justiça Fiscal como uma espécie autônoma, tomando-a em sentido estrito, se justifica pela ênfase que se pretende dar aos aspectos ligados ao relacionamento entre indivíduo e Estado arrecadador, e vice-versa. Contudo, há que se considerar que, ainda que se reconheça que certas normas ou certos princípios de justiça fiscal dizem respeito especialmente às relações bilaterais entre o indivíduo e o Estado, toda forma de justiça é, precipuamente, justiça social, na medida em que se aplica à vida em sociedade (Menescal, 2007, p. 38).

Segundo Mello (2013, p.41), citando José Luis Saldanha Sanches, justiça fiscal é sinônima de justiça tributária e de justiça distributiva:

> O conceito de justiça fiscal pode ter diversos significados: o primeiro é o da justiça fiscal no sentido de justiça tributária, que se limita a proceder a uma avaliação quantitativa do modo como são distribuídos os encargos tributários entre os cidadãos e as empresas, ou melhor, entre várias categorias de contribuintes. Perante uma dada carga fiscal, trata-se de saber como é que ela é partida entre os contribuintes com maiores e menores rendimentos.

Ao estudarmos o conceito de justiça fiscal, ficou demonstrado que este está associado à distribuição adequada do ônus da carga tributária, respeitada a capacidade de cada um em suportá-la, bem como existem vários dispositivos constitucionais que almejam alcançá-la. Dentre elas, se destaca o que positiva o princípio da capacidade contributiva. Nas palavras de Fernando Aurélio Zilveti (2004, p. 124), “a melhor expressão de justiça fiscal é a capacidade contributiva”.
Aproveitando as lições de Conti (1997), já expostas anteriormente, temos que para haver um sistema tributário ideal é necessário que o mesmo esteja consoante o ideário da justiça fiscal, o que só poderá ser alcançado com a aplicação de dois

princípios, o princípio do benefício e o princípio da capacidade contributiva. Com a aplicação destes dois princípios teríamos que o contribuinte arcaria com o encargo tributário na medida da sua capacidade de contribuição e na medida em que se usufruísse dos benefícios custeados com recursos públicos. Portanto, os dois princípios são indissociáveis tanto entre si como na relação de ambos com a realização da justiça fiscal.

Segundo Baptista (2007, p. 130): "O princípio da capacidade contributiva em sua essência é um dos vetores da Justiça Distributiva na medida em que visa a distribuir os encargos tributários a cada um segundo a sua capacidade econômica de contribuir".

No mesmo sentido, Iatarola (2005 *apud* Tipke, 2002), ressalta que a justiça no ramo do direito tributário é alcançada pela isonomia, que por sua vez é guiada pelo princípio da capacidade contributiva. Sendo este o princípio com critérios mais justos para a aplicação do princípio da igualdade.

Acrescenta, ainda, que o princípio da capacidade contributiva é princípio inerente à justiça fiscal, uma vez que preconiza a tese igualitária; inclusive, é o principal princípio de justiça fiscal, considerando que, na sua observância, traz como reflexo a observância de direitos humanos fundamentais da limitação do poder de tributar.

Azevedo (2013) doutrina que o princípio da capacidade contributiva deve ser respeitado desde a elaboração da norma que vier a instituir o tributo, momento em que deverão ser analisadas as desigualdades naturais existentes para impor alguma espécie de discriminação na graduação do tributo, somente sendo justa a atividade tributária do Estado se for adequada à capacidade econômica da pessoa que deva suportar o ônus tributário.

Portanto, conforme a autora, o princípio da capacidade contributiva é o instrumento legitimador da discriminação tributária, devendo a estrutura tributária almejá-la com o fito de distribuir adequadamente o ônus tributário entre os indivíduos. Em outras palavras, no momento de legislar para instituir ou majorar um tributo, graduando-o segundo a capacidade econômica, deve ser adotado um critério de diferenciação. Entretanto, Azevedo (2013) afirma que só haverá justiça fiscal ao escolher o critério de diferenciação se o tratamento diferenciado estiver em conformidade com as diretrizes da Constituição Federal.

Diante do acima exposto, fica claro que a capacidade contributiva é a medida para a justiça fiscal. Por oportuno, destacamos que segundo Porto (2016, p. 97), citando Tipke (2002), "a avaliação da capacidade contributiva, como medida da tributação, impõe a preservação de um mínimo existencial, partindo-se da premissa de que assegurar a existência digna é compromisso estatal".

Não podemos nos olvidar da proteção à propriedade, que proíbe a tributação excessiva a ponto de configurar o confisco, devendo também ser considerada a vedação do confisco na graduação do tributo, ou seja, o confisco, assim como o mínimo existencial, é um parâmetro para a capacidade contributiva. Porto (2016, p. 97) corrobora o entendimento de que o não confisco está relacionado com a capacidade contributiva.

> "Por outro lado, mesmo que observada a proteção do mínimo vital, não se pode admitir que a tributação seja graduada num patamar que imponha restrição ao direito de propriedade, à livre iniciativa e até mesmo à liberdade. Nesse sentido, além de um limite mínimo, a tributação possui um limite máximo, calcado na ideia de vedação de confisco".

Trilhando essa faixa, para que a tributação seja considerada justa, dentro das diretrizes da capacidade contributiva, é necessário que a capacidade contributiva não ultrapasse os limites do mínimo existencial e do não confisco.

Por fim, Ricardo Lobo Torres, citado por Gregório (2011, p. 61):

> A capacidade contributiva é o princípio mais importante de justiça fiscal, vez que determina a exata contribuição de cada um, proporcionalmente às suas rendas e haveres, independentemente de sua eventual disponibilidade financeira.

Por outro lado, mesmo reconhecendo a importância do princípio da capacidade contributiva, Baptista (2007, p. 129) faz uma crítica à eficácia do princípio alegando que "o sistema tributário brasileiro assenta-se na regressividade, ou seja, aqueles que têm menor capacidade contributiva é que arcam com a maior carga tributária".

Baptista (2007, p. 130), ao citar Hugo de Brito Machado, afirma que a eficácia do princípio da capacidade contributiva está relacionada ao grau de desenvolvimento cultural da sociedade: "A eficácia do princípio da capacidade contributiva, como eficácia de qualquer princípio jurídico, depende do grau de desenvolvimento cultural do povo, que define o grau de disposição das pessoas para defenderem os seus direitos".

Outra crítica de Baptista (2007, p. 130) é quanto à avaliação da capacidade econômica de contribuir na distribuição dos encargos tributários a cada, não devendo essa avaliação se resumir apenas nos bens patrimoniais do indivíduo, mas também dever considera suas condições pessoais, tais como: "estado civil, saúde, os encargos de família, inclusive a origem das rendas para efeitos de imposições diferenciadas, conforme resulte apenas do trabalho, do emprego de capitais ou de combinação de ambos".

Vale destacar que, mesmo apontando críticas à eficácia e à avaliação da capacidade contributiva, Baptista não refuta a ideia de que o princípio da capacidade contributiva é instrumento indispensável para a concretização da justiça fiscal; ao contrário, vai além, afirmando que, além da justiça fiscal, é possível alcançar a justiça social através do princípio da capacidade contributiva.

Segundo Baptista (2007, p. 130), destacam-se os investimentos na educação, cultura e informação:

> Tributando cada um na medida de suas possibilidades, o princípio respeita a igualdade tão sonhada e perseguida. O valor arrecadado justamente retorna à sociedade sob a forma de investimentos para aqueles que são mais necessitados.

Vale destacar que tais investimentos são capazes de melhorar a vida das pessoas, possibilitando igualdade de condições. Para tanto, além da arrecadação adequada, respeitando a capacidade contributiva, é necessária a alocação correta dos recursos arrecadados, promovendo a inclusão social.

Nessa mesma linha, Baptista (2007, p. 131) dispõe:

> Com uma arrecadação na medida ideal e uma política sincera, esse valor poderia voltar à sociedade sob a forma de investimento na educação, cultura e informação das pessoas e na melhora da vida delas, redistribuindo e alocando devidamente os bens disponíveis na sociedade.
> A alocação correta dos bens de produção e de consumo daria aos indivíduos componentes de nossa sociedade subsídios necessários para que haja uma igualdade de condições materiais (bens de produção e de consumo) e imateriais (acesso à cultura, à educação e ao lazer).

Acerca da distribuição dos bens na sociedade, Iatarola anuncia que esta distribuição dos bens na sociedade é denominada princípio da diferença, tendo três pressupostos. O primeiro pressuposto é a distribuição no âmbito dos bens de forma a trazer um benefício maior para os mais desfavorecidos. O segundo pressuposto é a possibilidade de todos os indivíduos ocuparem posições e funções na sociedade. E por fim, o terceiro pressuposto é que os indivíduos tenham igualdade de oportunidades com condições mínimas de existência.

Deste modo, a aplicação de fato do princípio constitucional da capacidade contributiva num primeiro momento concretizaria a justiça fiscal, implicando numa igualdade econômica, porém, posteriormente, concretizaria a justiça social, permitindo igualdade de oportunidades e inclusão social.

Em face da importância do princípio da capacidade contributiva para a concretização da justiça fiscal e das dificuldades em aplicá-lo de forma eficaz, demonstra-se imprescindível um exame dos limites da capacidade contributiva, e mais especificamente do mínimo existencial como limite da capacidade contributiva.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NORTEADOR DA JUSTIÇA FISCAL E SUA RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL E DA DIGNIDADE HUMANA

Como vimos, o princípio da capacidade contributiva é um instrumento de justiça fiscal, considerando que, segundo o mesmo, deve ser onerado apenas quem tem capacidade para cumprir a referida exação. Lembramos que o princípio da capacidade contributiva tem um alcance delimitado pelo mínimo existencial e pelo não confisco. Assim, é de suma importância analisar a relação entre o princípio da capacidade contributiva e o respeito ao mínimo existencial e à dignidade humana.

Klaus Tipke (2002) brilhantemente elucida a relação existente entre o mínimo existencial, a dignidade humana e a capacidade contributiva, expondo que o mínimo existencial decorre da dignidade humana, sendo a capacidade contributiva instrumento de proteção do mínimo existencial, proteção esta que deve ser pretendida independentemente do modelo adotado pelo Estado, senão vejamos:

> O princípio da capacidade contributiva protege o mínimo existencial. Enquanto a renda não ultrapassar o mínimo existencial, não há capacidade contributiva. O mesmo resulta da dignidade humana e do princípio do Estado Social. O princípio da capacidade contributiva atende a ambos os princípios. Num Estado Liberal não é permitido que o mínimo existencial seja subtraído pela tributação, parcial ou totalmente, e uma compensação seja dada em benefícios previdenciários. O Estado não pode, como Estado Tributário, subtrair o que, como Estado Social, deve devolver (Tipke, 2002, p. 34)

Ao tratar da proteção à dignidade humana e ao mínimo existencial, Silva evidencia a relação entre esta proteção e o princípio da capacidade contributiva. Com o intuito de demonstrar tal relação, destaca que em um Estado Democrático de Direito, sendo este o modelo de Estado adotado no Brasil, "não se pode conceber a ideia de que um cidadão venha a ser privado de existir minimamente por ser obrigado a pagar tributos, pois o princípio da dignidade da pessoa humana, assim o proíbe" (Silva, 2010, p.96). Assim, a exigência fiscal não pode olvidar-se do indisponível à sobrevivência do cidadão, em conformidade com a concepção de dignidade humana. Acrescenta que "quando a tributação é adequada à capacidade econômica dos contribuintes, se está deixando de tributar o mínimo necessário à sua existência" (Silva, 2010, p. 96).

A autora ressalta, ainda, a necessidade de uma limitação da tributação condicionada ao mínimo existencial, argumentando:

> Na medida em que se verificou a necessidade de que o sistema tributário deveria ter por base uma tributação que levasse em conta a renda do indivíduo, observou-se, também, a necessidade de uma limitação condicionada ao mínimo que cada pessoa possui para sua existência (Silva, 2010, p. 100).

Para não restar dúvidas sobre esta necessidade de limitação da tributação condicionada ao mínimo que cada pessoa possui para a sua existência, a doutrinadora cita José Ricardo Meirelles, que, nas palavras deste, "os bens necessários à satisfação das necessidades elementares da vida deveriam ser excluídos da imposição tributária" (Silva, 2010, p. 100).

Ainda sobre a proteção do mínimo existencial e da dignidade humana, Silva expõe que o legislador deverá se balizar pelo mínimo existencial e pelo confisco como limites para a tributação, verificando se a tributação não atingirá o mínimo para a subsistência nem o máximo de imposição, de forma que o contribuinte não seja privado do mínimo necessário para uma existência digna nem que tenha seu patrimônio expropriado pela tributação.

Ricci possui entendimento semelhante e ressalta que a capacidade contributiva é pressuposto da tributação, só devendo ser compelido a contribuir com as despesas estatais o cidadão que manifesta riqueza, bem como não é qualquer manifestação de riqueza que indica riqueza tributável. O autor utiliza a lição de Derzi para robustecer a tese de que o mínimo existencial é o parâmetro definidor de onde inicia a capacidade contributiva, expondo:

> Do ponto de vista subjetivo, a capacidade contributiva somente se inicia após a dedução das despesas necessárias para a manutenção de uma existência digna para o contribuinte e sua família. Tais gastos pessoais obrigatórios (com alimentação, vestuário, moradia, saúde, dependentes, tendo em vista relações familiares e pessoais do contribuinte, etc.) devem ser cobertos com rendimentos em sentido econômico – mesmo no caso dos tributos incidentes sobre o patrimônio e heranças e doações – que não estão disponíveis para o pagamento de impostos (Ricci, 2015, p. 108)

Regina Helena Costa, igualmente, ponderou que na verificação da capacidade contributiva no caso concreto devem ser excluídos os recursos empregados na sua manutenção, afirmando que "pensamos que seja imperioso remarcar que tal noção implica, também, que sejam dedutíveis as despesas necessárias à manutenção do contribuinte, seja pessoa física ou jurídica" (Costa, 2012, p. 71). Arremata a autora consolidando o entendimento de que só há que se falar em capacidade contributiva se o contribuinte auferir alguma riqueza acima do "mínimo vital", sendo este intocável.

Então, constata-se que existe uma relação entre a capacidade contributiva, o mínimo existencial e a dignidade humana, ao passo que estes seriam os indicadores de onde se inicia a capacidade contributiva e, ao mesmo tempo, limites para a imposição de encargo tributário.

Este também é o pensamento de Edilson Pereira Nobre Júnior (2001, p. 39) ao lecionar:

> Outro princípio a que não é alheia a capacidade contributiva é o da dignidade da pessoa humana. Recolhendo sua inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, como repúdio à barbárie nazi-fascista, vem, na atualidade, pautando a tendência dos ordenamentos constitucionais contemporâneos, através do reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Foi, entre nós, perfilha, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF).

Ainda sobre a relação entre a capacidade contributiva, o mínimo existencial e a dignidade humana, Pawlowsky (2012) pondera que o mínimo existencial é muito mais amplo do que os gastos empregados na manutenção das necessidades do indivíduo, compreendendo também a riqueza utilizada para satisfazer as

necessidades de sua família, indicando que o mínimo existencial está relacionado com os princípios da dignidade humana, proteção da família e igualdade.

Tal ponderação é importante para definir qual a parcela da riqueza deverá ser considerada como riqueza idônea para contribuir com os gastos públicos, pois somente a parcela da riqueza que supera a utilizada no atendimento das necessidades básicas para uma vida digna do cidadão e de sua família pode ser considerada como capacidade contributiva.

Neste contexto, a capacidade contributiva somente é "alcançada após deduzir as despesas relativas ao mínimo existencial, individual e familiar" (Pawlowsky, 2012, p. 138).

Notadamente, a tributação deve ser exigida conforme a possibilidade e a capacidade contributiva de cada indivíduo, de modo a não prejudicar sua subsistência e a de sua família. Para tanto, a renda e o patrimônio necessários para a satisfação das necessidades básicas não podem ser considerados como capacidade de contribuir para os gastos públicos.

Como consequência lógica desta linha de pensamento, vários autores advogam que, como a capacidade contributiva só se inicia após os recursos necessários para a satisfação das necessidades básicas do indivíduo e de sua família, a parcela da riqueza empregada para esta finalidade é intributável.

Dentre os doutrinadores que defendem a intributabilidade dos recursos destinados à garantia de uma vida digna, destacamos Carrazza (2013, p.116-117) que sustenta:

> Por outro lado, os recursos econômicos indispensáveis à satisfação das necessidades básicas das pessoas (mínimo vital), garantidos pela Constituição, especialmente em seus art. 6º e 7º (alimentação, vestuário, lazer, cultura, saúde, educação, previdência social, transporte etc.) não podem ser alcançados pelos impostos. Tais recursos devem ser salvaguardados pela cuidadosa criação de situações de não incidência ou mediante oportunas deduções legislativamente autorizadas.

Conti também é um dos doutrinadores que patrocinam a referida intributabilidade, anunciando que é "inconstitucional a tributação exercida sobre determinada manifestação de capacidade econômica de um contribuinte que o atinja naqueles recursos que destinaria às suas necessidades básicas, imprescindíveis à garantia de sua sobrevivência" (Conti, 1997, p. 63).

Segundo Vasconcelos (2012), a exclusão da tributação dos recursos destinados a promover a dignidade humana e do mínimo para a existência do indivíduo é dever decorrente da justiça fiscal, considerando que nestas situações o cidadão está impossibilitado de contribuir, já que não possui capacidade contributiva.

Ainda sobre a intributabilidade dos recursos destinados a promover a proteção do mínimo existencial, o autor leciona:

> Outro princípio considerado pela doutrina como fundamento da proteção existencial é a dignidade humana. Ela reclama

> que o Estado Social propicie condições minimamente dignas de vida para os seus cidadãos, de modo a possibilitar o seu pleno desenvolvimento como pessoa. Nesse contexto, poderá o poder público tanto agir através de prestações positivas, garantindo a realização de políticas públicas que, à guisa de exemplo, objetivem reduzir a pobreza, ou, ainda, omitir-se de interferir na esfera patrimonial do cidadão, deixando de cobrar tributos daqueles que não reúnem condições econômicas para contribuir, de forma a respeitar o limite traçado para a proteção existencial (Vasconcelos, 2012, p. 98).

Finaliza afirmando que é cristalina a relação entre o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, e reconhece o papel da aplicação da capacidade contributiva na proteção estatal do mínimo vital e da dignidade humana.

Em linha de pensamento semelhante, Melo afirma que "o mínimo existencial pode ser verificado como espécie de núcleo duro que limita a atuação do poder tributante do Estado" (Melo, 2012, p. 122) e, em consequência desta limitação, sustenta que o Estado não pode tributar os recursos empregados pelo contribuinte com o fito de efetivar o direito à saúde, lazer, educação, moradia e alimentação.

Diante de toda a doutrina apresentada, infere-se que, na aferição da capacidade contributiva, a riqueza destinada a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana não pode ser considerada e, consequentemente, esta riqueza não pode ser tributada. Neste cerne, vários autores defendem que o princípio da capacidade contributiva é instrumento de proteção do mínimo existencial e da dignidade humana.

A IMPRECISÃO DA DEFINIÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A PREPONDERÂNCIA DA TRIBUTAÇÃO INDIRETA NO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO COMO ENTRAVES À CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA FISCAL

Como visto anteriormente, o princípio da capacidade contributiva é instrumento de proteção do mínimo existencial e da dignidade humana.

Acrescenta Torres (s.d.) que a distribuição de rendas e a garantia do mínimo existencial são meios de realização da justiça social. Logo, diante da relação existente entre a justiça social e a justiça fiscal, podemos concluir que a garantia do mínimo existencial também deve ser considerada na concretização da justiça fiscal.

Corroborando com a ideia de haver uma relação entre a garantia do mínimo existencial e a concretização da justiça fiscal, Peres (2013, p. 66), utilizando os ensinamentos de Torres (n.d.), leciona:

> Para tratar da questão da justiça fiscal, além do exame dos elementos apontados, é importante observar a questão do mínimo existencial, incluída na problemática da liberdade. Para uma existência humana digna, o cidadão tem direito a satisfazer

> suas necessidades mínimas. Esse direito está ligado às condições iniciais de liberdade, tema dos direitos fundamentais ou direitos humanos, e está em íntimo contato com a justiça fiscal.

Muito embora o entendimento majoritário seja de que a capacidade contributiva é instrumento hábil para a proteção do mínimo vital e da dignidade humana, cumpre destacar que não é pacífico na doutrina o conceito de mínimo vital e quais seriam os elementos ou direitos que compõem este mínimo para uma vida digna. Some-se a esta imprecisão da definição de mínimo existencial apresentada pela doutrina a ausência de dispositivo constitucional delimitando o seu conteúdo.

Em relação à vagueza da definição de mínimo existencial e à falta de previsão expressa desta definição na Constituição Federal, Melo (2012) compara o mínimo existencial ao princípio da capacidade contributiva, esclarecendo que ambos são conceitos imprecisos, vagos e abertos; entretanto, a capacidade contributiva possui previsão expressa na Carta Magna, enquanto o mínimo existencial não possui previsão expressa na CF, nem sequer menção escrita ao referido termo. Arremata que o conteúdo do mínimo existencial é extraído da interpretação sistemática do texto constitucional.

Na mesma linha de pensamento, Vasconcelos (2012, p. 86) leciona que "na atual constituição brasileira, o princípio, ao contrário do que ocorreu nas constituições de 1946 e de 1967, não está expresso, mas tem sido deduzido como desdobramento de outros princípios previstos no texto constitucional", apontando como exemplo de princípios que se extraem a definição do mínimo vital a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a erradicação da pobreza.

Vale destacar que a dificuldade em definir o conteúdo do mínimo existencial implica numa dificuldade em aferir a riqueza utilizada para suprir as necessidades básicas do indivíduo e de sua família, por conseguinte, manifesta-se a dificuldade de delimitar o início da capacidade contributiva, ou seja, a dificuldade em identificar a parcela da riqueza que se destina a garantir uma vida digna torna inviável mensurar a capacidade contributiva.

Gregório (2011, p. 139) destaca e pronuncia-se sobre a dificuldade em aferir o mínimo existencial da seguinte maneira:

> Em tempo: assim como na vedação ao confisco, a dificuldade encontrada pelos operadores do Direito resumia-se à sua própria medição; na aferição do mínimo existencial também se verifica esta dificuldade, vez que, ao reconhecê-la, torna-se obrigatória a elaboração de elementos capazes de definir o que vem a ser o mínimo existencial de um cidadão.

Ao constatar que o mínimo vital e a dignidade humana devem ser protegidos através do princípio da capacidade contributiva, surgiu um questionamento: nos casos de tributação sobre consumo, ou seja, tributação indireta, é inviável a análise da capacidade econômica do contribuinte, uma vez que a capacidade contributiva será utilizada para a proteção do mínimo existencial e da dignidade humana.

Nos tributos indiretos, a capacidade contributiva será concretizada através da seletividade, pela qual incidirá uma carga tributária menor sobre produtos essenciais e uma maior carga tributária sobre os produtos mais supérfluos.

Ocorre que, como não há como aferir a capacidade econômica do contribuinte, apenas a seletividade não garantirá a proteção do mínimo existencial e da dignidade humana. Em outras palavras, nos tributos indiretos, mesmo se aplicando a seletividade, podem ocorrer situações em que a tributação, mesmo sendo muito branda, poderá prejudicar o mínimo existencial e a dignidade de determinado cidadão.

Neste sentido, Ricci faz uma crítica ao atual sistema tributário que apresenta uma elevada carga tributária sobre o consumo. Nas palavras do autor, no sistema tributário brasileiro, cuja "tributação incide, preponderantemente, sobre o consumo e sobre a renda do trabalhador assalariado, parece uma utopia falar em mínimo existencial" (Ricci, 2015, p. 109). Neste contexto, o autor afirma que a proteção do mínimo existencial não teria efetividade e "continua sendo letra morta dentro dos livros de direito tributário" (Ricci, 2015, p. 109).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado o conceito de justiça fiscal, pelo qual o ônus tributário é imposto aos cidadãos em conformidade com a sua capacidade contributiva, e delimitado seu alcance, ficando evidente que este está limitado pelo mínimo existencial e pelo não confisco, constata-se a dificuldade de aplicação do princípio da capacidade contributiva aos tributos indiretos, considerando que em tais tributos é difícil mensurar a capacidade contributiva.

Acrescenta-se à dificuldade de mensurar a capacidade contributiva nos tributos indiretos o fato de que o conceito de mínimo existencial é ambíguo e vago, sem previsão expressa na Constituição, sendo entraves para a proteção do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a proteção do mínimo existencial e da dignidade humana no plano tributário resta prejudicada frente à preferência pela tributação indireta e à ausência de delimitação do conteúdo do mínimo existencial, não concretizando o ideário da justiça fiscal.

REFERENCIAS

AZEVEDO, Naiara Silveira. **O Princípio da Capacidade Contributiva e seus mecanismos para a efetividade da Justiça Fiscal.** 102 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2013

BAPTISTA, Hélio Daniel de Favare. **Justiça tributária, justiça distributiva e solidariedade social: aplicação do princípio da capacidade contributiva**.

139 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) – Centro Universitário de Marília, Marília, 2007.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CONTI, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade.** São Paulo: Dialética, 1997.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GREGÓRIO, Argos. **A capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

IATAROLA, Ana Cristina Silva. **CAPACIDADE CONTRIBUTIVA Princípio norteador de justiça tributária e sua limitação pelos direitos fundamentais: mínimo existencial versus não confisco tributário**. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2005.

MELO, João Paulo Fanucchi de Almeida. **Princípio da capacidade contributiva: a sua aplicação nos casos concretos.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MELLO, Elizabete Rosa de. **Direito fundamental a uma tributação justa**. São Paulo: Atlas, 2013.

MENESCAL, Ana Mônica Filgueiras. **A seletividade como instrumento concretizador da justiça fiscal no âmbito do ICMS.** 188 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Princípio constitucional da capacidade contributiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

PAWLOWSKY, Karina. **A utilização de tributo com efeito de confisco e sua vedação constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PERES, Eliane Lamarca Simões. **Justiça fiscal e progressividade.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PORTO, Éderson Garin. **A colaboração no direito tributário: por um novo perfil de relação obrigacional tributária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

RICCI, Henrique Cavalheiro. **Direito tributário ambiental e isonomia fiscal: Extrafiscalidade, limitações, capacidade contributiva, proporcionalidade e seletividade**. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Bárbara Raquel de Azevedo da. **O princípio da capacidade contributiva e sua relação com a (des)igualdade social**. 121 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2010.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Justiça distributiva: social, política e fiscal, em **Revista de Direito Tributário nº 70**. São Paulo: Malheiros, s.d., p. 27-39.

VASCONCELOS, Inessa da Mota Linhares. **Efetivação da justiça tributária: a constitucionalidade da dedução de despesas com medicamentos adquiridos pelo contribuinte da base de cálculo do IRPF.** 369 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Capítulo 21

A Distinção entre Regras e Princípios: Uma Abordagem à Luz das Teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy

The Distinction Between Rules and Principles: An Approach in the Light of the Theories of Ronald Dworkin and Robert Alexy

Lívio Augusto de Carvalho Santos

Doutorando em Direito pela UNIMAR. Mestre em Direito pela UNISC. Professor da Graduação em Direito na UNINOVAFAPI e FAEPI. Coordenador Pedagógico da EJUDPI.

Resumo: Diante da complexidade de julgamento dos casos concretos no campo normativo, mais especificamente nos chamados casos difíceis, e considerando a lição de Dworkin que evidencia que não é possível ao julgador chegar à resposta correta se utilizando de um sistema apenas de regras, surgiu a necessidade de estudar a distinção entre regras e princípios. Nesse sentido, existem vários critérios utilizados para realizar a referida distinção. Assim, o presente estudo tem como ponto de partida a análise dos critérios tradicionais ou quantitativos, para depois analisar a distinção entre regras e princípios à luz das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, discutindo as posições antagônicas destes dois teóricos acerca do tema abordado. A análise bibliográfica das referidas teorias possibilitou repensar a aplicação das regras e dos princípios nos casos concretos, bem como solucionar os casos de conflito entre as normas jurídicas, o que justifica e demonstra a necessidade de rediscutir constantemente a questão.

Palavras-chave: normas; regras; princípios; distinção entre regras e princípios; Ronald Dworkin; Robert Alexy.

Abstract: Faced with the complexity of trial of concrete cases in the normative field, more specifically in the so-called hard cases, and considering the lesson of Dworkin, which shows that the judge can't get to the correct answer using a just system of rules, the need to study the distinction between rules and principles. In this sense, there are several criteria used to perform such a distinction. Thus, this study has as its starting point the traditional criteria analysis or quantitative, to then examine the distinction between rules and principles in the light of the theories of Ronald Dworkin and Robert Alexy, discussing antagonistic positions of these two theorists about the issue. The bibliographic analysis of these theories made it possible to rethink the implementation of rules and principles in specific cases, as well as how to solve the cases of conflicts between legal provisions, which explains and demonstrates the necessity of rediscussing the issue constantly. Keywords: rules; principles; distinction between rules and principles; Ronald Dworkin; Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

Apesar da importância do conceito de norma jurídica e do constante debate acerca do tema, não há consenso entre os juristas acerca deste conceito.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.21

Durante o estudo do conceito de norma jurídica, evidencia-se outro ponto controvertido e também bastante polêmico, qual seja, as espécies de normas jurídicas.

Hodiernamente, não restam dúvidas de que o sistema jurídico é formado por regras e princípios, sendo estes espécies do gênero norma.

Contudo, a polêmica acerca das espécies de normas reside em distinguir as duas espécies, havendo uma dificuldade enorme em distinguir os princípios e as regras.

Tal distinção constitui tema sempre atual, pois uma distinção mais elaborada, bem como uma melhor conceituação desses termos, implica na correta compreensão do ordenamento jurídico, sendo, inclusive, necessário para que as normas deste ordenamento tenham aplicabilidade.

Corroborando a ideia de que o tema é atual e merece ser melhor trabalhado, é imperioso destacar a aprovação do Novo Código de Processo Civil, código definido por uma maioria da doutrina como principiológico, por trazer nos seus artigos 1º a 11º princípios que devem ser observados e utilizados na interpretação e aplicação do referido código.

Logo, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, código principiológico, reafirmou a necessidade de distinguir regras e princípios, até mesmo para possibilitar a identificação dos princípios no referido código, bem como para melhor aplicá-los.

O debate acerca da distinção entre regras e princípios, apesar de ser atual, não é recente, mas só ganhou notoriedade e a relevância atual com as obras de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (2008, 2014).

Dessa forma, este trabalho tem como objetivo distinguir regras e princípios à luz das teorias de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (2008, 2014), discutindo as posições antagônicas destes dois teóricos acerca do tema abordado.

Por oportuno, vale destacar que existem vários critérios utilizados para a distinção entre regras e princípios.

O desenvolvimento do estudo partirá de breves considerações acerca dos critérios tradicionais de distinção entre regras e princípios. Na sequência, passar-se-á ao cotejo das distinções entre as espécies normativas na doutrina de Dworkin (2002) e seus pontos antagônicos à doutrina de Hart. O presente estudo chega a termo com a apresentação da distinção entre regras e princípios na obra de Robert Alexy (2008). Com isto, visa-se traçar algumas bases teóricas para a compreensão das normas do ordenamento jurídico e sua aplicabilidade, a partir da ótica de dois dos mais importantes juristas do Direito contemporâneo.

CRITÉRIOS TRADICIONAIS DE DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Antes da revolução elaborada por Dworkin (2002) e Alexy (2008), que promoveram distinções qualitativas acerca dos princípios e das regras jurídicas, vários doutrinadores se utilizavam de diferentes critérios para realizar a referida distinção, critérios como a generalidade, o grau de imprecisão, a abstração, a discricionariedade, a hierarquia, dentre outros.

Os supracitados critérios são denominados critérios tradicionais ou critérios quantitativos, sendo utilizados por muito tempo para distinguir regras e princípios.

Acerca dos critérios supracitados, e com o fito de evidenciar que grandes expoentes se utilizaram destes critérios, podemos apontar as lições de Canotilho (2003, p. 1160-1161), que afirmava:

> Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos.
> a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

A partir deste contexto, passaremos a analisar alguns destes critérios.

Segundo o critério da generalidade, os princípios são muito mais gerais do que as regras.

Por oportuno, destacamos que a referida generalidade pode ser compreendida como o aspecto da norma jurídica não ser feita para um destinatário específico na sociedade.

Tal critério pode ser observado na obra Teoria da Norma Jurídica de Norberto Bobbio, no momento em que define os princípios como “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais” (Bobbio, 2003, p. 81).

Paulo Bonavides (2006), ao tratar do referido tema, aponta Boulanger (n.d.) como um dos precursores na distinção de valor teórico entre regras e princípios, inclusive citando o referido autor, que afirmava:

> Há entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância, mas uma disparidade de natureza. Uma vez mais o vocabulário é a fonte de confusão: a generalidade da regra jurídica não se deve entender da mesma maneira que a generalidade de um princípio. Sendo que o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações.

Quanto ao critério de hierarquia, podemos apontar como exemplo a lição de Hart (2012), que aduz que o sistema jurídico é um sistema escalonado, no qual

existe uma "regra de reconhecimento" que seria o dispositivo capaz de estabelecer quais comandos deveriam ser reconhecidos como juridicamente válidos.

Aduz, ainda, que o referido sistema é baseado na união de regras primárias e secundárias, sendo que a função das regras primárias é determinar o que os indivíduos podem ou não fazer, impondo-lhes obrigações e criando padrões de conduta, e as regras secundárias seriam características de sociedades mais desenvolvidas, que apresentam relações sociais mais complexas, tendo em vista que seriam responsáveis por atribuir poderes.

Ainda sobre o critério da hierarquia podemos citar a lição de Luis Fernando Barzotto (2007, p. 17):

> Este sistema é visto como um conjunto de normas dispostas hierarquicamente, na medida em que as normas são criadas em conformidade com as outras normas, sendo as primeiras vistas como "inferiores" em relação às segundas, as "superiores". Com efeito, a consideração do Direito moderno leva inadvertidamente o observador a visualizá-lo como um sistema normativo que se estrutura em uma forma "piramidal".

Já o critério do grau de imprecisão sustenta que os princípios, em razão da ambiguidade e da vagueza que são inerentes a estas normas jurídicas, são mais imprecisos que as regras e, por isso, estão sujeitos a múltiplas interpretações. Logo, os princípios são mais imprecisos e as regras menos imprecisas.

Em razão dos princípios serem mais imprecisos do que as regras, estão sujeitos a maior discricionariedade judicial do que as regras jurídicas.

Discricionariedade judicial é a possibilidade de o magistrado decidir de variadas maneiras sem desobedecer à norma jurídica.

Porém, essas distinções não se sustentam, pois existem princípios mais específicos do que as regras, bem como o grau de imprecisão não é inerente aos princípios, existindo regras que também são imprecisas.

Ademais, existem princípios que são mais precisos do que as regras.

DISTINÇÃO QUALITATIVA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS SEGUNDO A TEORIA DE RONALD DWORKIN

Para compreender melhor a teoria de Ronald Dworkin (2002), faz-se necessário contextualizar que o referido autor faz grandes críticas ao positivismo jurídico preconizado por Herbert Hart (2012).

Dworkin (2002) elaborou sua tese em cima da crítica a Hart, que em sua obra considerava o direito como um conjunto de regras primárias e secundárias. A finalidade do estudo de Dworkin (2002) foi fazer um ataque geral ao positivismo, sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação.

A crítica de Dworkin (2002) é baseada em um problema muito mais terminológico do que conceitual, considerando que Hart, ao utilizar a terminologia

de regras, não reduz o direito a um sistema apenas de regras, como diz Dworkin (2002).

Hart (2012) conceitualmente compreende o que denomina regra como aquilo que Dworkin (2002) denomina regra e princípio.

Hart (2012), ao utilizar a terminologia de regras secundárias, acabou por constatar que o sistema de regras, hoje compreendido como normas, é dotado de regras mais gerais que exigem um maior poder discricionário do juiz.

Hart (2012) inclusive reconhece os limites do sistema de regras para solução das questões jurídicas, afirmando que, nos casos difíceis, quando o modelo de regras mostra com mais clareza a sua insuficiência, a decisão judicial não seria uma questão de direitos jurídicos, mas de simples poder discricionário conferido à autoridade judiciária.

Hart (2012) compreende o que denomina regra como aquilo que Dworkin (2002) denomina regra e princípio.

Segundo Dworkin (2002) , um sistema jurídico nunca poderia ser discricionário, e esta é uma preocupação muito clara na obra Levando os Direitos a Sério.

Dworkin (2002) percebe que a Suprema Corte Americana cita princípios muito abstratos e que não estão previstos na Constituição; são princípios mais próximos de princípios morais ou políticos do que regras jurídicas.

Diante desta observação, começa a indagar se os juízes decidem baseados em regras prévias ou criam as suas próprias regras, principalmente nos casos difíceis, e aplicam essas regras aos casos.

Do questionamento, ele chega à conclusão de que, do ponto de vista hermenêutico, o direito é muito mais baseado em princípios morais, em uma moralização da sociedade, do que em regras ou estratégias jurídicas.

Desta conclusão não se pode aferir que os juízes podem decidir de forma discricionária, pois os juízes não decidem desconsiderando as normas prévias ou baseados nas suas próprias crenças.

Logo, para Dworkin (2002) , o ordenamento jurídico não é baseado apenas em regras, mas sim em um sistema binário, pautado em regras e em princípios.

Para compreender a distinção entre norma e princípio nas lições de Dworkin (2002), é necessário, a priori, destacar que, segundo o referido autor, “a diferença entre princípios legais e regras jurídicas é uma distinção lógica” (Dworkin, 2002).

Assim, esclarece que no âmbito da aplicação pode ser enunciada uma das diferenças:

> A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão (Dworkin, 2002).

Para compreender melhor esse tudo ou nada, ele cita em sua obra o exemplo de um testamento, que passamos a transcrever:

> Se tomarmos por modelo as regras do beisebol, veremos que as regras do direito, como aquela segundo a qual um testamento é inválido se não for assinado por três testemunhas, ajustam-se bem ao modelo. Se a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas. A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções (Dworkin, 2002, p. 40).

As regras, segundo este autor, são aplicadas segundo o critério tudo ou nada, ou seja, ou a regra é válida e tem que ser aplicada, ou a regra é inválida e deve ser excluída do ordenamento, impossibilitando uma satisfação em grau variado.

Portanto, ao ocorrer um conflito entre regras, a validade de uma implicará a invalidade da outra, a não ser que seja dotada uma cláusula de exceção que elimine o conflito.

Ademais, é possível enumerar todas as exceções à regra, pois a regra traz no seu enunciado todas as suas exceções.

Por fim, a regra possui uma relação condicional entre suporte fático e consequência jurídica, sendo que, caso ocorra o fato previsto no enunciado, se dá necessariamente a consequência.

Já os princípios são aplicados utilizando-se do critério da dimensão do peso ou da importância, de modo que, em caso de colisão, o princípio de peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que nenhum perca a validade (Dworkin, 2002, p. 42).

Pelo critério de dimensão do peso ou da importância, existem princípios que, em determinados casos concretos, prevalecem em detrimento de outros, pois têm mais peso ou mais importância.

Ocorre que, mesmo sendo preteridos, estes princípios não são considerados inválidos e não serão excluídos do ordenamento.

Logo, ao contrário das regras, que existem em uma relação de validade ou invalidade, os princípios têm uma dimensão valorativa.

Os princípios não possuem uma relação condicional entre suporte fático e consequência jurídica em razão da abertura valorativa e em razão também da textura aberta da linguagem, não conduzindo a uma única decisão jurídica, mas sim a decisões jurídicas variadas a depender do caso concreto e do contexto em que o princípio foi aplicado.

Considerava que argumentos jurídicos qualificados repousavam na melhor interpretação moral das regras de uma determinada comunidade e essa reaproximação entre direito e moral era feita pelos princípios jurídicos.

Por outro lado, os princípios não poderiam ser motivos para exclusão da aplicação das regras, pois o sistema jurídico não seria consistente e seria muito aberto e possibilitaria ao juiz decidir de qualquer forma.

Dworkin (2002, p. 36) divide os princípios em princípios jurídicos e políticos. Ao tratar dos princípios políticos conceitua como sendo:

> Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).

Já os princípios jurídicos conceitua como sendo "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade" (Dworkin, 2002).

DISTINÇÃO QUALITATIVA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy (2008), por sua vez, considera que há três teses diversas acerca da distinção entre regras e princípios.

A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciação entre tais espécies normativas seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso.

A segunda tese, por sua vez, prevê a possibilidade de diferenciação pautada em um critério de generalidade.

A terceira defende que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença quantitativa, mas qualitativa.

A tese da possibilidade de diferenciação pautada no critério da generalidade já era disseminada antes da teoria de Dworkin (2002). Essa concepção, segundo Alexy (2008), é denominada tese fraca da separação, considerando a última tese a correta e busca realizar uma distinção entre regras e princípios de cunho qualitativo.

Tradicionalmente adotava-se a concepção de que regras são normas que apenas podem ser cumpridas ou não, sendo realizadas por meio da lógica do tudo ou nada, sendo Dworkin (2002) seguidor deste pensamento.

Segundo Dworkin (2002), os princípios não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso.

Dworkin (2002) chegou à conclusão de que a distinção entre regras e princípios é de natureza lógica, não se tratando de grau de abstração.

Quanto à forma de aplicação, as regras são aplicadas na forma do tudo ou nada, pois, diante das circunstâncias de um caso concreto, ou elas se aplicam, pois foram preenchidas as condições de aplicação, ou elas não são pertinentes ao caso, em razão dos pressupostos de aplicação não terem sido satisfeitos.

Acerca da distinção entre regras e princípios, Alexy (2014) assevera: “A distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio”.

Como o conceito de validade jurídica, de acordo com Alexy, não é graduável, ou uma regra é válida ou não é, tendo isso em mente, regras independem da análise do caso concreto para sua aplicação em um determinado conflito, pois tal problema é solucionado mediante critérios de validade.

Alexy (2014) conceitua princípios como “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.

De acordo com Alexy (2014) , princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes; neste sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas prima facie.

Para compreender melhor o que são princípios, faremos um estudo prévio pautado na etimologia, mandamento é uma ordem, um comando que deve ser seguido, e otimização pode ser definida como um conjunto de técnicas para a seleção das melhores alternativas com o propósito de alcançar fins determinados.

Diante disto, podemos concluir que os princípios são ordens que têm por finalidade cumprir em sua máxima inteireza os comandos contidos nelas, com o fito de otimizar o ordenamento jurídico.

Os princípios servem como parâmetros axiológicos, de valor, para interpretarmos os outros princípios e as outras regras que fazem parte do ordenamento jurídico.

Vale destacar que, segundo Alexy (2014), os princípios podem ser satisfeitos/obedecidos em graus variados, ou seja, nem sempre eles podem ser satisfeitos integralmente.

Tal fato pode ser justificado por existirem circunstâncias que possibilitam graus variados de satisfação, sendo elas de ordem fática ou de ordem jurídica.

Quanto às circunstâncias de ordem fática, são os problemas reais, sociológicos e empíricos que impedem o cumprimento daquele princípio.

Já as circunstâncias de ordem jurídica são os outros princípios e outras regras que são colidentes com o princípio que se deseja aplicar, impedindo a aplicação do mesmo.

Em decorrência disso, podemos extrair que o grau de satisfação não é determinado pelo próprio princípio.

O princípio na obra de Alexy (2014) não possui um mandamento definitivo, pois o conteúdo e o limite desse princípio têm que ser estabelecidos de forma contextualizada.

Só o caso concreto vai delimitar o conteúdo e o grau de satisfação dos princípios.

Como dito anteriormente, Alexy (2014) conceitua regra como razão definitiva, sendo estas satisfeitas ou insatisfeitas, ou seja, se uma regra é válida, ela deve ser aplicada na sua integridade e, se ela for inválida, não deve ser aplicada.

Para compreender melhor a distinção entre as duas espécies de normas, segundo a teoria do autor em comento, é necessário ressaltar que tal diferenciação é mais nítida, ficando mais evidente na aplicação das mesmas nos casos concretos, mais especificamente nos casos concretos em que houver conflito entre as regras e conflito entre princípios.

Ou seja, fica mais evidente a diferença entre regras e princípios ao se analisar a solução de conflitos entre duas regras colidentes e a solução de conflitos entre dois princípios colidentes.

Quando houver conflito entre duas regras antagônicas, apenas uma deve ser considerada como válida, sendo a outra considerada inválida, lecionando o seguinte:

> Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida (Alexy, 2014, p. 92).

Já quando houver conflito entre princípios, a solução para este conflito não está adstrita à declaração de invalidade de um princípio, pois um princípio não anula o outro, mas será aplicado o princípio que tiver maior peso para o caso concreto.
Sobre o conflito entre princípios, Alexy (2008, p. 37) leciona que “eles colidem com outros princípios. A forma de aplicação ideal para eles típica é, por isso, a ponderação. Somente a ponderação leva do dever-prima facie ideal ao dever real e definitivo”.

A esta forma de resolução dos conflitos entre princípios, Alexy passou a denominar de critério da ponderação.

Acerca da ponderação, Alexy (2008,p. 93) assevera:

> Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.

Acerca da referida diferenciação, o autor aduz ainda que o “conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (Alexy, 2014, p. 93/94).

Assim, a resolução nos casos de conflito entre duas regras está vinculada à subsunção e a resolução nos casos de conflito entre princípios à ponderação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A norma jurídica, como é entendida hoje, passou por um processo evolutivo, pelo qual no início se entendia apenas a regra como norma jurídica.

Foi percorrida uma árdua trajetória ao longo dos últimos séculos até que os princípios fossem classificados como normas.

Hodiernamente, a divisão do gênero norma em regras e princípios é pacífica na doutrina pátria.

Por oportuno, vale destacar que os princípios possuem papel de destaque no sistema normativo brasileiro, inclusive vários deles constam no texto constitucional.

Assim, a distinção entre regras e princípios é de fundamental importância, considerando a sua importância para a solução de problemas da dogmática dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Conforme demonstrado, as tentativas de distinção entre regras e princípios são bastante antigas.

De acordo com a dogmática tradicional, a classificação de princípios e regras obedeceria a critérios como os da generalidade, do grau de imprecisão, da abstração, da discricionariedade, da hierarquia. Atualmente, tais critérios são insuficientes para se chegar a uma distinção adequada dos mesmos.

Neste passo, as obras de Dworkin e Alexy promoveram uma verdadeira revolução, deixando de ser promovida uma distinção quantitativa e passando a ser realizada uma distinção qualitativa entre regras e princípios.

Segundo a teoria de Dworkin, o julgador, diante dos conflitos que lhe são apresentados, só pode chegar a uma única resposta correta. Assim, se o julgador se utilizar apenas das regras para responder a este caso, ele não terá como chegar a esta resposta correta. Ou seja, um sistema pautado apenas em regras é insuficiente para determinar a resposta correta.

Ao chegar a esta conclusão, o referido autor evidencia que o sistema jurídico, as normas, é composto tanto por regras quanto por princípios. Daí surge a necessidade de distinguir as duas espécies de norma.

Para realizar a distinção entre as duas espécies de norma, Dworkin afirma que as regras possuem apenas dimensão de validade, sendo aplicadas pelo critério do tudo ou nada, enquanto os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância.

Robert Alexy inicia seu estudo sobre a distinção entre regra e princípio partindo da teoria de Dworkin, sendo sua teoria acerca da distinção entre regras e princípios a mais influente.

Alexy considera que há três teses diversas aceca da distinção entre regras e princípios, sendo que a primeira sustenta que toda tentativa de diferenciação entre tais espécies normativas seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso; a segunda tese, por sua vez, prevê a possibilidade de diferenciação pautada em um critério de generalidade; e a terceira defende que as normas podem

ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença quantitativa, mas qualitativa.

O supracitado autor considera a última tese como a correta, e a sua teoria culminou por constituir a base para o fundamento de decisão judicial, em especial, para solução de problemas de colisão de direitos fundamentais.

Ao tratar do conflito entre normas, o autor leciona que fica mais evidenciada a distinção entre as regras e os princípios, considerando que, diante de um caso concreto no qual houver conflito entre duas regras, apenas uma pode ser considerada válida e a outra deve ser invalidada; já nos conflitos entre os princípios, um princípio não invalida o outro, devendo ser avaliado qual o princípio tem maior peso.

Esta é a teoria da ponderação, teoria considerada pelo autor como um método consistente.

Por oportuno, é necessário destacar que a teoria da ponderação encontra críticas na doutrina.

Contudo, apesar das críticas, é inegável a importância da ponderação para a garantia e preservação dos princípios constitucionais de forma a preservar o funcionamento adequado e harmônico do sistema jurídico constitucional, principalmente nos casos em que houver conflitos entre princípios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste Cordeiro dos Santos Leite. 9. ed. Brasília: UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 81.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 267.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 17.

BITENCOURT, Caroline Muller; CALATAYUD, Eduardo Dante; RECK, Janiê Rodrigues. **Teoria do Direito e Discricionariedade: fundamentos teóricos e crítica do positivismo**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1160-1161.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

Capítulo 22

A Tributação, o Mínimo Existencial e a Dignidade Humana

The Existential Minimum Taxation and Human Dignity

Lívio Augusto de Carvalho Santos

Doutorando em Direito pela UNIMAR. Mestre em Direito pela UNISC. Professor da Graduação em Direito na UNINOVAFAPI e FAEPI. Coordenador Pedagógico da EJUDPI.

Resumo: O presente estudo tem como objetivo a discussão acerca do conteúdo e do alcance do princípio constitucional da capacidade contributiva, como instrumento de justiça fiscal. Com o fito de demonstrar como o referido princípio pode ser utilizado para a garantia do mínimo existencial e da dignidade humana. Surgindo a problemática: Como o princípio da capacidade contributiva pode proteger o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana em face da tributação incidente sobre os recursos destinados à manutenção e promoção desta finalidade? Em primeiro lugar, pretende-se delimitar o conceito de tributo e as suas espécies. Em seguida, pretende-se compreender o conteúdo e o alcance do princípio da capacidade contributiva. Posteriormente, pretende-se verificar a relação existente entre o princípio da capacidade contributiva e o princípio da isonomia, bem como a sua relação com o princípio do não confisco. Por fim, pretende-se demonstrar que o princípio em comento é um instrumento eficaz para proteger o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana. A pesquisa desenvolvida foi qualitativa, do tipo documental-bibliográfica; o método de abordagem escolhido foi o dedutivo e, como método de procedimento, será adotado o método monográfico, comparativo e funcionalista. A conclusão obtida é que na avaliação da capacidade econômica não deve ser a parcela de recursos destinados à subsistência do contribuinte e de sua família, como forma de proteger o mínimo existencial e a dignidade humana.

Palavras-chave: tributação; capacidade contributiva; mínimo existencial; dignidade humana.

Abstract: This study aims to discuss the content and scope of the constitutional principle of ability to pay, as an instrument of Justice. To demonstrate how this principle can be used to guarantee the minimum existential and human dignity. Emerging issue: Can the principle of ability to pay protect the existential minimum and the dignity of the human person in the face of taxation on the resources intended for the maintenance and promotion of this purpose? Firstly, it is intended to delimit the concept of tribute and its species. Then, the aim is to understand the content and scope of the principle of ability to pay. Subsequently, we intend to verify the relationship between the principle of ability to pay and the principle of equality, as well as your relationship with the principle of no confiscation. Finally, we intend to demonstrate that the principle in question is an effective instrument to protect the existential minimum and the dignity of the human person. The research was a qualitative kind; a bibliographical, documentary approach was chosen, and as a method of procedure, the monographic method, comparative, and functional. The conclusion obtained is that in assessing the economic capacity, the share of resources for subsistence of the taxpayer and their family should be considered, as a way to protect the minimum existential and human dignity.

Keywords: taxation; ability to pay; existential minimum; human dignity.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.22

INTRODUÇÃO

O tributo é a principal fonte de receita do Estado, sendo fundamental para a manutenção da máquina estatal, para que o Estado realize suas atividades e para o custeio das obrigações que o Estado tem com o administrado, tais como saúde, educação, segurança pública, coleta de lixo domiciliar, iluminação pública, etc.

Diante da necessidade de arrecadar tributos, a Constituição Federal de 1988 outorgou o poder de tributar aos entes federativos, distribuindo entre eles a competência tributária.

Ocorre que este poder não é ilimitado, pois a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu limitações a este poder. Enquadram-se como limitações ao poder de tributar os princípios constitucionais do direito tributário e as imunidades tributárias.

Dentre os princípios constitucionais do direito tributário, destacamos o princípio da capacidade contributiva. O destaque e a escolha do tema residem no fato de que o referido princípio pode ser utilizado como instrumento de justiça fiscal, garantindo o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, surge a problemática: Como o princípio da capacidade contributiva pode proteger o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana em face da tributação incidente sobre os recursos destinados à manutenção e promoção desta finalidade?

Portanto, o objetivo do presente estudo é demonstrar como o referido princípio pode ser utilizado para a garantia do mínimo existencial e da dignidade humana.

Ao analisar o princípio da capacidade contributiva, o enfoque principal do presente estudo será a aplicação deste. Valendo-se de alguns conceitos para investigar o alcance do princípio em comento.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, divide-se o trabalho em pontos basilares, quais sejam: o conceito de tributo e as suas espécies; o conteúdo e o alcance do princípio da capacidade contributiva; a relação existente entre o princípio da capacidade contributiva e princípio da isonomia; a relação existente entre o princípio da capacidade contributiva e o princípio do não confisco; e tributação, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana, para compreender como a aplicação do princípio da capacidade contributiva pode proteger os recursos necessários para a manutenção do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

Para a elaboração do presente estudo, a pesquisa desenvolvida foi qualitativa, do tipo documental-bibliográfica; o método de abordagem escolhido foi o dedutivo e, como métodos de procedimento, serão adotados os métodos monográfico, comparativo e funcionalista.

TRIBUTO: CONCEITO E ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

A Constituição Federal de 1988 é a principal norma que versa sobre o sistema tributário nacional; entretanto, a mesma não traz a definição de tributo. Tal definição está prevista no Código Tributário Nacional no artigo 3º [1].

O conceito de tributo previsto no supracitado artigo é um dos mais completos e perfeitos do mundo, sendo que a interpretação adequada deste conceito é fundamental para a compreensão do sistema tributário brasileiro.

A importância da interpretação adequada do conceito de tributo é ressaltada por Sacha Calmon Navarro Coêlho (2015, p.377): "A segura compreensão dos arts. 3º e 4º do CTN seria suficiente para apaziguar os ânimos e fazer esmaecer o tormento a que ficamos submetidos toda vez que se discutem neste país questões tributárias".

A expressão "é toda prestação pecuniária compulsória" deixa evidente que o pagamento do tributo é um dever, não havendo escolha para o contribuinte em pagar ou não o tributo.

Já a expressão "que não constitua sanção de ato ilícito" nos permite concluir que o fato gerador do tributo não pode ser um ato ilícito e, consequentemente, toda obrigação pecuniária decorrente de uma sanção não é tributo.

A expressão em comento é importantíssima para diferenciar os tributos das multas tributárias. Sacha Calmon ressalta que "é notável a cláusula 'que não constitua sanção de ato ilícito' porque permite extremar o tributo das multas" (Coêlho, 2015, p.377).

No que diz respeito a "instituído em lei", está em consonância com o princípio constitucional da legalidade previsto no art. 5, II, da Constituição Federal, pois ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei, e com o princípio constitucional da legalidade tributária previsto no artigo 150, I, da Constituição Federal.

Destacamos que, em decorrência da exigência de que o tributo seja instituído em lei, os elementos essenciais do tributo devem estar definidos na referida lei, sendo considerados como elementos essenciais dos tributos o fato gerador[2], a base de cálculo[3], a alíquota[4], o sujeito ativo[5] e o sujeito passivo[6]. Por fim, temos que o tributo é cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, o que

1 Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

2 Fato gerador do tributo é a "expressão que designa a situação de fato cuja ocorrência faz nascer a obrigação principal, vale dizer, o dever jurídico de pagar tributo"(Machado, H. B.; Machado, S. F., 2011, p. 84).

3 Base de cálculo é a "expressão de grandeza do fato gerador do tributo, sobre a qual se aplica a alíquota para ter-se o valor do tributo correspondente" (Ibid., p. 9).

4 Alíquota é "uma expressão matemática que indica quantas vezes a parte que indica quantas vezes a parte está contida no todo". (Ibid., p. 9).

5 Sujeito ativo é o credor do tributo, fisco.

6 Sujeito passivo é quem tem a obrigação de pagar o tributo, o devedor.

impossibilita a renúncia de receitas tributárias por parte do gestor, bem como é uma proteção para o contribuinte que não pode ser cobrado de forma diversa do que está previsto na lei.

Após a análise do conteúdo do dispositivo, propõe-se o exame das espécies tributárias vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Quanto às espécies tributárias, existem várias teorias e correntes doutrinárias.

A primeira teoria sustenta que existem apenas duas espécies tributárias, os impostos e as taxas, sendo defensores dessa corrente Geraldo Ataliba e Pontes de Miranda.

A segunda teoria, tripartite, é oriunda do artigo 5º do CTN, pela qual temos como espécies tributárias os impostos, taxas e contribuições de melhoria, tendo como um dos defensores Sacha Calmon.

Já a teoria quadripartida defende que existem quatro espécies tributárias, sendo elas impostos, taxas, contribuições e empréstimo compulsório. Tal teoria é sustentada por Ricardo Torres.

Por fim, temos a teoria pentapartida, sustentada pela maioria da doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual existem cinco espécies tributárias, sendo elas os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições (ou contribuições especiais).

A partir disso, temos que o imposto é "o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte", segundo o art. 16 do CTN, ou seja, os impostos são tributos desvinculados.

De outro lado, as taxas são tributos vinculados, tendo como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis. As taxas têm como base legal os arts. 145, II, CF e 77 do CTN[7].

As contribuições de melhoria são tributos instituídos para fazer face ao custo de uma obra pública e têm como fato gerador a valorização imobiliária decorrente de uma obra pública.

Leandro Paulsen (2012, p. 47), ao tratar das contribuições de melhoria, leciona:

> Realizada obra pública que implique particular enriquecimento de determinados contribuintes, podem estes ser chamados ao seu custeio em função de tal situação peculiar que os distingue. Efetivamente, havendo benefício direto para algumas pessoas, é razoável que o seu custeio não se dê por toda a sociedade igualmente, mas, especialmente, por aqueles a quem a obra aproveite.

7 CF – Art. 145, II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.
CTN – Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

As contribuições de melhoria têm como fundamento legal o art. 81 do CTN.

O empréstimo compulsório é uma espécie tributária peculiar, apresentando como características que o diferem dos demais tributos não possuir um fato gerador definido em lei, havendo previsão apenas das situações em que pode ser instituído, só podendo ser instituído por lei complementar pela União, e os valores arrecadados serão devolvidos aos contribuintes.

Os fundamentos legais do empréstimo compulsório são os arts. 148 da CF e 15 do CTN.

As contribuições ou contribuições especiais, como denominam alguns autores, estão previstas nos arts. 149 e 149-A da CF, sendo uma categoria ampla de tributos, na qual se enquadram as contribuições sociais, as contribuições de intervenção no domínio econômico, as contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas e a contribuição para custeio de serviço de iluminação pública.

O CONCEITO DE PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O sistema tributário brasileiro está previsto na Constituição Federal de 1988, na qual, além do poder de tributar, também traz a previsão de limitações ao poder de tributar, que são os princípios e as imunidades.

Dentre os princípios, destacamos o princípio da isonomia, que é a origem do princípio da capacidade contributiva, objeto de estudo do presente trabalho.

A conceituação deste princípio é tarefa árdua, pois na doutrina encontramos diversos conceitos.

Com o intuito de definir a capacidade contributiva, Regina Helena Costa (2012, p. 23-24) utiliza-se dos ensinamentos de Griziotti, Rubens Gomes de Sousa e Emilio Giardina. Ao citar Grizziotti indica que a "possibilidade que possuem os submetidos à soberania fiscal para contribuir para os gastos públicos", complementa trazendo o conceito de Rubens Gomes como a "soma de riquezas disponível depois de satisfeitas as necessidades elementares de existência, riqueza essa que pode ser absorvida pelo Estado sem reduzir o padrão de vida do contribuinte" e por fim cita a ideia de Giardina que entende como a "possibilidade econômica do contribuinte de pagar o tributo".

Sacha Calmon (*apud* Coêlho, 2015, p.69), ao tratar da capacidade contributiva, aduz que "refere-se à concreta e real aptidão de determinada pessoa (considerados seus encargos obrigatórios pessoais e inafastáveis) para o pagamento de certo imposto".

No mesmo sentido, Edilson Pereira Nobre Júnior (2001, p. 34) leciona que "o contribuinte, por exigências de ordem coletiva, esteja apto para, no caso concreto, ser compelido a suportar determinado encargo tributário".

Deste modo, o princípio da capacidade contributiva significa que todos temos que pagar impostos na medida da possibilidade, ou seja, segundo o montante da renda disponível (Tipke; Yamashita, 2002, p.31).

Apesar da divergência doutrinária, podemos observar que todos os conceitos convergem para o mesmo ponto, qual seja a capacidade de suportar o encargo tributário.

Hodiernamente, o princípio da capacidade contributiva está previsto no art. 145, da Constituição Federal de 1988.

O supracitado artigo, no seu parágrafo primeiro, ao tratar dos impostos, impõe que "sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte".

Para compreender melhor o significado do referido princípio, é necessário primeiramente analisar as expressões "sempre que possível", "terão caráter pessoal" e "serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte".

Hugo de Brito Machado (2009, p.40) assevera que a expressão "sempre que possível" não atribui faculdade ao legislador de escolher quando será utilizado tal princípio.

Neste passo, devemos interpretar que, na verdade, a expressão sempre que possível traz um dever a ser obedecido pelo legislador, pois ele sempre deve aplicá-lo, exceto se não comportar.

Sendo assim, a aplicação do referido princípio só é afastada em casos excepcionais.

No mesmo sentido, Edson Júnior, citando Bernardo Ribeiro de Morais (2001, p.65), "enxergou sempre que possível a circunstância da norma constitucional conceber exceções à exigência da capacidade contributiva".

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE OU DO TRATAMENTO ISONÔMICO

O princípio da isonomia está previsto no artigo 150 da Carta Magna, que preconiza que é proibido "instituir tratamento desigual a contribuintes que se encontram em situação equivalente".

Aparentemente, parece que a constituição proíbe que haja diferenciação de tratamento entre contribuintes, ou seja, todos devem ser tratados igual. Entretanto, este não é o sentido da norma constitucional.

Na verdade, o princípio da isonomia deve ser interpretado a partir da máxima aristotélica pela qual os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais devem ser tratados como desiguais, dentro das suas desigualdades.

Segundo Rui Barbosa (*apud* Alexandre, 2013, p.95):

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Não podemos falar em igualdade ao tratarmos de forma igual duas pessoas que estão em situações distintas.

O princípio da igualdade tributária implica tanto não discriminar os iguais quanto discriminar os desiguais.

Neste sentido Coêlho (2015, p.234) leciona:

> Pois bem, o princípio da igualdade da tributação impõe ao legislador: A) discriminar adequadamente os desiguais, na medida de suas desigualdades; B) não discriminar entre os iguais, que devem ser tratados igualmente.

O sistema tributário nacional permite o tratamento diferenciado a contribuintes, desde que estes estejam em situações distintas, e, para tanto, o legislador deve escolher critérios para a referida discriminação, dentre eles, apontamos a capacidade contributiva do contribuinte.

Sendo assim, no momento em que há a graduação conforme a capacidade contributiva, mesmo havendo uma discriminação positiva, tal discriminação não afronta o preceito constitucional da igualdade, ao contrário, está efetivando-o.

Quanto à capacidade contributiva como critério utilizado para a diferenciação dos contribuintes, apontamos:

> Posto que tributos são prestações pecuniárias compulsórias (art. 3º do CTN), é inerente à realidade econômica dos contribuintes sua capacidade econômica como critério de comparação. Neste sentido, diante da inegável realidade tributária do Estado Democrático de Direito, e em face da perigosa arbitrariedade na eleição do critério de comparação entre contribuintes, a Constituição brasileira não quis deixar ao legislador a tarefa de determinar o principal critério de comparação das realidades de tributação. Ao expressamente determinar que "(...) os impostos serão (...) graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte", o art. 145, § 1º, da Constituição Federal/1988 reconhece na expressão "graduados segundo a (...)" que a capacidade econômica é o principal e mais adequado critério de comparação do princípio da igualdade aplicado ao Direito Tributário (Tipke; Yamashita, 2002, p.56)

Diante do exposto, resta demonstrado que há uma relação íntima entre o princípio da capacidade contributiva e o princípio da igualdade.

Neste passo, de saída, igualdade na tributação, capacidade contributiva e extrafiscalidade formam uma intrincada teia (Coêlho, 2015, p. 231).

Roque Antonio Carraza (2015) evidencia que o princípio da capacidade contributiva é desdobramento do princípio da igualdade, sendo que é através do primeiro que a igualdade tributária se concretiza.

Podemos concluir que existe relação entre o princípio da capacidade contributiva e o da igualdade, sendo que o primeiro é um instrumento de concretização do segundo.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO

Além da relação íntima com o princípio da igualdade, o princípio da capacidade contributiva também se relaciona com o princípio do não confisco.

Para compreender melhor a relação entre os dois princípios, primeiramente, é necessário definir e conceituar o princípio do não confisco.

O princípio do não confisco surgiu como proteção ao direito fundamental à propriedade, proteção esta em face do poder do Estado de tributar a renda e o patrimônio do contribuinte.

O artigo 150 da Constituição Federal, em seu inciso IV, proíbe expressamente a utilização da tributação com efeito confiscatório.

Em outras palavras, o que se pretende é evitar que os entes federativos expropriem a propriedade privada do contribuinte através da tributação.

Da análise do princípio em comento surgiu a indagação de quando o tributo seria confiscatório, pois o constituinte não fixou critérios para a definição do efeito confiscatório, sendo um conceito indeterminado e devendo ser analisado no caso concreto.

Para Ricardo Alexandre (2016, p. 127) "o conceito de efeito confiscatório é indeterminado, sujeito a alto grau de subjetividade e varia muito de acordo com as concepções político-filosóficas do intérprete".

Acerca da conceituação indeterminada do princípio Carrazza (2015) assevera:

> O conceito de confisco – ainda que o termo padeça da ambiguidade e da imprecisão características da linguagem do direito positivo – pode ser singelamente definido como a situação que revela, prima facie, que o contribuinte está sendo gravado além da conta.

Muito embora o constituinte não tenha fixado critérios para a configuração do efeito confiscatório, tal omissão não prejudica a aplicação do referido princípio.

Como dito anteriormente, o princípio do não confisco deve ser analisado caso a caso, respeitando a razoabilidade e a proporcionalidade.

Não havendo razoabilidade ou proporcionalidade, a exação pode ser revista pelo Poder Judiciário. Alexandre (2016, p. 128) relata:

> Isso não impede, contudo, que, em casos de notória ausência de razoabilidade de uma exação ou de um conjunto de exações, o Poder Judiciário reconheça a existência de um verdadeiro abuso do direito de tributar, tendo em vista a absorção de parcela substancial do patrimônio ou da renda dos particulares.

Tal posicionamento, além de reforçar que a razoabilidade e a proporcionalidade são os critérios para o princípio do não confisco, alerta para o fato de que a análise da configuração do efeito confiscatório não deve ser feita considerando um tributo de forma isolada e sim toda a carga tributária.

A conclusão é de que, mesmo com a amplitude que pode ser dada à interpretação do princípio do não confisco, não restam dúvidas de que o que se pretende proteger é o patrimônio do contribuinte.

O princípio do não confisco "proíbe usurpar, simulando tributar, o patrimônio do contribuinte" (Carrazza, 2013, p. 113).

Após compreendido o significado e como o referido deve ser entendido, passaremos a demonstrar a relação entre o princípio do não confisco e o princípio da capacidade contributiva.

Os dois princípios estão ligados, considerando que o princípio da capacidade contributiva serve como parâmetro para a não confiscatoriedade, pois ao impor ao contribuinte um tributo maior do que ele pode suportar, desrespeitando a capacidade contributiva, estará sendo configurado o efeito confiscatório, bem como ao desrespeitar o princípio do não confisco.

Confiscatório é, portanto, o tributo que não respeita a capacidade contributiva.

Neste sentido, Carrazza (2013, p.113) sustenta que "as leis tributárias não podem compelir os contribuintes a colaborar além da monta com os gastos públicos", bem como o princípio do não confisco entremeia-se com os da capacidade contributiva e, por conseguinte, com o da igualdade.

Quanto ao alcance do princípio do não confisco, não há dúvida de que o mesmo se aplica a todas as espécies tributárias, ou seja, o princípio do não confisco deve ser aplicado aos impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimo compulsório e às contribuições especiais. Tal conclusão pode ser extraída do próprio texto constitucional, que não fez distinção entre as espécies, afirmando apenas que é proibido o efeito confiscatório.

Devemos nos preocupar agora com a aplicação do referido às multas, pois, como dito anteriormente, a multa não é tributo, sendo a mesma uma sanção de ato ilícito.

Para responder ao questionamento sobre a aplicação do princípio do não confisco às multas tributárias, trazemos à baila os ensinamentos de Sabbag (2014, p. 275):

> Não há dúvida de que uma multa excessiva, que extrapole os limites do razoável, ainda que visando a desestimular o comportamento ilícito iterativo, além de irradiar sua carga punitiva, em seus dois elementares caracteres – o preventivo e o punitivo –, mostra-se vocacionada a burlar o dispositivo constitucional inibitório de sua existência, agredindo o patrimônio do contribuinte.

Sendo assim, o princípio do não confisco também se aplica às multas e sempre será considerada confiscatória uma multa exacerbada que não respeite a capacidade contributiva, trazendo prejuízo ao patrimônio ou à sua própria manutenção.

Neste passo, também será considerada confiscatória a multa que prejudicar a continuidade das atividades financeiras de uma empresa.

A TRIBUTAÇÃO, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE HUMANA

Conforme exposto, o princípio da capacidade contributiva é um instrumento de justiça fiscal, considerando que, segundo o mesmo, deve ser onerado apenas quem tem capacidade para cumprir a referida exação.

Ressalte-se que o princípio da capacidade contributiva tem um sentido objetivo e um sentido subjetivo, sendo que no sentido objetivo é uma obrigação a ser cumprida pelo legislador e no sentido subjetivo a capacidade contributiva deve ser analisada no caso concreto, na real aptidão de uma pessoa levando em consideração seus encargos com a sua subsistência e a da sua família.

Assim, extrai-se da capacidade econômica do contribuinte o que o onera para a manutenção do mínimo existencial e da dignidade humana.

Neste sentido, Regina Costa (2012, p. 71) aduz que "pensamos que seja imperioso remarcar que tal noção implica, também, que sejam dedutíveis as despesas necessárias à manutenção do contribuinte, seja pessoa física ou jurídica". Complementa ainda a autora dizendo que "isto porque a capacidade contributiva só pode reportar-se como existente quando se aferir alguma riqueza acima do mínimo vital. Este deve ser, pois, intocável".

Então, podemos observar que existe uma relação entre a capacidade contributiva, o mínimo existencial e a dignidade humana.

Este também é o pensamento de Edilson Pereira Nobre Júnior (2001, p. 39) ao lecionar:

> Outro princípio a que não é alheia a capacidade contributiva é o da dignidade da pessoa humana. Recolhendo sua inspiração na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, como repúdio à barbárie nazi-fascista, vem, na atualidade, pautando a tendência dos ordenamentos constitucionais contemporâneos, através do reconhecimento do ser humano como o centro e o fim do Direito. Foi, entre nós, perfilha, à guisa de valor básico do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF).

Desse modo, não podemos assentir à tributação incidente sobre a parcela da riqueza destinada à garantia do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana.

Não é outro o pensamento anotado por Carrazza (2013, p. 116-117), quando afirma que:

> Por outro lado, os recursos econômicos indispensáveis à satisfação das necessidades básicas das pessoas (mínimo vital), garantidos pela Constituição, especialmente em seus art. 6º e 7º (alimentação, vestuário, lazer, cultura, saúde, educação, previdência social, transporte etc.) não podem ser alcançados

> pelos impostos. Tais recursos devem ser salvaguardados pela cuidadosa criação de situações de não incidência ou mediante oportunas deduções, legislativamente autorizadas.

Klaus Tipke (2002) brilhantemente elucida a relação existente entre o mínimo existencial, a dignidade humana e a capacidade contributiva, expondo que o mínimo existencial decorre da dignidade humana, sendo a capacidade contributiva instrumento de proteção do mínimo existencial, proteção esta que deve ser pretendida independentemente do modelo adotado pelo Estado, senão vejamos:

> O princípio da capacidade contributiva protege o mínimo existencial. Enquanto a renda não ultrapassar o mínimo existencial, não há capacidade contributiva. O mesmo resulta da dignidade humana e do princípio do Estado Social. O princípio da capacidade contributiva atende a ambos os princípios. Num Estado Liberal não é permitido que o mínimo existencial seja subtraído pela tributação, parcial ou totalmente, e uma compensação seja dada em benefícios previdenciários. O Estado não pode, como Estado Tributário, subtrair o que, como Estado Social, deve devolver (Tipke, 2002, p. 34).

Não restando dúvidas de que o mínimo existencial e a dignidade humana devem ser levados em consideração na análise da capacidade contributiva.

Ao constatar que o mínimo vital e a dignidade humana devem ser protegidos através do princípio da capacidade contributiva, assim, só existe capacidade econômica após o limite de recursos utilizados para a manutenção do mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, ou seja, os recursos utilizados com esse fim não podem ser considerados como capacidade econômica e consequentemente não podem ser tributados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tributação é fundamental para a continuidade das atividades estatais e a consequente continuidade dos serviços públicos.

A Constituição Federal outorga poder aos entes federativos de instituir tributos; entretanto, o referido poder não é ilimitado, sofrendo limitações ao poder de tributar.

Dentre as limitações ao poder de tributar, destacamos o princípio da capacidade contributiva, que está intimamente ligado aos princípios constitucionais da isonomia e do não confisco.

O princípio da capacidade contributiva é instrumento de justiça fiscal na medida em que quem pode mais paga mais e quem pode menos paga menos, havendo uma redistribuição da carga tributária.

O conteúdo do princípio que foi estudado no presente trabalho impõe que dos contribuintes será exigido apenas até o limite da sua capacidade econômica; quando extrapolar estes limites, a cobrança deve ser revista pelo Poder Judiciário.

Vale destacar que na avaliação da capacidade econômica não deve ser considerada a parcela de recursos destinados à subsistência do contribuinte e de sua família, como forma de proteger o mínimo existencial e a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado.** 7. ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. **Direito tributário esquematizado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 20 nov. 2015.

_____. **Lei nº 5.172, de 26 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm. Acessado em: 20 nov. 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da capacidade contributiva.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Teoria geral do direito tributário.** São Paulo: Malheiros, 2015.

_____, **Curso de Direito Tributário.** 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO, Schubert de Farias. **Dicionário de direito tributário**. São Paulo: Atlas, 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Princípio constitucional da capacidade contributiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

PAULSEN, Leandro. **Curso de tributário: completo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Capítulo 23

Entre a Forma e a Realidade: O Princípio da Primazia no Julgamento do Tema 1.386 Pelo Supremo Tribunal Federal

Between Form and Reality: The Principle of Primacy in the Judgment of Theme 1,386 by the Federal Supreme Court

Raquel Duim Rezende

Professora Doutora Tchoya Gardenal Fina do Nascimento.

Resumo: O presente trabalho analisa o julgamento do Tema 1.389 do STF sob a perspectiva do princípio da Primazia da Realidade e de sua função protetiva no Direito do Trabalho brasileiro. A pesquisa parte da compreensão de que as transformações contemporâneas das relações produtivas, associadas à ampliação da terceirização, da pejotização e de outras formas flexíveis de contratação, intensificaram o tensionamento entre a liberdade econômica e a proteção social constitucionalmente assegurada ao trabalhador. Nesse contexto, analisa-se a construção jurisprudencial desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal a partir da ADPF 324 e do Tema 725 da repercussão geral, bem como seus reflexos sobre a atuação da Justiça do Trabalho no reconhecimento de vínculos empregatícios e na identificação de fraudes trabalhistas. Além disso, o estudo examina os impactos sociais e previdenciários decorrentes da flexibilização das relações laborais, especialmente diante da ampliação da informalidade sofisticada, da fragilização da arrecadação previdenciária e do enfraquecimento da proteção social estruturada pela Constituição Federal de 1988. Utilizou-se metodologia dedutiva, mediante pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Ao final, conclui-se que a preservação da Primazia da Realidade permanece indispensável para a efetividade do modelo constitucional de proteção trabalhista, funcionando como instrumento essencial de contenção da precarização e de preservação da função social do trabalho no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: primazia da realidade; pejotização; tema 1.389; flexibilização trabalhista; proteção social.

Abstract: This paper analyzes the judgment of Tema 1.389 of the STF from the perspective of the Principle of Primacy of Reality and its protective function within Brazilian Labor Law. The research is based on the understanding that the contemporary transformations of productive relations, associated with the expansion of outsourcing, “pejotização” and other flexible forms of hiring, have intensified the tension between economic freedom and the social protection constitutionally guaranteed to workers. In this context, the study examines the jurisprudential construction developed by the Supremo Tribunal Federal following the judgment of ADPF 324 and Theme 725 of general repercussion, as well as its impacts on the Labor Courts’ role in recognizing employment relationships and identifying labor fraud. Furthermore, the paper analyzes the social and social security impacts resulting from the flexibilization of labor relations, especially considering the expansion of sophisticated informality, the weakening of social security revenue collection, and the erosion of the social protection system established by the Federal Constitution of 1988. The study adopts a deductive methodology through bibliographic, doctrinal, and jurisprudential research. Finally, it concludes that preserving the Principle of Primacy of Reality remains essential to the effectiveness of the constitutional model

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.23

of labor protection, functioning as a fundamental instrument to restrain labor precarization and preserve the social function of labor within the Democratic Rule of Law.

Keywords: primacy of reality; pejotização; theme 1.389; labor flexibilization; social protection.

INTRODUÇÃO

A consolidação histórica dos direitos trabalhistas no Brasil sempre esteve diretamente vinculada à necessidade de limitar desigualdades estruturais presentes na relação entre capital e trabalho (Delgado, 2024). Nesse contexto, o Direito do Trabalho surgiu como instrumento de contenção da exploração da mão de obra, atribuindo prevalência à realidade dos fatos em detrimento das formas contratuais artificialmente construídas para afastar garantias sociais (Delgado, 2024; Supiot, 2016). Entretanto, observa-se, nas últimas décadas, o fortalecimento de discursos voltados à flexibilização das relações laborais sob a justificativa da liberdade econômica, da modernização produtiva e da autonomia privada, promovendo um progressivo enfraquecimento da proteção jurídica do trabalhador (Antunes, 2018; Supiot, 2016).

É nesse cenário que a [1]pejotização se consolida como uma das manifestações mais significativas da precarização contemporânea do trabalho (Antunes, 2018; Migalhas, n.d.). Sob aparente legalidade contratual, trabalhadores passam a ser inseridos em relações formalmente empresariais que, na prática, preservam elementos clássicos da relação de emprego, como subordinação, pessoalidade, habitualidade e onerosidade (Brasil, 1943; Delgado, 2024) . A substituição do vínculo celetista por contratos civis ou comerciais não representa mera reorganização produtiva, mas verdadeira tentativa de afastamento das garantias asseguradas pela Consolidação das Leis do Trabalho e pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o julgamento do Tema 1.389 pelo Supremo Tribunal Federal revela-se paradigmático. Ao discutir a competência e o ônus da prova nos processos que envolvem alegações de fraude em contratos civis/comerciais de prestação de serviços, bem como a licitude da contratação de pessoas jurídicas para execução de atividades típicas de emprego, a Suprema Corte ultrapassa a análise estritamente processual e passa a definir os próprios limites da proteção trabalhista no Brasil contemporâneo. O debate submetido ao STF expõe um conflito cada vez mais evidente entre forma e realidade, questionando se a liberdade contratual poderá prevalecer sobre a materialidade das relações de trabalho e sobre os princípios constitucionais de proteção social.

O Princípio da Primazia da Realidade, historicamente consolidado como um dos pilares do Direito do Trabalho, estabelece que os fatos efetivamente vivenciados pelo trabalhador devem prevalecer sobre documentos ou formas contratuais utilizadas para mascarar relações empregatícias (Cassar, 2024; Delagado,2024).

1 Quando uma empresa contrata o trabalhador como pessoa jurídica (PJ), e não como empregado com carteira assinada. Ou seja, em vez de existir um contrato de trabalho regido pela CLT, cria-se um contrato civil ou comercial, como se fosse uma relação entre empresas.

Seu fundamento não se limita ao artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, que declara nulos os atos destinados a fraudar a legislação trabalhista, mas encontra respaldo direto na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, fundamentos estruturantes da ordem constitucional brasileira. Assim, relativizar a primazia da realidade significa admitir que a forma contratual possua maior relevância que a própria condição material do trabalhador, esvaziando a função protetiva do Direito do Trabalho e permitindo a institucionalização de mecanismos sofisticados de fraude laboral.

Além da fragilização das garantias individuais, a expansão indiscriminada da pejotização produz consequências estruturais no âmbito previdenciário e social. A substituição crescente de trabalhadores formais por pessoas jurídicas impacta diretamente o financiamento da seguridade social, reduzindo a arrecadação previdenciária e comprometendo a sustentabilidade de um sistema fundado na solidariedade contributiva. Desse modo, a flexibilização irrestrita das relações de trabalho não afeta apenas direitos individuais, mas ameaça a própria efetividade dos direitos sociais constitucionalmente assegurados.

Diante disso, o presente artigo busca analisar criticamente o julgamento do Tema 1.389 pelo Supremo Tribunal Federal, investigando em que medida a prevalência da forma contratual sobre a realidade material das relações de trabalho compromete a efetividade do Princípio da Primazia da Realidade e contribui para a consolidação de um cenário de precarização laboral e fragilização da proteção social no Brasil.

DA ANÁLISE CRÍTICA DO TEMA 1.389

A controvérsia instaurada pelo Tema 1.389 no Supremo Tribunal Federal tem origem no Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.532.603, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral. O tema discute, em tese, a licitude da contratação de trabalhador autônomo ou pessoa jurídica para prestação de serviço; a competência da Justiça do Trabalho para análise de eventual fraude em contratos civis ou empresariais; e a definição acerca do ônus probatório relacionado ao reconhecimento do vínculo empregatício. Entretanto, em realidade, segundo Delgado (2024), o que se encontra em debate é a própria permanência do caráter protetivo do Direito do Trabalho diante da crescente valorização da liberdade contratual e da reorganização econômica das relações produtivas.

Ao admitir, ainda que indiretamente, a ampliação de formas contratuais desvinculadas da realidade material do trabalho prestado, o Supremo Tribunal Federal aproxima-se de uma releitura liberal das relações laborais, na qual a autonomia privada tende a prevalecer sobre princípios historicamente construídos para contenção das desigualdades estruturais existentes entre empregado e empregador. Embora a liberdade econômica constitua fundamento relevante da ordem constitucional, sua aplicação não pode ocorrer de maneira dissociada

dos valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana, igualmente consagrados pela Constituição Federal de 1988. A problemática central reside justamente na tentativa de transformar relações materialmente empregatícias em simples vínculos civis ou empresariais formalmente válidos, ignorando a existência concreta de subordinação, dependência econômica e inserção permanente do trabalhador na dinâmica empresarial do contratante.

Ocorre que o Direito do Trabalho não foi concebido para proteger contratos, mas pessoas inseridas em relações estruturalmente desiguais (Delgado, 2024). A prevalência irrestrita da autonomia privada nas relações laborais ignora que o trabalhador, na maioria das vezes, não dispõe de liberdade negocial plena para escolher as condições contratuais às quais será submetido. A chamada pejotização, frequentemente apresentada como expressão legítima do empreendedorismo moderno, revela-se, em inúmeros casos, como será visto adiante, mecanismo de transferência dos riscos da atividade econômica ao trabalhador, afastando garantias mínimas relacionadas à jornada, férias, proteção previdenciária, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e estabilidade financeira (Brasil, 1943; Supiot, 2014).

Nesse sentido, a análise crítica do Tema 1.389 evidencia que a controvérsia submetida ao Supremo Tribunal Federal ultrapassa a discussão sobre modelos contratuais contemporâneos. O julgamento possui potencial para redefinir os limites da proteção trabalhista no Brasil, consolidando uma interpretação constitucional que privilegia a forma sobre a realidade e enfraquece a função social do trabalho. Ao deslocar o centro da análise da materialidade da relação para a formalidade contratual, corre-se o risco de institucionalizar práticas que historicamente foram reconhecidas como formas de fraude trabalhista, legitimando a precarização sob o discurso da liberdade econômica e da modernização produtiva.

DA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A análise do tema em pauta exige a compreensão do cenário jurisprudencial construído pelo Supremo Tribunal Federal acerca das relações contemporâneas de trabalho e dos limites da proteção trabalhista diante da crescente flexibilização contratual. A controvérsia atualmente submetida à repercussão geral não surge de maneira isolada, mas decorre de um movimento interpretativo progressivo voltado à ampliação da liberdade econômica e da autonomia privada nas relações laborais (Cassar, 2024; Delgado, 2024) .

Historicamente, a jurisprudência trabalhista brasileira consolidou-se sob forte influência dos princípios protetivos que estruturam o Direito do Trabalho, especialmente da primazia da realidade, da proteção ao trabalhador hipossuficiente e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Durante décadas, prevaleceu o entendimento de que a caracterização do vínculo empregatício dependia da análise concreta da relação de trabalho, atribuindo-se centralidade à realidade material da prestação laboral e não à forma contratual utilizada pelas partes.

Entretanto, as transformações econômicas e produtivas das últimas décadas passaram a produzir crescente tensionamento entre a lógica protetiva tradicionalmente adotada pela Justiça do Trabalho e os novos modelos empresariais fundamentados na flexibilização das formas de contratação, como pejotização, relações laborais mediadas por plataformas digitais, terceirização irrestrita e contratação na modalidade autônoma. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal passou a assumir posição cada vez mais relevante na definição dos limites constitucionais das relações de trabalho, especialmente por meio de decisões voltadas à valorização da livre iniciativa, da liberdade econômica e da autonomia privada.

A inflexão jurisprudencial mais significativa desse processo ocorreu a partir do julgamento da ADPF 324 e do Tema 725 de repercussão geral. Até então, prevalecia na jurisprudência trabalhista brasileira o entendimento consolidado pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual a terceirização somente seria admitida nas atividades-meio da empresa, vedando-se sua utilização nas atividades-fim em razão da necessidade de preservação da proteção trabalhista e da vedação à intermediação fraudulenta de mão de obra. Ao julgar a ADPF 324 e o Tema 725, o STF passou a reconhecer a licitude da terceirização em quaisquer etapas do processo produtivo, inclusive nas atividades-fim das empresas. A tese fixada no Tema 725 estabeleceu a possibilidade de terceirizar ou de qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, ampliando substancialmente a interpretação constitucional relacionada à liberdade de organização empresarial (Brasil, 2018b).

Embora os julgamentos estivessem formalmente relacionados à terceirização, a amplitude da redação conferida à tese fixada pelo STF passou a produzir reflexos para além das hipóteses originalmente discutidas pela Corte. A partir desses precedentes, fortaleceu-se o entendimento favorável à ampliação da autonomia empresarial na definição das formas de prestação de serviços, relativizando, em determinados contextos, a incidência da legislação trabalhista diante da formalização civil ou empresarial das relações contratuais.

Nesse cenário, consolidou-se progressivo tensionamento entre a interpretação construída pelo Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência historicamente desenvolvida pela Justiça do Trabalho acerca do reconhecimento do vínculo empregatício. Enquanto a jurisprudência trabalhista tradicionalmente atribuiu centralidade à análise concreta dos elementos fático-jurídicos da relação laboral, a orientação progressivamente firmada pelo STF passou a conferir maior relevância à liberdade contratual e à autonomia privada na definição das formas de organização produtiva (Supiot, 2014; Antunes, 2018).

Essa mudança interpretativa produziu impactos diretos sobre a atuação da própria Justiça do Trabalho, especialmente no reconhecimento judicial de vínculos empregatícios em relações formalmente estruturadas sob contratos civis ou empresariais. A crescente valorização da conjectura contratual passou a limitar, em determinados casos, a possibilidade de descaracterização judicial dessas formas de

contratação, deslocando o centro da discussão da realidade material da prestação laboral para a validade formal dos contratos celebrados entre as partes.

A ampliação desse conflito institucional tornou-se particularmente evidente a partir do aumento significativo de reclamações constitucionais ajuizadas perante o STF contra decisões da Justiça do Trabalho que reconheciam vínculos empregatícios em relações formalmente estruturadas sob contratos civis ou empresariais. Pesquisa desenvolvida pela FGV Direito SP identificou um crescimento expressivo da utilização das reclamações constitucionais para questionamento de decisões trabalhistas envolvendo terceirização e pejotização, principalmente após os julgamentos da ADPF 324 e do Tema 725. Os precedentes originalmente vinculados à terceirização passaram progressivamente a ser utilizados como fundamento para questionamento de decisões trabalhistas envolvendo múltiplas formas de contratação, incluindo advogados associados, representantes comerciais, consultores imobiliários, motoristas de aplicativo e trabalhadores contratados por intermédio de pessoas jurídicas (Pargendler; Pasqualeto, 2024).

Tal expansão interpretativa contribuiu para a consolidação da compreensão segundo a qual o reconhecimento judicial do vínculo empregatício pela Justiça do Trabalho poderia representar afronta à autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, parcela da doutrina passou a sustentar que a interpretação ampliativa conferida pelo STF aos precedentes da ADPF 324 e do Tema 725 produziria espécie de esvaziamento indireto dos critérios clássicos de reconhecimento da relação de emprego previstos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, “Seria um equívoco fazer tábula rasa da tradição brasileira que privilegia substância sobre forma em matéria trabalhista e das recomendações internacionais sobre a matéria” (Pargendle; Pasqualeto, 2025).

É justamente nesse ambiente de crescente conflito interpretativo que se insere o julgamento do Tema 1.389 do STF. A controvérsia submetida ao STF representa continuidade de uma construção jurisprudencial mais ampla relacionada à redefinição dos limites da proteção trabalhista no Brasil contemporâneo. O debate instaurado pela Suprema Corte ultrapassa a análise abstrata da licitude de determinados modelos contratuais e alcança diretamente a competência da Justiça do Trabalho, os critérios de reconhecimento da fraude trabalhista e os limites de aplicação da primazia da realidade diante das novas formas de organização produtiva (Brasil, 2025).

Além disso, a suspensão nacional dos processos relacionados à pejotização determinada no âmbito do Tema 1.389 demonstra a dimensão institucional da controvérsia atualmente existente. A medida evidencia que a discussão ultrapassa casos isolados e alcança parcela significativa das demandas trabalhistas contemporâneas, especialmente em setores marcados pela crescente utilização de contratos empresariais como forma de organização da força de trabalho.

Desse modo, a análise jurisprudencial relacionada ao Tema 1.389 do STF revela não apenas alteração interpretativa acerca das formas contemporâneas de contratação, mas verdadeira reconfiguração da forma como o trabalho humano passa a ser compreendido pelo próprio ordenamento jurídico. A crescente valorização da

liberdade econômica e da autonomia privada nas decisões judiciais demonstra que o debate atual ultrapassa a simples discussão contratual e alcança diretamente os limites constitucionais da proteção social trabalhista construída historicamente pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988; Brasil, 2025).

DA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA

O Princípio da Primazia da Realidade constitui um dos pilares centrais do Direito do Trabalho, estabelecendo que a realidade material da prestação de serviços deve prevalecer sobre contratos, declarações formais ou mecanismos utilizados para descaracterizar a relação empregatícia. Sua construção decorre da própria finalidade do Direito do Trabalho enquanto instrumento de contenção das desigualdades existentes entre empregado e empregador, reconhecendo que a liberdade contratual, nas relações laborais, não se desenvolve em condições efetivamente equilibradas.

Diferentemente das relações regidas pelo Direito Civil, em que as partes são presumidamente iguais, o vínculo trabalhista é marcado pela disparidade econômica e estrutural entre aqueles que vendem sua força de trabalho e aqueles que detêm os meios de produção. Em razão disso, o Direito do Trabalho consolidou mecanismos destinados a impedir que construções formais fossem utilizadas para afastar garantias sociais historicamente conquistadas pelos trabalhadores. Nesse contexto, a Primazia da Realidade surge justamente como instrumento de enfrentamento às fraudes trabalhistas, atribuindo relevância àquilo que efetivamente ocorre no cotidiano da prestação laboral.

Seu fundamento jurídico encontra respaldo expresso no artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, que determina a nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da legislação trabalhista. A partir desse dispositivo, consolidou-se o entendimento de que o reconhecimento do vínculo empregatício depende da análise concreta dos elementos fático-jurídicos da relação de trabalho, especialmente subordinação, pessoalidade, habitualidade e onerosidade, independentemente da nomenclatura contratual atribuída pelas partes.

A efetividade desse princípio sempre esteve diretamente associada à própria função protetiva da Justiça do Trabalho. Historicamente, a jurisprudência trabalhista brasileira consolidou entendimento no sentido de que a formalidade contratual não possui força suficiente para afastar a incidência da legislação trabalhista quando presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego. Isso porque admitir que contratos civis ou empresariais prevaleçam sobre a realidade concreta do trabalho significaria permitir a institucionalização de mecanismos sofisticados de fraude laboral.

É justamente nesse ponto que o Tema 1.389 do Supremo Tribunal Federal assume relevância paradigmática. A controvérsia submetida à Suprema Corte ultrapassa a simples discussão acerca da licitude de determinados modelos

contratuais, alcançando diretamente os limites de aplicação da Primazia da Realidade no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, ao priorizar a validade formal dos contratos civis ou empresariais em detrimento da análise material da relação de trabalho, corre-se o risco de esvaziar um dos fundamentos mais importantes do Direito do Trabalho contemporâneo (Delgado, 2024; Cassar, 2024).

A relativização da Primazia da Realidade representa, portanto, mais do que uma alteração interpretativa acerca do vínculo empregatício. Trata-se de uma mudança estrutural na forma como o trabalho humano passa a ser compreendido pelo próprio Estado. Ao admitir que a formalidade contratual prevaleça sobre a realidade concreta da prestação laboral, o ordenamento jurídico deixa de atuar como instrumento de contenção das desigualdades sociais e passa a legitimar mecanismos de precarização sob o argumento da modernização das relações produtivas.

DA PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

As transformações recentes nas formas de contratação evidenciam um processo cada vez mais intenso de flexibilização das relações laborais no Brasil. Sob o discurso da modernização produtiva, da liberdade econômica e da autonomia privada, consolida-se um modelo de organização do trabalho marcado pela progressiva redução das garantias asseguradas aos trabalhadores. Nesse contexto, a precarização das relações de trabalho deixa de se manifestar apenas pela informalidade tradicional e passa a operar também por meio de mecanismos juridicamente sofisticados, revestidos de aparente legalidade, mas materialmente incompatíveis com a proteção constitucional do trabalho humano.

A pejotização revela-se uma das expressões mais significativas desse fenômeno. Embora frequentemente apresentada como instrumento legítimo de empreendedorismo e liberdade contratual, sua utilização em relações marcadas pela subordinação e dependência econômica evidencia verdadeira transferência dos riscos da atividade econômica ao trabalhador. A formalização da prestação de serviços por meio de pessoas jurídicas produz aparente autonomia contratual, mas, em inúmeros casos, preserva a estrutura material típica da relação de emprego, afastando direitos fundamentais relacionados às leis do trabalho.

A precarização contemporânea, entretanto, não pode ser compreendida apenas como supressão individual de direitos trabalhistas. Trata-se de fenômeno estrutural que altera a própria lógica de proteção social instituída pela Constituição Federal de 1988. O trabalho formal ocupa posição central no modelo constitucional brasileiro não apenas como meio de subsistência, mas como instrumento de efetivação da dignidade humana, redução das desigualdades sociais e financiamento da seguridade social. Nesse sentido, a substituição progressiva de vínculos empregatícios formais por relações empresariais fragiliza mecanismos coletivos de proteção construídos por lutas sociais.

O avanço dessas formas flexibilizadas de contratação também evidencia um deslocamento da função social do trabalho para uma lógica predominantemente econômica, em que o trabalhador passa a ser compreendido como simples agente produtivo inserido em relações mercadológicas formalmente livres. Ocorre que a aparente liberdade contratual presente nesses vínculos frequentemente ignora a desigualdade estrutural existente entre capital e trabalho. Em grande parte das situações, o trabalhador não escolhe livremente tornar-se pessoa jurídica, mas submete-se às exigências impostas pelo mercado como condição necessária à própria inserção profissional. Alain Supiot (2014) sustenta que as novas formas de organização produtiva passaram a transferir ao trabalhador riscos historicamente atribuídos ao empregador, promovendo verdadeira mercantilização das relações laborais sob discurso de autonomia e liberdade econômica.

Nesse cenário, embora a livre iniciativa constitua elemento essencial da ordem econômica brasileira, a Constituição Federal não autoriza sua utilização como mecanismo de afastamento da proteção social trabalhista. A atividade econômica, nos termos do artigo 170 da Constituição, deve observar os ditames da justiça social, não podendo transformar direitos fundamentais em meros obstáculos financeiros à maximização do lucro empresarial (Brasil, 1988).

Desta forma, ao admitir que relações materialmente subordinadas sejam legitimadas pela simples formalização empresarial do trabalhador, corre-se o risco de institucionalizar mecanismos permanentes de precarização laboral sob o argumento da modernização produtiva e da liberdade econômica.

Além disso, a precarização das relações de trabalho produz impactos que extrapolam a esfera individual do trabalhador. A substituição crescente do emprego formal por contratos empresariais contribui para o enfraquecimento da arrecadação previdenciária, para a fragmentação da proteção coletiva e para a ampliação da insegurança social decorrente da informalização estrutural do trabalho. Desse modo, a flexibilização irrestrita das formas de contratação não representa apenas alteração das dinâmicas produtivas contemporâneas, mas verdadeira reconfiguração do pacto social estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

DOS IMPACTOS SOCIAIS E PREVIDENCIÁRIOS DA FLEXIBILIZAÇÃO

A ampliação das formas de contratação nas últimas décadas produziu impactos diretos sobre a estrutura do mercado de trabalho brasileiro, especialmente no que se refere ao crescimento da informalidade, à fragilização da proteção social e à progressiva substituição das relações formalmente protegidas pela legislação trabalhista por modelos empresariais de contratação. A reorganização contemporânea do trabalho não representa mera alteração formal das modalidades contratuais utilizadas pelas empresas, mas um processo com relevantes repercussões sociais, previdenciárias e arrecadatórias.

Nesse contexto, a discussão relacionada ao Tema 1.389 do STF revela-se particularmente relevante em razão de seus potenciais efeitos sobre a formalização do trabalho, a arrecadação tributária e a própria sustentabilidade do sistema de seguridade social brasileiro. A controvérsia submetida ao Supremo Tribunal Federal ultrapassa o debate estritamente trabalhista e alcança diretamente a dinâmica de financiamento das políticas públicas vinculadas à previdência e à assistência social (Brasil, 1988; Brasil, 2025).

Embora a flexibilização contratual frequentemente seja apresentada sob o discurso da modernização produtiva e da ampliação das oportunidades econômicas, os dados relacionados à informalidade revelam cenário marcado pela precarização das relações laborais e pela expansão de vínculos desprovidos de garantias mínimas de estabilidade econômica e proteção previdenciária. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no trimestre encerrado em janeiro de 2025, a taxa de informalidade alcançou 38,3% da população ocupada, representando aproximadamente 39,5 milhões de trabalhadores inseridos em relações laborais sem registro formal, dentre um total de 103 milhões de pessoas ocupadas no país. Tal cenário evidencia a dimensão estrutural da fragilidade laboral brasileira e demonstra que parcela significativa dos trabalhadores permanece afastada dos mecanismos formais de proteção social e arrecadação estatal (IBGE, 2025).

A crescente utilização de contratos empresariais e formas alternativas de prestação de serviços passou a contribuir diretamente para o deslocamento de trabalhadores do regime celetista para modelos marcados pela ausência de proteção trabalhista integral. Nesse cenário, a pejotização insere-se em dinâmica mais ampla de reconfiguração das relações de trabalho, na qual a formalização empresarial da prestação laboral frequentemente oculta situações materialmente caracterizadas pela dependência econômica e pela subordinação estrutural.

Dados apresentados em debates públicos realizados no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal demonstram a dimensão desse fenômeno. Informações divulgadas durante a Audiência Pública nº 47 indicaram que aproximadamente 4,8 milhões de trabalhadores migraram do regime celetista para formas empresariais de contratação entre os anos de 2022 e 2024 (Câmara dos Deputados, 2026). O crescimento acelerado dessas modalidades contratuais evidencia não apenas transformação econômica das relações produtivas, mas significativo enfraquecimento da proteção social historicamente vinculada ao emprego formal.

Além disso, a informalidade contemporânea diferencia-se das formas clássicas de trabalho informal historicamente reconhecidas no mercado brasileiro. Em inúmeros casos, o trabalhador encontra-se formalmente inscrito como pessoa jurídica, contribuinte individual ou prestador autônomo, embora permaneça inserido em relações marcadas pela dependência econômica, pela inserção contínua na atividade empresarial do contratante e pela ausência de efetiva autonomia profissional. Trata-se, portanto, de informalidade juridicamente sofisticada, revestida por mecanismos formais que dificultam a identificação imediata da precarização laboral.

A precarização das relações de trabalho relaciona-se diretamente à ampliação da vulnerabilidade social do trabalhador contemporâneo. A inexistência de vínculo formal ou a inserção em relações marcadas pela instabilidade econômica compromete a continuidade contributiva e dificulta o acesso efetivo à proteção previdenciária. Trabalhadores submetidos a vínculos precários frequentemente enfrentam obstáculos relacionados à manutenção da qualidade de segurado, ao recolhimento regular das contribuições previdenciárias e ao acesso futuro a benefícios como aposentadoria, auxílio por incapacidade temporária, salário-maternidade e pensão por morte.

A problemática torna-se ainda mais relevante diante da estrutura constitucional da seguridade social brasileira. O modelo instituído pela Constituição Federal de 1988 foi concebido sob lógica solidária de financiamento coletivo, fundada na contribuição simultânea de trabalhadores, empregadores e Estado. Nesse sistema, a formalização das relações de trabalho desempenha papel essencial para a manutenção da arrecadação previdenciária e para a efetivação das políticas públicas relacionadas à proteção social.

Entretanto, a crescente ampliação da pejotização e das formas empresariais de contratação produz significativa redução das contribuições tradicionalmente incidentes sobre a relação empregatícia. Em palestra realizada pela Formação Continuada da Escola Judicial do TRT-SC, a procuradora do Ministério Público do Trabalho da 5ª Região, Rosangela Rodrigues Dias Lacerda, traz que a cada 1% de assalariados que migram para a pejotização, o Instituto Nacional do Seguro Social deixa de arrecadar por volta de R$ 7,3 bilhões por ano (Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, 2025).

A problemática torna-se ainda mais sensível diante do envelhecimento populacional e do aumento progressivo das demandas assistenciais. A fragilidade contributiva decorrente da precarização das relações laborais tende a ampliar o ingresso de trabalhadores no sistema protetivo estatal por vias assistenciais, especialmente mediante benefícios desvinculados de contribuição direta, como o Benefício de Prestação Continuada (BPC/LOAS). Nesse contexto, a redução da base contributiva potencialmente compromete a sustentabilidade financeira do modelo solidário de seguridade social estruturado pela Constituição Federal de 1988.

A vulnerabilidade social decorrente da flexibilização laboral também se manifesta na transferência progressiva dos riscos econômicos da atividade produtiva ao próprio trabalhador. Relações formalmente empresariais frequentemente deslocam ao prestador de serviços responsabilidades relacionadas à contribuição previdenciária, à manutenção da atividade econômica e à absorção dos períodos de instabilidade contratual, produzindo cenário de significativa insegurança material. O trabalhador submetido a relações empresariais precarizadas passa a assumir individualmente riscos historicamente atribuídos ao empregador e ao próprio sistema de proteção social estatal.

Nesse cenário, a precarização contemporânea das relações de trabalho revela-se um fenômeno que ultrapassa os limites individuais da contratação privada

e alcança diretamente a estabilidade estabelecida pela Constituição Federal de 1988. A fragilização do emprego formal compromete mecanismos históricos de distribuição de renda, proteção social e redução das desigualdades estruturais existentes na sociedade brasileira.

Desse modo, os impactos sociais e previdenciários decorrentes da flexibilização das relações de trabalho demonstram que a discussão relacionada ao Tema 1.389 do STF ultrapassa o debate meramente contratual ou empresarial. A controvérsia atualmente submetida ao STF envolve diretamente a definição dos limites da proteção social trabalhista no contexto das novas formas de organização produtiva, bem como a preservação da efetividade do sistema de seguridade social instituído pela Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988; Brasil, 2025)..

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento do Tema 1.389 do STF evidencia um dos principais tensionamentos contemporâneos do Direito do Trabalho brasileiro: a tentativa de conciliação entre a liberdade econômica e a preservação da proteção social assegurada constitucionalmente ao trabalhador. A controvérsia ultrapassa a discussão acerca da validade da pejotização e alcança diretamente os limites da atuação da Justiça do Trabalho, da aplicação da Primazia da Realidade e do reconhecimento de fraudes nas relações laborais contemporâneas.

Ao longo do presente trabalho, verificou-se que a ampliação das formas flexíveis de contratação, associada à crescente valorização da autonomia privada e da liberdade de organização produtiva, passou a produzir significativo enfraquecimento da lógica protetiva historicamente estruturante do Direito do Trabalho. Embora tais modalidades sejam frequentemente justificadas sob o discurso da modernização econômica, a realidade prática demonstra que muitos desses vínculos permanecem marcados pela dependência econômica, pela subordinação estrutural e pela precarização das condições sociais e previdenciárias do trabalhador. Além disso, os impactos decorrentes dessa flexibilização ultrapassam a esfera individual da relação contratual, alcançando diretamente a arrecadação previdenciária, a estabilidade do sistema de seguridade social e o financiamento das políticas públicas vinculadas à proteção social assegurada pela Constituição Federal de 1988.

Desse modo, conclui-se que a preservação da Primazia da Realidade permanece indispensável para a efetividade do modelo constitucional de proteção trabalhista instituído pela Constituição Federal de 1988. Em um cenário de crescente flexibilização das relações laborais, a prevalência da realidade concreta sobre a forma contratual continua representando um instrumento essencial para identificação de fraudes, contenção da precarização e preservação da própria função social do Direito do Trabalho no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital.** 2018. São Paulo. Boitempo.

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Audiência pública debate pejotização e impactos sociais das novas formas de contratação.** Disponível em: https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/36602-audiencia-publica-pejotizacao-centro-estudos-camara?

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Ulysses Guimarães.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro. Getúlio Vargas.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 (ADPF 324).** Trata-se, em suma, de arguição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio,em fade de decisões proferidas pela Justiça do Trabalho, que aplicam a Súmula 331 do TST, acerca da terceirização de serviços, estabelecendo inúmeros requisitos à prática que não possuem base legal, em especial no que concerne à vedação da terceirização de mão-de-obra na atividade finalística da empresa tomadora de serviços, o que violaria os preceitos fundamentais dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), da proteção à liberdade (art. 5º, caput, CF) e da legalidade (art. 5º, II, CF). 25 de agosto de 2014. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4620584

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 725 da Repercussão Geral – Recurso Extraordinário nº 958.252**. Trata-se, em síntese, de recurso extraordinário interposto contra decisão que reconheceu a ilicitude da terceirização de atividade-fim, discutindo a possibilidade de terceirização ou de qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas. A controvérsia submetida ao STF concentrou-se na definição dos limites constitucionais da terceirização diante dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da liberdade de organização produtiva, em contraposição à proteção trabalhista tradicionalmente assegurada pela Justiça do Trabalho. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento pela licitude da terceirização em quaisquer etapas do processo produtivo, inclusive nas atividades-fim. 30 de agosto de 2018. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Tema 1389 - Competência e ônus da prova nos processos que discutem a existência de fraude no contrato civil/comercial de prestação de serviços e a licitude da contratação de pessoa jurídica ou trabalhador autônomo para essa finalidade. 09 de janeiro de 2025. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?inci-

dente=7138684&numeroProcesso=1532603&classeProcesso=ARE&numeroTema=1389

CÂMARA dos Deputados. **Audiência pública: impactos fiscais, orçamentários, sociais e trabalhistas da pejotização no contexto do julgamento do Tema 1.389 pelo STF.** Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cft/apresentacoes-em-eventos/apresentacoes-de-convidados-em-eventos-2026/audiencia-publica-impactos-fiscais-orcamentarios-sociais-e-trabalhistas-da-pejotizacao-no-contexto-do-julgamento-do-tema-1-389-pelo-supremo-tribunal-federal?

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho.** 2024. Rio de Janeiro. Forensic.

Consultor Jurídico. **Interpretação do STF em relação ao Tema 725 e à ADPF 324 e à inconstitucionalidade tácita dos artigos 2º e 3º da CLT**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-out-23/interpretacao-do-stf-em-relacao-ao-tema-725-e-adpf-324-e-a-inconstitucionalidade-tacita-do-artigo-2-e-3-da-clt/

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno.** 2015. São Paulo. LTr.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 2024. São Paulo. LTr.

FGV Direito SP. **Terceirização e pejotização no STF: análise das reclamações constitucionais**. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/projetos-de-pesquisa/terceirizacao-pejotizacao-no-stf-analise-reclamacoes-constitucionais?

INSTITUTO Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua): taxa de informalidade no mercado de trabalho brasileiro.** Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Curso de Direito do Trabalho.** 2023. São Paulo. LTr.

MIGALHAS. A primazia da realidade sobre a forma. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/409727/a-primazia-da-realidade-sobre-a-forma

MIGALHAS. **Decisão no Tema 1.389 paralisou quase 50 mil ações sobre pejotização**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/446679/decisao-no-tema-1-389-paralisou-quase-50-mil-acoes-sobre-pejotizacao

MIGALHAS. **Impactos sociais e tributários do Tema 1.389 de repercussão geral do STF**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/438310/impactos-sociais-e-tributarios-do-tema-1-389-de-repercussao-geral-stf

SINDICATO dos Engenheiros do Estado do Rio de Janeiro. **Precarização no Brasil: impactos sobre o trabalho, a proteção social e o financiamento do desenvolvimento.** Disponível em: https://sengerj.org.br/pejotizacao-no-brasil-impactos-sobre-o-trabalho-a-protecao-social-e-o-financiamento-do-desenvolvimento/

SIQUEIRA Castro Advogados. **Princípio da primazia da realidade.** Disponível em: https://www.bibliotecavirtual.siqueiracastro.com.br/wp-content/uploads/02/Principio-da-Primazia-da-realidade.pdf

SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho.** 2016. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian.

SUPIOT, Alain. **O Espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total.** 2014. Porto Alegre. Sulina.

TRIBUNAL do Trabalho da 12ª Região. **Precarização enfraquece direitos e gera desequilíbrio na Previdência, alerta procuradora do trabalho.** Disponível em: https://portal.trt12.jus.br/noticias/pejotizacao-enfraquece-direitos-e-gera-desequilibrio-na-previdencia-alerta-procuradora-do

Capítulo 24

Concessão Judicial de Medicamentos não Incorporados às Listas de Dispensação do SUS: Análise da Efetividade da Tese Fixada no Tema 6 do STF (RE 566.471/RN) no Estado de Alagoas

Judicial Granting of Medicines Not Incorporated Into SUS Dispensing Lists: Analysis of the Effectiveness of the Thesis Established in STF Theme 6 (RE 566.471/RN) in the State of Alagoas

Letícia Beatriz da Silva

Graduanda em Direito pela UNINASSAU – Campus Arapiraca.

Danilo Oliveira Gonçalves

Mestreando em Direito (PPGD/UFC). Professor do Curso de Direito da UNINASSAU – Campus Arapiraca. Advogado (OAB/CE 44.620).

Resumo: O presente estudo investiga a efetividade da aplicação dos critérios estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 6 de repercussão geral (RE 566.471/RN) nas decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos não incorporados às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde (SUS) no estado de Alagoas. Partindo do contexto da judicialização da saúde pública no Brasil e analisando decisões proferidas após setembro de 2024, o trabalho examina como o Tribunal de Justiça de Alagoas (TJAL) tem observado os parâmetros fixados pelo STF — que incluem vedação à concessão de medicamentos não registrados pela ANVISA e requisitos cumulativos como comprovação de incapacidade financeira, demonstração de inadequação dos tratamentos do SUS e prescrição lastreada em medicina baseada em evidências. Considerando as particularidades socioeconômicas de Alagoas — estado com um dos menores IDH do país e severas limitações orçamentárias no setor da saúde —, a investigação avalia o grau de aderência das decisões locais à orientação jurisprudencial vinculante e identifica fatores que condicionam eventual discrepância entre os parâmetros estabelecidos e a prática jurisdicional estadual. A metodologia adotada é hipotético-dedutiva, com pesquisa aplicada, descritiva e explicativa, combinando análise bibliográfica, documental e estudo de caso. Os resultados demonstram aplicação seletiva e assimétrica dos critérios do Tema 6, com fragmentação hermenêutica entre câmaras e resistência aos requisitos de natureza institucional-administrativa, contribuindo para o debate sobre a efetividade de precedentes vinculantes em contextos regionais específicos.

Palavras-chave: judicialização da saúde; SUS; medicamentos; Tema 6; precedentes vinculantes.

Abstract: This study investigates the effectiveness of applying the criteria established by the Brazilian Federal Supreme Court in General Repercussion Theme 6 (RE 566.471/RN) in judicial decisions that determine the provision of medicines not incorporated into the Unified Health System (SUS) dispensing lists in the state of Alagoas. Starting from the context of public health judicialization in Brazil and analyzing decisions rendered after September 2024, the study examines how the Alagoas Court of Justice (TJAL) has observed the STF's parameters — which include prohibition of granting medicines not registered by ANVISA and cumulative requirements such as proof of financial incapacity, demonstration of the inadequacy of SUS

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.24

treatments, and prescription based on evidence-based medicine. Considering Alagoas's socioeconomic particularities — a state with one of the lowest HDIs in Brazil and significant budgetary constraints in healthcare —, the investigation assesses the degree of adherence of local decisions to the binding jurisprudential guidance and identifies factors conditioning potential discrepancies between the established parameters and state jurisdictional practice. The methodology is hypothetical-deductive, combining bibliographic, documentary, and case study research. Results demonstrate selective and asymmetric application of Theme 6 criteria, with hermeneutic fragmentation among panels and resistance to institutional-administrative requirements, contributing to the debate on the effectiveness of binding precedents in specific regional contexts.

Keywords: health judicialization; SUS; medicines; Theme 6; binding precedents.

INTRODUÇÃO

A concessão judicial de medicamentos não incorporados às listas de dispensação do Sistema Único de Saúde (SUS) constitui um dos fenômenos mais complexos do constitucionalismo sanitário brasileiro. O tema ganhou contornos normativos definitivos com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN pelo Supremo Tribunal Federal (STF), concluído em setembro de 2024, que estabeleceu o Tema 6 de repercussão geral e fixou requisitos cumulativos para a tutela judicial de medicamentos não listados.

A delimitação investigativa deste estudo orbita a efetividade prática desses critérios no estado de Alagoas, no período posterior à fixação da tese. A escolha do recorte geográfico justifica-se pela necessidade de compreender como a orientação jurisprudencial vinculante é aplicada em um estado com marcantes particularidades socioeconômicas: Alagoas apresenta um dos menores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) do país, elevada dependência do SUS e limitações orçamentárias significativas no setor da saúde pública.

O problema central que orienta a pesquisa pode ser assim enunciado: em que medida a tese fixada pelo STF no Tema 6 tem sido efetivamente observada pelas decisões judiciais proferidas no estado de Alagoas, e quais fatores explicam eventual discrepância entre os parâmetros vinculantes e a prática jurisdicional estadual?

A investigação justifica-se pela relevância social do tema, que afeta diretamente a vida de milhares de cidadãos alagoanos, e pela contribuição teórica que oferece ao debate sobre a efetividade de precedentes obrigatórios em repercussão geral no âmbito dos tribunais estaduais. O objetivo geral consiste em analisar o grau de aderência das decisões do Tribunal de Justiça de Alagoas (TJAL) aos parâmetros estabelecidos pelo STF, identificando padrões de conformidade e de resistência hermenêutica.

A metodologia adotada é o método hipotético-dedutivo, com pesquisa aplicada, descritiva e explicativa. Utiliza-se a combinação de pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso, analisando trinta e seis decisões colegiadas proferidas

pelas quatro câmaras cíveis do TJAL entre setembro de 2024 e maio de 2026, submetidas a protocolo estruturado de avaliação dos critérios do Tema 6.

O estudo desenvolve-se em quatro seções, além desta introdução: a seção 2 contextualiza o direito fundamental à saúde e o processo de judicialização no Brasil; a seção 3 analisa o conteúdo da tese fixada no Tema 6 e seus requisitos; a seção 4 examina a aplicação prática no TJAL com os resultados empíricos; e a seção 5 traz as considerações finais.

REFERENCIAL TEÓRICO

O Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 promoveu profunda reconfiguração do arcabouço normativo dos direitos sociais, erigindo a saúde à condição de direito fundamental inscrito no art. 6º da Carta Magna. O art. 196 estabelece a saúde como "direito de todos e dever do Estado", conferindo ao dispositivo dupla dimensão normativa: a subjetiva, que assegura ao cidadão a prerrogativa de exigir do Poder Público prestações concretas; e a objetiva, que impõe ao Estado o dever de formular e implementar políticas públicas universais e igualitárias.

Sarlet e Figueiredo (2008; 2010) destacam que o direito à saúde assume a feição de direito fundamental social de caráter prestacional, cujo conteúdo essencial é diretamente exigível perante o Judiciário. A responsabilidade pelo cumprimento das obrigações prestacionais recai solidariamente sobre todos os entes federativos, nos termos do art. 198 da CF/88 e da Lei nº 8.080/1990, que institui o SUS e define suas diretrizes de universalidade, integralidade e equidade.

A efetivação judicial do direito à saúde suscita tensão entre dois princípios de elevada densidade normativa: o mínimo existencial e a reserva do possível. O mínimo existencial — desenvolvido na doutrina alemã e incorporado ao constitucionalismo brasileiro por Torres (2009) e Alexy (2008) — identifica núcleo irredutível de condições materiais cuja satisfação não pode ser postergada pelo Estado com fundamento na escassez de recursos. Em contraposição, a reserva do possível reconhece que os direitos prestacionais encontram limites na capacidade financeira estatal, mas, como ressaltou o Ministro Celso de Mello na paradigmática ADPF 45 MC/DF (STF, 2004), não pode ser invocada como escudo retórico genérico para negar medicamentos essenciais.

A jurisprudência do STF consolidou, desde o paradigmático RE 271.286/RS (STF, 2001), o entendimento de que o caráter programático do art. 196 não pode ser invocado para converter a norma em "promessa constitucional inconsequente", cabendo ao Poder Público adotar as medidas necessárias à sua efetivação.

A Judicialização da Saúde no Brasil: Contexto e Evolução

O fenômeno da judicialização da saúde constitui desdobramento direto do modelo constitucional de 1988, que consagrou o acesso universal e integral à saúde como direito fundamental exigível do Estado. O surgimento do fenômeno é comumente situado nos primeiros anos da década de 1990, com as ações movidas por portadores do vírus HIV/AIDS em busca de acesso a antirretrovirais, que influenciaram decisivamente a edição da Lei nº 9.313/1996 (Vieira, 2023).

A partir dos anos 2000, as demandas judiciais sofreram profunda transformação qualitativa e quantitativa, com progressivo ajuizamento de ações individuais voltadas à obtenção de medicamentos não incorporados às listas do SUS, procedimentos experimentais e tecnologias de alto custo. Os dados do CNJ evidenciam crescimento exponencial: em 2019, o total de casos novos envolvendo fornecimento de medicamentos superou 130.000 processos na Justiça estadual (INSPER/CNJ, 2019).

O impacto orçamentário é igualmente expressivo. Vieira (2023) demonstra que o gasto do Ministério da Saúde com ações judiciais de medicamentos cresceu 221% entre 2012 e 2016, atingindo R$ 1,5 bilhão. Em 2019, as despesas com medicamentos judicializados consumiram 25,2% dos recursos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), sendo que apenas dez fármacos — a maioria não incorporada ao SUS — responderam por 94,6% desse montante. Como observa a autora, a concessão individual beneficia os litigantes, mas produz efeitos sistêmicos que comprometem a universalidade e a igualdade no acesso ao SUS.

O marco institucional mais relevante para a racionalização da judicialização foram as Audiências Públicas sobre Saúde convocadas pelo Ministro Gilmar Mendes em 2009, que influenciaram o julgamento da STA 175 AgR/CE (STF, 2010) e tornaram inexorável a fixação de parâmetros vinculantes em sede de repercussão geral.

METODOLOGIA DA PESQUISA

A presente pesquisa adotou metodologia qualitativa e quantitativa. O recorte temporal abrangeu decisões proferidas entre setembro de 2024 — quando do julgamento definitivo do Tema 6 pelo STF — e maio de 2026. A coleta de dados foi realizada mediante consulta ao sistema de jurisprudência do TJAL, com uso de palavras-chave relacionadas ao tema (fornecimento de medicamentos, SUS, assistência farmacêutica, Tema 6, Tema 1.234) e filtragem por classe processual (apelações cíveis, agravos de instrumento).

Foram selecionadas 36 decisões colegiadas proferidas pelas quatro câmaras cíveis do TJAL. Cada decisão foi submetida a protocolo de análise estruturado em três blocos avaliativos: (i) observância dos seis requisitos cumulativos impostos ao autor; (ii) cumprimento dos deveres processuais impostos ao magistrado; e (iii) grau de conformidade global com os parâmetros vinculantes do Tema 6.

Para cada critério, atribuiu-se classificação quanto ao nível de observância: cumprimento integral, cumprimento parcial ou descumprimento. A análise foi complementada por revisão bibliográfica da doutrina jurídica e sanitária pertinente, incluindo autores como Barroso (2008), Vieira (2023), Marinoni (2016), Alexy (2008), Ávila (2014) e Dworkin (2002), além dos precedentes do STF e da legislação sanitária aplicável.

O Tema 6 do STF: Conteúdo e Fundamentos

O Recurso Extraordinário nº 566.471/RN teve origem em demanda individual proposta no Rio Grande do Norte, em que um cidadão postulava o fornecimento de medicamento de alto custo não incorporado ao SUS. O julgamento de mérito foi concluído em 20 de setembro de 2024, com a fixação definitiva da tese por dez votos a um, sendo os votos redatores dos Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes. A tese do Tema 6, em sua redação oficial, tem o seguinte teor:

> 1. A ausência de inclusão de medicamento nas listas de dispensação do SUS impede, como regra geral, o fornecimento do fármaco por decisão judicial, independentemente do custo. 2. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento registrado na ANVISA, mas não incorporado às listas do SUS, desde que preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos, cujo ônus probatório incumbe ao autor: (a) negativa de fornecimento na via administrativa; (b) ilegalidade do ato de não incorporação pela CONITEC, ausência de pedido de incorporação ou mora na sua apreciação; (c) impossibilidade de substituição por outro medicamento constante das listas do SUS; (d) comprovação, à luz da medicina baseada em evidências, da eficácia, acurácia, efetividade e segurança do fármaco, respaldadas por evidências científicas de alto nível — ensaios clínicos randomizados e revisão sistemática ou meta-análise; (e) imprescindibilidade clínica comprovada mediante laudo médico fundamentado; e (f) incapacidade financeira de arcar com o custeio do medicamento. 3. Sob pena de nulidade, o Poder Judiciário deverá: (a) analisar o ato administrativo de não incorporação pela CONITEC; (b) consultar o Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NATJUS); e (c) no caso de deferimento, oficiar os órgãos competentes para avaliação de incorporação (STF, RE 566.471/RN, Tema 6, j. 20/09/2024).

A leitura sistemática da tese permite identificar três eixos normativos. O primeiro estabelece como regra geral a vedação à concessão judicial de medicamento não listado no SUS — ruptura com a jurisprudência anterior que, em muitos casos, tratava a ausência de listagem como circunstância suplantável pela demonstração de necessidade individual. O segundo define as condições excepcionais, mediante seis requisitos probatórios cumulativos. O terceiro impõe ao juiz obrigações procedimentais cognitivas cuja inobservância acarreta nulidade, nos termos dos arts. 489, § 1º, V e VI, e 927, III, § 1º, do CPC/2015.

O Tema 6 deve ser lido em conjunto com o Tema 1.234 (RE 1.366.243, julgado em setembro de 2024, rel. Min. Gilmar Mendes), que estabelece as regras de competência e custeio: ações cujo valor anual supere 210 salários mínimos tramitam na Justiça Federal com custeio integral da União; entre 7 e 210 salários mínimos, na Justiça Estadual, com ressarcimento de 65% pela União (80% para oncológicos). Para medicamentos sem registro na ANVISA, a legitimidade passiva é exclusiva da União.

Análise Crítica dos Requisitos do Tema 6

O requisito de negativa administrativa prévia exige que o autor comprove haver buscado o medicamento pelos canais do SUS antes do ajuizamento, contribuindo para desincentivar demandas sem esgotamento das vias administrativas e fornecendo ao juiz elementos para avaliar a regularidade da negativa estatal. O segundo requisito — demonstração de ilegalidade da não incorporação pela CONITEC ou mora administrativa — é o mais complexo, pois pressupõe do jurisdicionado conhecimento e capacidade de prova sobre o estado do processo administrativo de incorporação, o que pode ser obstáculo de difícil superação para pacientes hipossuficientes em doenças raras, nas quais o processo de incorporação pode nem ter sido iniciado.

O quarto requisito — evidência científica de alto nível baseada em ensaios clínicos randomizados e revisões sistemáticas — é o mais exigente sob a perspectiva probatória. Ao reservar a concessão judicial apenas a medicamentos cujas evidências atingem o padrão máximo da medicina baseada em evidências, o STF alinhou a sindicância judicial ao mesmo critério utilizado pela CONITEC, excluindo medicamentos aprovados pela ANVISA cuja evidência não alcança esse nível — situação frequente em doenças raras, para as quais a baixa prevalência inviabiliza estudos de larga escala (Vieira, 2023).

O sexto requisito — hipossuficiência financeira — restringe a tutela aos pacientes comprovadamente incapazes de arcar com o custo do tratamento. Embora compatível com a lógica de solidariedade social do SUS, pode ser questionado à luz do art. 196 da CF/88, que assegura o direito à saúde a todos, independentemente de capacidade econômica. Além dos requisitos materiais, a tese impõe ao Poder Judiciário a obrigação de consultar o NATJUS — vedando decisão fundamentada exclusivamente em laudo médico particular — e de oficiar os órgãos competentes nos casos de deferimento, dimensão sistêmica e retroalimentadora que o STF buscou incorporar ao precedente.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Perfil da Amostra e Distribuição Processual

A análise das 36 decisões colegiadas revelou distribuição relativamente equilibrada entre as quatro câmaras cíveis: 1ª Câmara (8 decisões), 2ª Câmara

(5), 3ª Câmara (9) e 4ª Câmara (14). Quanto ao resultado das demandas, 58,3% (21 decisões) resultaram em deferimento total ou parcial, enquanto 41,7% (15) culminaram em indeferimento ou manutenção da improcedência.

Esse dado é significativo na perspectiva comparada. A taxa de procedência de 58,3% observada em Alagoas situa-se abaixo do padrão histórico pré-Tema 6 — que alcançava 92,74% conforme estudo realizado em Campo Grande/MS entre 2018 e 2020 (NUNES *et al.,* 2022) — e igualmente abaixo das taxas nacionais pós-tese de 84% na saúde pública e 87% na saúde suplementar registradas pelo CNJ entre agosto/2024 e julho/2025 (CNJ, 2025). Essa divergência sugere que o TJAL pode estar aplicando os critérios restritivos com maior rigor que a média nacional, embora a procedência ainda supere a marca de 50%.

Os medicamentos mais demandados foram: antineoplásicos (bevacizumabe, durvalumabe, apalutamida, abemaciclibe), imunobiológicos (belimumabe, denosumabe, omalizumabe), medicamentos para doenças neurológicas e psiquiátricas (lisdexanfetamina, aripiprazol, canabidiol) e medicamentos oftalmológicos de alta tecnologia (aflibercept, ranibizumabe). A recorrência de medicamentos de alto custo, especialmente oncológicos, evidencia lacunas na política de incorporação tecnológica e insuficiências na assistência farmacêutica de alta complexidade no estado.

Observância dos Critérios do Tema 6

A análise do cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo Tema 6 revelou significativa heterogeneidade, sistematizada na Tabela 1. Identificaram-se três faixas de observância: alta (acima de 80%), intermediária (entre 55% e 79%) e baixa (abaixo de 55%).

Tabela 1 – Observância dos critérios do Tema 6 – TJAL (2024–2026).

Critério avaliado	Observado	Percentual	Nível
I — Requisitos cumulativos a cargo do autor da ação (art. 2º da tese do Tema 6)			
Negativa de fornecimento na via administrativa	17/36	47,2%	Baixo
Ilegalidade do ato da CONITEC ou mora administrativa	15/36	41,7%	Baixo
Inexistência de substituto terapêutico nas listas do SUS	28/36	77,8%	Médio
Evidência científica de alto nível (MBE)	19/36	52,8%	Baixo
Imprescindibilidade clínica — laudo médico fundamentado	32/36	88,9%	Alto
Incapacidade financeira do requerente	30/36	83,3%	Alto
II — Deveres processuais impostos ao magistrado (art. 3º da tese do Tema 6)			
Análise do ato administrativo da CONITEC	14/36	38,9%	Baixo
Consulta ao NATJUS ou a especialistas técnicos	25/36	69,4%	Médio
Fundamentação além do laudo médico particular	22/36	61,1%	Médio

Critério avaliado	Observado	Percentual	Nível
Ofício para avaliação de incorporação pela CONITEC	6/36	16,7%	Baixo

Fonte: elaboração própria com base em decisões colegiadas do TJAL (set. 2024 – maio 2026).

Legenda: Alto ≥ 80% Médio 55–79% Baixo < 55%

Nota: MBE = Medicina Baseada em Evidências; CONITEC = Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS; NATJUS = Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário. Amostra: 36 decisões colegiadas (apelações cíveis e agravos de instrumento). Critério de classificação: cumprimento integral do requisito na fundamentação da decisão.

Na faixa de alta aderência situam-se os requisitos de imprescindibilidade clínica (88,9%) e hipossuficiência financeira (83,3%). A elevada observância não constitui ruptura paradigmática decorrente do Tema 6, mas continuidade de exigências já consolidadas na jurisprudência anterior. Como aponta Barroso (2008), a tradição jurisprudencial brasileira em saúde pública sempre conferiu centralidade à demonstração da necessidade individual e da vulnerabilidade econômica.

Na faixa intermediária encontram-se a verificação de inexistência de substituto terapêutico nas listas do SUS (77,8%) e a consulta ao NATJUS (69,4%). A progressiva institucionalização do NATJUS representa avanço relevante, embora sua utilização ainda seja heterogênea entre as câmaras, oscilando entre filtro técnico rigoroso e mero subsídio complementar ao laudo médico particular.

A faixa de baixa aderência concentra os requisitos de natureza institucional-administrativa — os mais genuinamente inovadores do Tema 6 em relação à jurisprudência prévia. A negativa administrativa prévia foi observada em apenas 47,2% das decisões; a análise da decisão da CONITEC ou demonstração de mora, em 41,7%; a exigência de evidência científica de alto nível, em 52,8%. O dado mais expressivo é o do dever de oficiar os órgãos competentes para avaliação de incorporação do medicamento deferido, observado em apenas 16,7% das decisões de procedência, revelando que a dimensão sistêmica e retroalimentadora do Tema 6 permanece praticamente inexistente na prática decisória do TJAL.

Fragmentação Hermenêutica entre Câmaras

O mapeamento dos padrões decisórios por câmara revelou significativa fragmentação hermenêutica, evidenciando a coexistência de modelos interpretativos estruturalmente distintos.

a) Segunda Câmara Cível: perfil garantista

A 2ª Câmara apresentou o perfil mais garantista e menos aderente aos parâmetros restritivos do Tema 6. Das cinco decisões analisadas, quatro resultaram em deferimento, com descumprimento relevante dos requisitos em três casos. O padrão caracteriza-se por dispensa explícita da comprovação de negativa administrativa prévia, aceitação de laudo médico particular como fundamento

suficiente e prevalência de argumentação principiológica baseada em direito à vida e urgência clínica. Exemplo paradigmático é o Agravo de Instrumento nº 0806752-50.2025.8.02.0000 (Desembargador Otávio Leão Praxedes), no qual o Tribunal afirmou expressamente que a ausência de requerimento administrativo não impede a judicialização, em manifesto descumprimento do item 2(a) do Tema 6.

b) Terceira Câmara Cível: perfil técnico-restritivo

Em sentido oposto, a 3ª Câmara apresentou o perfil mais aderente aos critérios do Tema 6. Das nove decisões analisadas, seis resultaram em indeferimento, e as três concessões ocorreram apenas após verificação efetiva do preenchimento de todos os critérios. O padrão caracteriza-se por exigência estrita de negativa administrativa, análise substancial da decisão da CONITEC e uso sistemático do NATJUS como filtro técnico probatório. Decisões emblemáticas incluem a Apelação Cível nº 0752164-27.2024.8.02.0001 (Des. Paulo Zacarias da Silva), que rejeitou pedido de belimumabe ante a ausência de demonstração de ilegalidade da decisão da CONITEC, e a Apelação Cível nº 0715407-57.2024.8.02.0058 (Des. Fernando Tourinho), que indeferiu bevacizumabe diante da existência de alternativas terapêuticas disponíveis no SUS.

c) Quarta Câmara Cível: perfil técnico-cooperativo

A 4ª Câmara adotou modelo intermediário, com forte adesão formal aos critérios do Tema 6, mas com viés cooperativo-processual. Das 14 decisões analisadas, sete resultaram em anulação de sentença para complementação instrutória, quatro em deferimento e três em indeferimento. O padrão identifica-se pela preferência em evitar julgamentos prematuros de mérito quando a instrução probatória for insuficiente, aplicando o princípio da cooperação processual do art. 6º do CPC/2015. Ilustrativa é a Apelação Cível nº 0700201-90.2025.8.02.0050 (Des. Fábio Ferrario), que anulou sentença de improcedência ao fundamento de que o autor não havia tido oportunidade de comprovar os requisitos do Tema 6.

d) Primeira Câmara Cível: perfil em transição

A 1ª Câmara revelou perfil heterogêneo, com coexistência de posturas garantistas e técnico-restritivas a depender da composição do julgamento. Das oito decisões analisadas, quatro foram deferimentos e quatro indeferimentos, com nítida diferenciação entre magistrados. Esse cenário de heterogeneidade compromete a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões, tornando o resultado da demanda excessivamente dependente da composição do órgão julgador.

Impactos Orçamentários e Organizacionais

A taxa de procedência de 58,3% identificada na amostra representa pressão orçamentária significativa sobre a Secretaria de Estado da Saúde de Alagoas (SESAU-AL), especialmente em razão do perfil dos medicamentos mais demandados — antineoplásicos, imunobiológicos e medicamentos oftalmológicos

de altíssimo custo individual. O estado destina historicamente parcela inferior à média nacional de seu orçamento à saúde pública, em cenário de arrecadação tributária limitada e elevada dependência de transferências federais (IBGE, 2023).

O impacto não se limita ao valor dos fármacos concedidos: envolve custos operacionais de gestão do passivo judicial, perda de economias de escala nas aquisições emergenciais e, sobretudo, a inequidade sistêmica que resulta da destinação de recursos públicos a litigantes individuais em detrimento da assistência farmacêutica regular para toda a população dependente do SUS. Como demonstra Vieira (2023), a concessão individual beneficia os litigantes, mas os recursos despendidos são subtraídos do orçamento global da assistência farmacêutica, reforçando a inequidade em detrimento de quem não litiga.

A negligência com o dever de comunicar à CONITEC sobre os medicamentos deferidos — registrada em apenas 16,7% das decisões — representa oportunidade perdida de racionalização sistêmica. Se cumprido, esse dever poderia transformar a decisão judicial individual em sinal para o sistema regulatório, retroalimentando o processo de incorporação tecnológica e reduzindo, a médio prazo, a própria necessidade de judicialização.

Fatores Condicionantes da Efetividade Parcial do Tema 6

A compreensão das razões pelas quais a efetividade do Tema 6 no TJAL é parcial e assimétrica exige a identificação dos fatores estruturais que condicionam a incorporação do precedente. Quatro categorias podem ser identificadas.

No plano institucional, o fator mais determinante é a ausência de mecanismos internos de uniformização jurisprudencial no TJAL. O tribunal não possui câmara temática especializada em direito sanitário, não editou súmulas internas sobre o Tema 6 e não instaurou incidente de assunção de competência (art. 947, CPC/2015) para definição de orientação uniforme. Como observa Taruffo (2012), a legitimidade do sistema de precedentes depende não apenas da qualidade das decisões das cortes superiores, mas da existência de estruturas institucionais nos tribunais inferiores capazes de assegurar coerência na aplicação dos parâmetros fixados.

Os fatores socioeconômicos regionais exercem influência paradoxal. O critério de hipossuficiência — um dos poucos com alta observância (83,3%) — perde boa parte de seu potencial filtrante em Alagoas: em contexto de vulnerabilidade generalizada, praticamente toda a população demandante atende ao requisito, tornando-o operacionalmente ineficaz como mecanismo de contenção. Da mesma forma, a dependência estrutural do SUS reduz a eficácia prática do requisito de negativa administrativa prévia, pois a urgência percebida pelos magistrados tende a justificar a dispensa da prévia via administrativa.

No plano cultural, o fator mais determinante é a tradição garantista consolidada ao longo de décadas na jurisprudência em saúde pública. Desde os julgamentos paradigmáticos sobre HIV/AIDS nos anos 1990 até a STA 175 AgR/CE (STF, 2010), o Judiciário construiu cultura decisória centrada na proteção individual imediata do direito à vida, em que o deferimento era o resultado presumivelmente correto. O

Tema 6 inverte essa lógica — a vedação à concessão passa a ser a regra geral —, ruptura paradigmática que não pode ser absorvida de imediato pela cultura jurisprudencial (Bustamante, 2012). A exigência de evidência científica de alto nível também pressupõe familiaridade com epidemiologia clínica que não integra a formação jurídica tradicional.

Os fatores processuais completam o quadro. A grande maioria das demandas chega ao Judiciário sob regime de urgência, comprimindo o tempo para a produção de prova técnica qualificada. A Defensoria Pública do Estado de Alagoas — principal propulsora das ações individuais — ainda não adaptou plenamente suas petições ao novo standard probatório, o que retroalimenta a dificuldade dos magistrados de aplicar os critérios do Tema 6: sem elementos probatórios adequados nos autos, o julgador encontra-se diante da alternativa entre indeferir por insuficiência ou deferir com documentação incompleta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo investigou em que medida a tese fixada pelo STF no Tema 6 da repercussão geral tem sido efetivamente observada pelas decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS no estado de Alagoas. A hipótese central da pesquisa — existência de discrepância significativa entre os parâmetros vinculantes e a prática jurisdicional estadual, condicionada por fatores institucionais, socioeconômicos, culturais e processuais — foi confirmada pelos dados empíricos.

O primeiro eixo conclusivo diz respeito à própria estrutura do Tema 6. O STF operou inversão paradigmática ao converter a vedação à concessão em regra geral e a tutela judicial em exceção condicionada a critérios objetivos de elevada exigência. Essa estrutura é coerente com os princípios da separação de poderes, da sustentabilidade do SUS e da medicina baseada em evidências, mas impõe ao hipossuficiente ônus probatório de difícil satisfação na prática forense, especialmente em doenças raras e oncológicas.

O segundo eixo conclusivo refere-se à aplicação no TJAL. A análise empírica revelou padrão de aplicação seletiva e assimétrica: critérios de natureza clínico-individual — imprescindibilidade terapêutica (88,9%) e hipossuficiência financeira (83,3%) — são observados com frequência compatível com o STF; critérios de natureza institucional-administrativa — negativa administrativa prévia (47,2%), análise da CONITEC (41,7%) e evidência científica de alto nível (52,8%) — são sistematicamente negligenciados. O dever de oficiar a CONITEC foi observado em apenas 16,7% dos deferimentos, revelando que a dimensão sistêmica do precedente permanece praticamente inexistente.

O terceiro eixo diz respeito à fragmentação hermenêutica interna. Identificaram-se ao menos três modelos interpretativos coexistentes no TJAL: o garantista-substancial (2ª Câmara), que privilegia efetividade imediata do direito à saúde; o técnico-restritivo (3ª Câmara), que aplica integralmente os requisitos do STF; e o

técnico-cooperativo (4ª Câmara), que combina os parâmetros do Tema 6 com o princípio da cooperação processual. Essa coexistência compromete previsibilidade e isonomia, convertendo o resultado da demanda em variável dependente da composição do órgão julgador.

Em termos de contribuição teórica, a pesquisa demonstra que a fixação de tese vinculante pelo STF, por si só, não produz uniformização automática da jurisprudência estadual. A efetividade do precedente depende de ecossistema institucional favorável: mecanismos de uniformização interna nos tribunais, capacitação técnica dos julgadores, adaptação das práticas processuais das partes e institucionalização do diálogo com os órgãos técnicos de saúde.

Como proposições de agenda, identificam-se: (i) criação de mecanismo interno de uniformização jurisprudencial no TJAL, por câmara temática especializada em direito sanitário ou edição de súmulas sobre o Tema 6; (ii) capacitação continuada de magistrados em medicina baseada em evidências; (iii) adaptação das estratégias processuais da Defensoria Pública ao novo standard probatório; e (iv) institucionalização do cumprimento do dever de oficiar a CONITEC em todos os casos de deferimento.

A tensão entre o direito fundamental à saúde e a sustentabilidade das políticas públicas de assistência farmacêutica não foi e não poderia ter sido resolvida definitivamente pelo Tema 6. O precedente requalificou o debate, substituindo arbitrariedade casuística por parâmetros intersubjetivamente verificáveis — avanço importante, mas incompleto. Os critérios do Tema 6, aplicados de forma rígida e descontextualizada, podem excluir da tutela judicial justamente os casos de maior urgência e menor capacidade probatória, comprometendo a promessa constitucional de acesso universal e igualitário à saúde para os cidadãos alagoanos em situação de maior vulnerabilidade. O equilíbrio entre efetividade do direito fundamental e racionalidade alocativa permanece uma construção contínua, que exige diálogo permanente entre o Judiciário, o sistema de saúde e os órgãos de incorporação tecnológica.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Secretaria de Estado da Saúde. **Análise de Situação da Saúde/ASIS – Alagoas 2023.** Maceió: Secretaria de Estado da Saúde, 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANCO DO NORDESTE DO BRASIL. **Perfil socioeconômico de Alagoas.** Fortaleza: BNB, 2015. (Série BNB Perfil Socioeconômico).

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, p. 31-61, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde e a organização dos serviços correspondentes.

BRASIL. **Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996.** Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

BRASIL. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011.** Altera a Lei nº 8.080/1990 para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 29 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 271.286/RS**. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 02 fev. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175 AgR/CE**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 566.471/RN.** Tema 6 da Repercussão Geral. Red. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 20 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.366.243.** Tema 1.234 da Repercussão Geral. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, 13 set. 2024.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSPER. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília: CNJ, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; PNUD. **Diagnóstico da judicialização da saúde pública e suplementar**. Brasília: CNJ, 2025.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário.** São Paulo: Verbatim, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** 23. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

IBGE. **Censo Demográfico 2022: população e domicílios.** Rio de Janeiro: IBGE, 2023.

IPEA. **Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil.** Brasília: IPEA; IBGE; FJP, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 2.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, C.F.O. *et al.* Healthcare judicialization: an analysis of indicators and official data on medications. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 56, artigo 70, p. 1-12, 2022.

PEREIRA, Januária Ramos *et al.* **Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina**. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 3, p. 3633-3644, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e à promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 125-172, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde.** In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Law & leviathan: redeeming the administrative state.** Cambridge: Harvard University Press, 2020.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência.** Civilistica.com, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 1-15, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS. **Portal de Serviços Eletrônicos**. Disponível em: https://www2.tjal.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do. Acesso em: 13 de maio de 2026.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade de macrojustiça**. Brasília: IPEA, 2023. (Texto para discussão, 2812).

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Judicialização e direito à saúde no Brasil: uma trajetória de encontros e desencontros. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 57, p. 1-10, 2023.

WANG, Daniel Wei L. Litígios sobre o Direito à Saúde no Brasil: o problema e as respostas institucionais. **Human Rights Law Review,** v. 15, n. 4, p. 617-641, 2015.

Capítulo 25

Holding Familiar: Estratégias Jurídicas para o Planejamento Patrimonial e Sucessório

Family Holding Company: Legal Strategies for Estate and Succession Planning

Andressa Morais Capassi Santos

Advogada, mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Contratual e Direito Imobiliário. Graduada em Direito pela Faculdade Metropolitana Unidas (FMU).

Beatriz Bighetti

Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, advogada e sócia da Bighetti Neto Advocacia.

Resumo: Este trabalho examina a utilização da holding familiar como instrumento de planejamento sucessório e de proteção do patrimônio, evidenciando de que maneira a concentração dos bens em uma única pessoa jurídica pode favorecer a organização patrimonial, a continuidade das atividades empresariais e a redução de disputas entre herdeiros. A pesquisa aborda o tema sob uma perspectiva interdisciplinar, articulando aspectos jurídicos, tributários e operacionais que, combinados, conferem maior segurança e eficiência à transferência de bens entre gerações. Com base em ampla revisão bibliográfica, são identificados e discutidos os principais mecanismos que sustentam a adoção dessa estrutura, ressaltando a relevância de um modelo de governança bem definido, apto a mitigar riscos, diminuir a ocorrência de litígios e otimizar a carga fiscal. Evidencia-se que a constituição de uma holding familiar permite a criação de um sistema de gestão centralizada, no qual o conjunto de ativos é administrado de forma mais transparente, organizada e previsível, facilitando a adoção de políticas internas voltadas à continuidade do negócio e à proteção frente a crises e instabilidades econômicas. Ao separar o patrimônio pessoal dos riscos inerentes à atividade empresarial, a holding contribui para a blindagem dos bens, reforçando a estabilidade financeira e a viabilidade de empresas familiares, tanto em contextos urbanos quanto rurais. Além disso, verifica-se que a combinação da holding com instrumentos complementares, como contratos de seguro, amplia o nível de proteção, oferecendo uma camada adicional de segurança relevante em cenários de incerteza. Os dados analisados indicam que a utilização da holding familiar não apenas aprimora a eficiência administrativa, como também colabora para a diminuição de encargos tributários e para a racionalização dos procedimentos sucessórios, resultando em uma gestão que harmoniza preocupações jurídicas e fiscais. Os resultados reforçam a importância desse modelo para famílias empresárias, ao demonstrar que uma estrutura bem desenhada e planejada pode ser uma resposta consistente aos desafios atuais, permitindo uma sucessão ordenada e a preservação do negócio em ambientes complexos e dinâmicos. Conclui-se, assim, que a holding familiar se consolida como ferramenta estratégica na organização patrimonial e sucessória, capaz de promover segurança jurídica, eficiência fiscal e sustentabilidade de longo prazo, contribuindo para a estabilidade econômica e a perenidade das empresas familiares.

Palavras-chave: holding; planejamento sucessório; proteção patrimonial.

Abstract: This research examines the use of the family holding company as an instrument for succession planning and asset protection, highlighting how the concentration of assets in a single legal entity can promote asset organization, business continuity, and the reduction of disputes among heirs. The research addresses the topic from an interdisciplinary

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.25

perspective, bringing together legal, tax, and operational aspects that, when combined, provide greater security and efficiency in the transfer of assets between generations. Based on an extensive literature review, the main mechanisms that support the adoption of this structure are identified and discussed, emphasizing the relevance of a well-defined governance model capable of mitigating risks, reducing the occurrence of litigation, and optimizing the tax burden. The establishment of a family holding company makes it possible to create a centralized management system in which the set of assets is managed in a more transparent, organized, and predictable way, facilitating the adoption of internal policies aimed at business continuity and protection against crises and economic instability. By separating personal assets from the risks inherent to business activity, the holding contributes to shielding assets, strengthening the financial stability and viability of family businesses in both urban and rural contexts. Furthermore, it appears that combining the holding with complementary instruments, such as insurance contracts, increases the level of protection by offering an additional layer of security that is particularly relevant in scenarios of uncertainty. The data analyzed indicate that the use of a family holding company not only improves administrative efficiency but also contributes to reducing tax burdens and streamlining succession procedures, resulting in management that harmonizes legal and tax concerns. The results reinforce the importance of this model for business families by demonstrating that a well-designed and carefully planned structure can provide a consistent response to current challenges, enabling an orderly succession and the preservation of the business in complex and dynamic environments. It is thus concluded that the family holding company is consolidated as a strategic tool for asset and succession organization, capable of promoting legal certainty, tax efficiency, and long-term sustainability, thereby contributing to economic stability and the continuity of family businesses.

Keywords: holding; succession planning; asset protection.

INTRODUÇÃO

A crescente complexidade das relações patrimoniais, a morosidade dos inventários judiciais e os altos custos tributários associados à sucessão levaram ao desenvolvimento de mecanismos sofisticados no âmbito privado. A *holding*, especialmente a *holding* familiar, tornou-se um dos instrumentos mais estudados e aplicados, integrando planejamento civil, societário, tributário e sucessório.

Nessa perspectiva, a adoção desse tipo de estrutura surge como alternativa para mitigar conflitos entre herdeiros e reduzir a insegurança que normalmente acompanha a passagem de bens entre gerações, ao mesmo tempo em que confere maior estabilidade aos empreendimentos familiares.

A inserção da *holding* familiar no planejamento sucessório pode contribuir para uma distribuição mais equilibrada do patrimônio, prevenindo disputas judiciais e garantindo a continuidade dos negócios. A adoção de uma estrutura societária voltada à organização e proteção do acervo patrimonial tende a tornar-se os procedimentos sucessórios mais eficientes e menos litigiosos, na medida em que facilita a tomada de decisões e a implementação de políticas de gestão de bens de longo prazo. Com isso, a discussão posiciona a *holding* no ponto de encontro entre o direito societário e o planejamento sucessório.

A adequada estruturação da *holding* pode gerar diminuição significativa de custos tributários e maior racionalidade na administração dos ativos, configurando-se como alternativa relevante para famílias que buscam evitar a excessiva oneração na transmissão de bens

Esta investigação utiliza o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa, para produzir informações aprofundadas; quanto ao procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos, bem como documental, devido à revisão de textos legislativos e decisões jurisprudenciais, visando a extrair o devido aprofundamento da compreensão do uso do planejamento patrimonial e sucessório e, oferecer subsídios teóricos e práticos que orientem a adoção de políticas inovadoras no contexto da sucessão patrimonial.

A pesquisa está estruturada em cinco seções principais. A primeira seção apresenta o conceito e as modalidades de proteção do patrimônio familiar por meio das *holding*s. A segunda seção aborda os aspetos jurídicos e vantagens decorrentes da utilização desse instrumento como mecanismo de proteção patrimonial e sucessória. Na terceira seção, discorre-se sobre os limites de incidência de impostos e os desvirtuamentos dos municípios na cobrança indevida. A quarta seção analisa os mecanismos jurídicos voltados à proteção do mecanismo. A última parte reúne as considerações finais, destacando as principais contribuições do estudo e apresentando recomendações práticas e teóricas.

O QUE É UMA *HOLDING*

No contexto empresarial brasileiro, a figura da *holding* vem ganhando espaço como importante estrutura de organização e controle societário. O termo deriva do verbo inglês *to hold*, que, em sentido negocial, remete às ideias de controlar, manter ou guardar.

Fábio Ulhoa Coelho (2023) destaca que a *holding* deve ser entendida como uma forma de estruturação do grupo econômico, permitindo a centralização do poder de controle e a racionalização da gestão.

Trata-se, portanto, de uma pessoa jurídica criada para concentrar o controle de uma ou mais sociedades, permitindo a obtenção de lucros e o exercício do poder de controle sem que necessariamente desenvolva atividade operacional própria.

Ao concentrar o poder de decisão em uma única sociedade, a *holding* abre um leque de possibilidades de utilização, sempre orientadas pelo propósito central de controlar outras empresas. Uma mesma *holding* pode reunir participações em companhias de distintos setores econômicos e com diferentes formas societárias, ainda que, na prática, seja comum a adoção de certo padrão de atuação. Além de definir diretrizes de gestão e de política empresarial para suas controladas, a *holding* pode estabelecer parcerias com outras sociedades, buscando aprimorar a coordenação e a eficiência da gestão em nível global.

Do ponto de vista jurídico, a *holding* encontra respaldo na Lei nº 6.404/1976 (Brasil, 1976), que admite a constituição de sociedades com a finalidade de

participar de outras. Esse tipo de estrutura tem sido utilizado por variados perfis de empresários, especialmente em razão dos potenciais benefícios em matéria tributária e da possibilidade de facilitar o planejamento sucessório, como se observa nas chamadas *holding*s familiares. A doutrina classifica as *holding*s em diversas categorias, entre as quais se destacam: *holding* pura, mista, imobiliária, patrimonial ou sociedade patrimonial, de controle, de participação, administrativa e familiar.

ASPECTOS JURÍDICOS DA *HOLDING* FAMILIAR

A investigação dos aspectos jurídicos relacionados à *holding* evidencia que esse instrumento societário assume função central na organização e na tutela do patrimônio, ao mesmo tempo em que facilita o planejamento sucessório e contribui para a diminuição de conflitos entre familiares.

Nesse cenário, ganha relevo o debate sobre como os elementos jurídicos envolvidos na *holding* familiar se articulam no contexto do planejamento patrimonial e sucessório, especialmente em um ambiente marcado por relações familiares mais complexas e pela preocupação crescente com a preservação do patrimônio.

Conforme expõem Silva e Melo (2022), as *holding*s familiares têm como finalidade central assegurar a conservação do patrimônio construído pelos seus integrantes, incluindo a continuidade e o bom desempenho das empresas de propriedade da família, para além da geração presente. Essas estruturas, quando voltadas ao núcleo familiar, permitem uma sucessão planejada, em que os titulares organizam em vida a destinação de seus bens, ao mesmo tempo em que criam mecanismos de proteção dessa herança contra eventos imprevistos, como a dissolução de casamento ou o falecimento de descendentes, resguardando, assim, o acervo patrimonial da família:

> [...]o planejamento sucessório ainda permite aos pais proteger o patrimônio que será transferido aos filhos por meio de cláusulas de proteção (cláusulas restritivas). Assim, para evitar problemas com cônjuges, basta fazer a doação das quotas e/ou ações com cláusula de incomunicabilidade e assim os títulos estarão excluídos da comunhão (artigo 1.668 do Código Civil), embora não se excluam os frutos percebidos durante o casamento (artigo 1.669); no caso dos títulos societários (quotas ou ações), esses frutos são dividendos e juros sobre o capital próprio (Brasil, 2002).

A noção de *holding* familiar, em linhas gerais, está assentada na constituição de uma pessoa jurídica especificamente voltada à administração e à futura transmissão dos bens da família, o que viabiliza uma gestão centralizada e mais eficiente do patrimônio.

Em consonância com essa perspectiva, pesquisas recentes indicam que esse arranjo jurídico confere maior segurança e previsibilidade aos processos sucessórios, na medida em que organiza internamente os ativos e reduz a probabilidade de disputas judiciais entre os sucessores (Poletini, 2022).

Do ponto de vista estritamente jurídico, a adequada estruturação da *holding* familiar é decisiva para prevenir conflitos e garantir a continuidade dos empreendimentos familiares. Ao estabelecer de forma clara a relação entre os herdeiros e o patrimônio sob administração da sociedade, criam-se condições para o fortalecimento da governança corporativa familiar e para a diminuição de litígios.

No contexto das empresas familiares, a adoção da *holding* é frequentemente indicada como solução eficiente para a administração do acervo patrimonial, sobretudo porque a constituição da pessoa jurídica facilita a segregação de ativos e a implementação de medidas voltadas à preservação dos bens. Desse modo, a *holding* atua tanto na proteção do patrimônio quanto na simplificação dos procedimentos sucessórios, favorecendo uma transferência de comando mais gradual e organizada entre gerações.

Além disso, a importância da centralização da gestão patrimonial em uma única entidade jurídica permite não apenas maior controle e organização dos ativos, mas também a implementação de estratégias sucessórias que considerem aspectos legais e fiscais de forma integrada, com reflexos na redução de custos e no aumento da segurança jurídica para os negócios familiares.

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA HOLDING FAMILIAR

Na esfera tributária, ressaltam-se, ainda, as vantagens decorrentes da possibilidade de planejamento que mitigue a incidência de impostos e permita uma distribuição mais racional da carga fiscal sobre a transmissão de bens.

Essa modalidade de organização possibilita um processo sucessório menos oneroso, integrando, de maneira coerente, o direito tributário ao planejamento patrimonial.

Existe um julgamento em andamento no STF que pode mudar o custo de organizar o patrimônio perante as *holding*s, através do Tema 1.348 de Repercussão Geral, que discute uma pergunta aparentemente simples, mas com consequências enormes: quando alguém transfere um imóvel para uma empresa, a chamada integralização de capital social, o município pode cobrar Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) sobre essa operação?

Isso porque a Constituição Federal diz que não.

O art. 156, §2º, inciso I, estabelece que essa transferência tem imunidade tributária; entretanto, ao longo dos anos, muitas prefeituras passaram a ignorar essa regra, cobrando o imposto especialmente quando a empresa tinha atividade imobiliária.

Um julgamento anterior do STF, em face do Tema 796, definiu que a imunidade do ITBI se limita ao valor efetivamente destinado ao capital social e não alcança eventuais excedentes. Isso gerou uma interpretação distorcida por parte de vários municípios, que passaram a cobrar o imposto sobre a diferença entre o valor declarado no imposto de renda e o valor de mercado do imóvel no momento da transferência.

Dessa forma, a imunidade tributária do ITBI na integralização de capital social deve ser garantida quando a empresa não tiver atividade imobiliária preponderante. Além disso, uma autoridade fazendária não pode desconsiderar o valor do bem declarado e exigir tributo sobre o valor arbitrado sem instauração de procedimento legal adequado.

Em paralelo ao entendimento do STF, o STJ, por sua vez, firmou o Tema Repetitivo 1.113, o qual dispõe que a base de cálculo do ITBI deve ser o valor do imóvel transmitido em condições normais de mercado. Ainda segundo a corte, "o valor declarado pelo contribuinte goza de presunção de veracidade, somente afastável mediante instauração de procedimento administrativo próprio.

É importante esclarecer um aspecto central: a controvérsia não decorre de uma lacuna ou erro da Constituição, mas do modo como seus limites foram compreendidos e concretizados na prática. Desde a sua promulgação, o texto constitucional estabeleceu de forma expressa a imunidade do ITBI na transmissão de bens imóveis destinados à integralização do capital social, ressalvando, de maneira igualmente explícita, a não aplicação dessa imunidade quando a atividade preponderante for imobiliária, ou seja, seu objeto consistir na compra e venda, locação de imóveis ou arrendamento mercantil.

O STF pode ainda modular os efeitos limitando a retroatividade da decisão e afastando a cobrança do ITBI. O ajuizamento de ação pode assegurar o direito de não recolher ITBI sobre a integralização de imóveis e recuperar valores pagos indevidamente nos últimos cinco anos.

Ademais, uma *holding* familiar também pode oferecer vantagens significativas na redução do ITCMD ao transferir os bens familiares para a pessoa jurídica, pois os ativos são consolidados em uma entidade jurídica única. Isso pode resultar em uma redução da base de cálculo do ITCMD, pois o imposto incide sobre a transmissão de quotas ou ações da *holding*, em vez de múltiplos bens individuais.

CLÁUSULA DE PROTEÇÃO PATRIMONIAL

Além dos benefícios de ordem tributária analisados na seção anterior, a *holding* familiar se destaca pela possibilidade de inserir cláusulas de proteção patrimonial, que agregam uma camada jurídica adicional de segurança ao acervo familiar.

Tais dispositivos atuam como mecanismos jurídicos essenciais para resguardar o acervo familiar contra uma série de vulnerabilidades, como ingerências de terceiros, dívidas pessoais dos herdeiros, litígios conjugais e disputas internas capazes de fragmentar o patrimônio. Em um contexto em que a desorganização sucessória e a falta de governança frequentemente ameaçam a perenidade dos bens, essas cláusulas emergem como instrumentos fundamentais para assegurar previsibilidade, estabilidade e segurança na transmissão intergeracional da riqueza familiar.

Dentre os dispositivos tradicionalmente empregados, destaca-se a cláusula de inalienabilidade, que restringe a capacidade dos herdeiros de vender, ceder ou transferir suas quotas societárias sem observância de condições preestabelecidas no contrato social, como a anuência familiar ou da administração da *holding*. Essa limitação tem por objetivo central evitar que decisões individuais precipitadas, motivadas por endividamento ou fragilidade emocional, resultem na alienação de partes do patrimônio, colocando em risco a unidade do negócio familiar ou permitindo a indesejada entrada de terceiros na sociedade.

Intimamente associada a ela, a cláusula de impenhorabilidade visa a resguardar as quotas societárias contra medidas executivas decorrentes de dívidas particulares dos herdeiros. Ao impedir que as participações na *holding* sejam penhoradas, arrestadas ou sequestradas por credores pessoais, essa cláusula protege o patrimônio coletivo da família contra riscos alheios à sua gestão, assegurando que ativos essenciais, como empresas, imóveis ou propriedades permaneçam intocados por obrigações contraídas individualmente por algum dos sucessores.

Outro pilar de proteção é a cláusula de incomunicabilidade, concebida para impedir que as quotas da *holding* se comuniquem ao patrimônio do cônjuge ou companheiro do herdeiro em virtude de casamento ou união estável. Essa previsão é particularmente crucial quando os herdeiros se unem sob regimes de comunhão de bens, pois, na sua ausência, a participação societária poderia integrar o patrimônio comum do casal, tornando-se alvo de partilha em eventuais divórcios ou dissoluções de união, com sérios riscos para a integridade e o controle da empresa familiar.

Igualmente relevante é a cláusula de usufruto vitalício, frequentemente reservada ao instituidor. Por meio dela, o titular original mantém o direito de administrar, usufruir e perceber os frutos econômicos das quotas mesmo após tê-las doado formalmente aos herdeiros. Esse mecanismo permite antecipar a sucessão sem que haja perda imediata de controle gerencial e financeiro, garantindo uma transição gradual e segura entre gerações, ao mesmo tempo em que assegura ao fundador sua subsistência e autoridade durante sua vida.

Para além dessas cláusulas clássicas, a *holding* familiar pode incorporar instrumentos mais sofisticados de governança e proteção, tais como, direito de preferência que obriga o sócio que deseja alienar suas quotas a oferecê-las primeiramente aos demais familiares, preservando o caráter fechado da sociedade, cláusulas tag along e drag along que são inspiradas no direito societário das companhias abertas e regulam situações de venda da participação controladora, protegendo tanto os minoritários (que têm o direito de acompanhar a venda) quanto o controlador (que pode obrigar os minoritários a venderem junto), assegurando coerência em reorganizações societárias e restrições à entrada de novos sócios, vetando ou condicionando a entrada de cônjuges, genros ou noras no quadro societário, mantendo o controle estritamente no núcleo familiar original.

Cumpre ressaltar que a validade e eficácia plenas dessas cláusulas estão condicionadas a uma elaboração técnica precisa e à sua conformidade com os princípios do ordenamento jurídico, em especial do direito civil e das sucessões.

Ressalta-se que uma redação inadequada das cláusulas pode levar à sua nulidade ou a questionamentos judiciais. Portanto, é imperativo que as restrições patrimoniais sejam proporcionais e respeitem os limites legais, como os estabelecidos no art. 1.848 do Código Civil.

Em síntese, as cláusulas de proteção patrimonial constituem a espinha dorsal jurídica de uma *holding* familiar bem-sucedida. Elas transcendem a simples transmissão de bens, assumindo a função vital de preservar a unidade econômica do patrimônio contra riscos diversos e assegurar uma governança estável, permitindo que o projeto sucessório familiar se realize com segurança, previsibilidade e chances robustas de perpetuação no longo prazo.

Tais cláusulas, articuladas em um modelo de governança familiar estruturado, deixam de ser meros instrumentos formais para se tornarem diretrizes efetivas de gestão e convivência entre os sócios-herdeiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo permitiu constatar que a utilização da *holding* familiar se consolida como um instrumento estratégico de grande relevância para o planejamento sucessório e a proteção patrimonial, ao viabilizar a centralização da administração dos ativos e reforçar a segurança jurídica das famílias empresárias. Verificou-se que a constituição de uma pessoa jurídica específica para concentrar o patrimônio contribui para a redução de conflitos entre herdeiros, racionaliza a gestão dos bens e possibilita o aproveitamento de oportunidades de planejamento tributário na transmissão do acervo. Também se observou que a adoção de mecanismos complementares, como cláusulas específicas, amplia o nível de proteção conferido aos ativos e fortalece o processo sucessório, evidenciando a importância de modelos de governança bem delineados.

A concentração dos bens em uma única entidade jurídica facilita a implementação de políticas de proteção patrimonial e de continuidade dos negócios, contribuindo para a sustentabilidade e a longevidade das empresas familiares. Nesse cenário, sobressai a relevância de práticas de governança que privilegiem transparência, eficiência e previsibilidade na administração dos ativos, de modo a assegurar uma sucessão ordenada e segura entre gerações.

Conclui-se, por fim, que a adoção da *holding* familiar, quando planejada e estruturada com rigor técnico, configura-se como alternativa eficaz para enfrentar os desafios inerentes ao planejamento sucessório e à proteção do patrimônio. A articulação integrada de aspectos jurídicos, tributários e operacionais mostra-se fundamental para a construção de um ambiente favorável à continuidade dos negócios, à mitigação de riscos e à preservação da estabilidade econômica das famílias empresariais. Este estudo aponta, ainda, a importância de uma assessoria jurídica para garantir a sustentabilidade do mecanismo, permitindo que famílias preservem seu patrimônio, evitem litígios, reduzam custos e assegurem a continuidade de suas atividades econômicas por várias gerações.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução à teoria e à filosofia do direito. 3. ed., **rev., atual.** e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e Precedentes. Curso de Arbitragem. **Revista dos Tribunais**. 2018.

ALVES, Francielli Honorato. **O Planejamento Sucessório e a Incidência de ITCMD e de ITBI**. IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, 2022. Disponível em: https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2022/01/Artigo-Francielli.pdf. Acesso em: 20 abr. 2026.

ALVES, Salete Stoeberl; NINGELISKI, Adriane De Oliveira. Holding Familiar: Uma alternativa programada de sucessão. Academia de Direito: **Revista Científica Eletrônica**, Mafra, SC, v.10, n.1, p.234-254, dez.2019. Disponível em: http://ojs.unc.br/index.php/acaddir/article/view/2381/1227. Acesso em: 20 abr. 2026.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: Planalto. Acesso em: 20 de maio de 2026.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 796.376. Constitucional e tributário.** Imposto de transmissão de bens imóveis – ITBI. Imunidade prevista no art. 156, § 2º, I, da Constituição. Aplicabilidade até o limite do capital social a ser integralizado. Recurso extraordinário improvido. Recorrente: Lusframa Participações Societárias Ltda. Recorrido: Município de São João Batista. Relator: Min. Marco Aurélio, 5 ago. 2020. Disponível em: STF. Acesso em: 20 abr. 2026.BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: Planalto. Acesso em: 20 de maio de 2026.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; AMADEU, Rodolpho da Costa Manso Real. **Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2023

HORCAIO, Ivan. **Holding Familiar e Participações: Planejamento Tributário, Fiscal, Sucessório e Patrimonial.** 2. ed. Leme: Imperium Editora, 2023

MAMEDE, Gladston. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. São Paulo: Atlas, 2011.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar.** 14. Ed. 2. Reimpressão. Barueri, SP: Atlas, 2022

MARQUES, Mano. **O que é holding: um guia completo sobre como esse tipo de empresa funciona**. Blog ForTec Tecnologia, 2024. Disponível em: https://blog.fortestecnologia.com.br. Acesso em: 20 abr. 2026.

POLETINI, Emanuela. **Holding familiar utilizada como forma de planejamento sucessório patrimonial e suas vantagens**. 2022. Tese de Doutorado. CESUSC

RIBEIRO, Lucas Gomes; BARROSO, Marcelly Eduarda; DE CASTRO QUEIROZ, Rachel Tavora. **Holding familiar como forma de planejamento sucessório**. LIBERTAS DIREITO, v. 4, n. 2, 2023.

SILVA, Fábio Pereira da; MELO, Caio; ROSSI, Alexandre Alves. **Holding familiar: aspectos jurídicos e contábeis do planejamento patrimonial e sucessório.** 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

Capítulo 26

A Responsabilidade Civil das Empresas por Doenças Ocupacionais: Entre a Prevenção e a Reparação no Âmbito do Direito do Trabalho e da Segurança do Trabalho

The Civil Liability of Companies for Occupational Diseases: Between Prevention and Compensation Within the Scope of Labor Law and Occupational Safety

Andrey Capistrano Soares

Graduação em Bacharel em Direito pela Universidade São Lucas.

Daniel Eric de Souza Carneiro

Graduação em Bacharel em Direito pela Universidade São Lucas.

Ana Claudia Barroso

Mestre em Desenvolvimento Regional e Agronegócio pela Universidade Federal do Tocantins e professora na Faculdade São Lucas.

Resumo: O presente estudo analisa a responsabilidade civil das empresas diante da ocorrência de doenças ocupacionais, investigando a dicotomia entre as medidas de prevenção e o dever de reparação no ordenamento jurídico brasileiro. O problema central busca identificar em que momento a omissão no cumprimento das normas de saúde e segurança, especificamente as NR-07 e NR-09, fundamenta a obrigação de indenizar, com base na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) entre 2020 e 2025. A metodologia consiste em uma pesquisa qualitativa e explicativa, utilizando métodos bibliográficos e documentais com abordagem dedutiva. A hipótese defendida é que a negligência empresarial na implementação de programas preventivos, muitas vezes motivada pela redução de custos operacionais, é o principal catalisador do adoecimento e da subsequente judicialização. Os resultados parciais indicam uma tendência de ampliação da responsabilidade objetiva em atividades de risco, visando proteger a dignidade humana do trabalhador. Conclui-se que o fortalecimento de uma cultura preventiva é indispensável para a sustentabilidade das relações laborais e para a eficácia do contrato social.

Palavras-chave: doenças ocupacionais; responsabilidade civil; prevenção; TST; segurança do trabalho.

Abstract: This study analyzes the civil liability of companies in the face of occupational diseases, investigating the dichotomy between prevention measures and the duty of reparation in the Brazilian legal system. The central problem seeks to identify at what point the failure to comply with health and safety standards, specifically NR-07 and NR-09, justifies the obligation to indemnify, based on the jurisprudence of the Superior Labor Court (TST) between 2020 and 2025. The methodology consists of qualitative and explanatory research, using bibliographic and documentary methods with a deductive approach. The proposed hypothesis is that corporate negligence in implementing preventive programs, often motivated by the reduction of operational costs, is the main catalyst for illness and subsequent litigation. Partial results indicate a trend towards expanding strict liability in risky activities, aiming to protect the human

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.26

dignity of the worker. It is concluded that strengthening a preventive culture is essential for the sustainability of labor relations and for the effectiveness of the social contract.

Keywords: occupational diseases; civil liability; prevention; TST; occupational safety.

INTRODUÇÃO

No cenário jurídico e socioeconômico brasileiro, a garantia de um meio ambiente de trabalho seguro e saudável transcende a mera esfera das obrigações contratuais sinergéticas, constituindo pilar indissociável da tutela da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. A Carta Magna de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXII, sedimenta como direito fundamental dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao labor, mediante o cumprimento estrito de normas de saúde, higiene e segurança, sem prejuízo da responsabilidade civil patronal nas hipóteses de dolo ou culpa (inciso XXVIII). Não obstante a densidade desse arcabouço normativo protetivo, a realidade fática nacional revela um alto crescimento no índice de patologias ocupacionais multifatoriais e psicossociais. Esse descompasso impõe uma reflexão crítica sobre a efetividade das políticas de prevenção corporativas e sobre os parâmetros de imputação de responsabilidade civil às organizações econômicas.

A relevância social, jurídica e científica desta pesquisa evidencia-se pelo impacto sistêmico do adoecimento laboral, que figura como uma das principais causas de afastamentos previdenciários e incapacidades funcionais no país, sobrecarregando o erário e congestionando as demandas do Poder Judiciário. Sob esse prisma, mostra-se premente investigar de que maneira a inobservância deliberada ou negligente das Normas Regulamentadoras (NRs) com especial enfoque no Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO/NR-07) e no Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR/NR-09) reverbera no reconhecimento do nexo causal e da culpa empresarial no âmbito dos tribunais.

Diante desse panorama, o problema central que norteia esta análise consiste em delimitar em que medida a omissão ou o descumprimento intencional das regras de segurança estabelece o dever de indenizar do empregador por doenças do trabalho, sob a ótica jurisprudencial consolidada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) no interregno entre 2020 e 2025. Parte-se da hipótese de que a reiteração das patologias ocupacionais decorre de modelos de gestão empresarial que negligenciam o planejamento preventivo sob o pretexto de mitigar custos operacionais iminentes, denotando a ausência de uma cultura voltada à preservação da saúde física e mental dos trabalhadores. Para tanto, os objetivos específicos deste estudo compreendem a identificação das balizas legislativas que sustentam o dever de cuidado, o exame dos padrões decisórios do TST e a compreensão da transição conceitual da responsabilidade civil subjetiva para a objetiva nas atividades de risco acentuado.

A metodologia empregada estrutura-se a partir de uma abordagem qualitativa aplicada, de caráter explicativo, fundamentada em densa pesquisa bibliográfica

e documental. Por meio dessa vertente investigativa, buscou-se confrontar os princípios constitucionais de proteção social com as práticas cotidianas do mercado laboral, analisando de forma detida os acórdãos paradigmáticos proferidos pela Corte Superior Trabalhista no último lustro. Almeja-se, por fim, que as conclusões deste estudo colaborem para o fomento de uma cultura de prevenção ativa e de responsabilidade social corporativa, motivando o empresariado ao compromisso com a saúde coletiva e com a efetividade da justiça social.

REFERENCIAL TEÓRICO

A Proteção à Saúde do Trabalhador e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

No mundo do trabalho, a proteção do trabalhador é fundamental. Isso significa garantir que as pessoas tenham condições adequadas para trabalhar com dignidade, segurança e respeito. Essa proteção não se limita apenas ao contrato de trabalho, mas também à vida do trabalhador como um todo. Ao longo do tempo, as leis do trabalho evoluíram para abranger não apenas a segurança física, mas também o bem-estar emocional, psicológico e social do trabalhador (Delgado, 2023).

Conforme Maurício Godinho Delgado (2023), o Direito do Trabalho desempenha um papel crucial na promoção da equidade nas relações de trabalho. Isso se justifica pelo fato de que as relações laborais são marcadas por uma desigualdade estrutural, em que o empregador detém maior poder econômico em relação ao empregado. Nesse contexto, as normas trabalhistas surgem como instrumentos de proteção e equilíbrio, assegurando condições dignas e seguras de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 7º, inciso XXII, que os trabalhadores têm direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (Brasil, 1988). Tal previsão representa o compromisso do Estado com a proteção da vida, da saúde e da integridade física dos trabalhadores. Contudo, ainda existe uma distância significativa entre a legislação e sua efetiva aplicação, evidenciando a necessidade de maior fiscalização, conscientização e comprometimento por parte das organizações.

A proteção à saúde do trabalhador é fundamental porque reconhece que o trabalho deve estar a serviço do ser humano, e não o contrário. Ao garantir condições seguras e saudáveis, o Estado reafirma que a vida do trabalhador possui valor intrínseco, para além de sua função produtiva. A saúde ocupacional constitui um direito fundamental e indispensável à dignidade humana. Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros (2017) destaca que a promoção da saúde no ambiente de trabalho não é apenas uma obrigação legal, mas também um dever ético e social das empresas. Dessa forma, as organizações devem valorizar o trabalho humano e assegurar que suas atividades econômicas estejam alinhadas aos princípios da dignidade da pessoa humana. Esse princípio constitui o eixo orientador das normas

de proteção ao trabalhador, exigindo a adoção de medidas preventivas eficazes para garantir o bem-estar integral dos colaboradores (Barros, 2017).

Sendo assim, nota-se que o Direito do Trabalho é fundamental para promover a justiça social e contribuir para a construção de uma sociedade mais equilibrada e solidária, centrada na valorização da pessoa humana (Delgado, 2023).

Conceito e Classificação das Doenças Ocupacionais

No Brasil, a legislação trabalhista e previdenciária estabelece uma importante distinção entre o acidente de trabalho típico e as doenças ocupacionais. Embora ambos produzam efeitos jurídicos semelhantes quanto à proteção social e à reparação de danos, diferenciam-se quanto à origem e à forma de manifestação. O artigo 20 da Lei nº 8.213/1991 constitui o principal marco normativo dessa diferenciação, classificando as doenças ocupacionais em duas modalidades: doença profissional e doença do trabalho (Brasil, 1991).

A doença profissional é aquela diretamente relacionada ao exercício de determinada atividade ou profissão, sendo previsível e inerente ao trabalho desempenhado. Já a doença do trabalho decorre das condições em que a atividade é executada, envolvendo fatores como ambiente laboral inadequado, organização do trabalho deficiente, jornadas excessivas, exposição a agentes nocivos e ausência de medidas preventivas eficazes (Brasil, 1991).

Como destaca Sebastião Geraldo de Oliveira (2023), as doenças ocupacionais não surgem de forma repentina, mas resultam de um processo gradual e contínuo de exposição a condições prejudiciais à saúde. Trata-se de um fenômeno silencioso que, muitas vezes, permanece despercebido até atingir estágios mais avançados. Essa realidade evidencia a importância da adoção de medidas preventivas capazes de interromper ou minimizar os fatores de risco antes que produzam danos efetivos à saúde do trabalhador (Oliveira, 2023).

Com as transformações ocorridas no mundo do trabalho, impulsionadas pelos avanços tecnológicos, mudanças organizacionais e novas formas de gestão, o perfil dos riscos ocupacionais também sofreu alterações significativas. Se anteriormente predominavam os agravos decorrentes de acidentes típicos e da exposição a agentes físicos, químicos, biológicos e mecânicos, atualmente ganham destaque os riscos psicossociais. Problemas como estresse crônico, ansiedade, depressão e síndrome de burnout passaram a ser amplamente reconhecidos como doenças relacionadas ao trabalho, refletindo as crescentes exigências e pressões do ambiente corporativo contemporâneo (Dejours, 2017).

Nesse contexto, Jorge Luiz Souto Maior (2021) observa que esses adoecimentos estão intimamente relacionados a modelos de gestão pautados por metas excessivas, competitividade exacerbada e intensificação do trabalho. Ambientes organizacionais marcados por cobranças desproporcionais, insegurança e práticas abusivas podem comprometer não apenas a saúde mental dos trabalhadores, mas também sua dignidade. O assédio moral, por exemplo, frequentemente emerge nesse cenário, ampliando os impactos psicológicos decorrentes da atividade laboral (Souto Maior, 2021).

Diante desse cenário, a saúde do trabalhador deve ser compreendida de forma ampla, ultrapassando a mera ausência de enfermidades físicas e abrangendo o bem-estar mental, emocional e social. Assim, o cumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho não deve ser encarado apenas como uma exigência legal ou burocrática, mas como uma manifestação de responsabilidade ética e social das organizações. Proteger a saúde do trabalhador significa preservar sua dignidade, sua qualidade de vida e sua condição de sujeito de direitos na sociedade (Oliveira, 2023; Souto Maior, 2021).

A Responsabilidade Civil do Empregador no Contexto das Doenças Ocupacionais

A responsabilidade civil dos empregadores em relação aos trabalhadores é uma consequência direta do descumprimento do dever jurídico de assegurar um ambiente de trabalho seguro, saudável e digno. No Brasil, essa obrigação está fundamentada no Artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, que garante aos trabalhadores o direito ao seguro contra acidentes de trabalho. Isso não exclui a possibilidade de indenização por parte do empregador quando houver dolo ou culpa. Essa proteção reflete a importância da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho no país.

Tradicionalmente, a responsabilização civil do empregador dependia da comprovação de culpa, que podia ser caracterizada por condutas de negligência, imprudência ou imperícia. Cabia ao trabalhador demonstrar o dano sofrido, o nexo causal e a conduta culposa do empregador. No entanto, com o tempo, as relações de trabalho mudaram e as atividades produtivas se tornaram mais complexas, com riscos inerentes. Isso levou a importantes transformações nessa lógica.

O Artigo 927, parágrafo único, do Código Civil introduz a possibilidade de responsabilização objetiva. Isso significa que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implicar riscos para os direitos de terceiros. Essa mudança é um avanço significativo na proteção do trabalhador, especialmente em setores com riscos elevados e muitas vezes inevitáveis.

Essa abordagem está fundamentada na teoria do risco, que diz que aquele que aufere benefícios econômicos de uma atividade potencialmente danosa deve assumir os ônus decorrentes de eventuais prejuízos causados. Em outras palavras, o risco do empreendimento não pode ser transferido ao trabalhador, que é a parte mais vulnerável na relação laboral. No caso de doenças ocupacionais, essa abordagem é ainda mais importante, considerando a dificuldade de comprovar a culpa do empregador diante de fatores técnicos, ambientais e organizacionais complexos.

Nas atividades de risco acentuado, o ônus probatório imposto ao trabalhador é mitigado. Nesses casos, cabe ao empregador demonstrar que adotou todas as medidas preventivas e de segurança necessárias para evitar o dano. Isso contribui para o equilíbrio da relação processual e reforça o caráter protetivo do Direito do Trabalho.

Por fim, é importante lembrar que a responsabilidade civil do empregador não deve ser vista apenas como um mecanismo de punição, mas como um instrumento de prevenção e de justiça social. Ao impor consequências jurídicas ao descumprimento das normas de segurança, o sistema incentiva a adoção de práticas mais responsáveis e comprometidas com a saúde do trabalhador. Assim, a responsabilização civil atua como um importante vetor de transformação, promovendo ambientes de trabalho mais seguros e evitando que o custo do desenvolvimento econômico recaia sobre a integridade física e mental dos trabalhadores.

As Normas Regulamentadoras e a Prevenção de Doenças Ocupacionais

As Normas Regulamentadoras são fundamentais para garantir a saúde e a segurança no trabalho no Brasil. Elas foram criadas pelo Ministério do Trabalho para ajudar as empresas a identificar e controlar os riscos no ambiente de trabalho, além de proteger a integridade física e mental dos trabalhadores. É importante lembrar que essas normas não são apenas uma exigência legal, mas sim um compromisso com a dignidade humana e com a sustentabilidade das relações de trabalho.

Existem várias normas importantes, como a NR-07, que cria o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, e a NR-09, que trata do Programa de Gerenciamento de Riscos. Ambas são essenciais para prevenir doenças e acidentes de trabalho. Enquanto a NR-09 se concentra em identificar e controlar os riscos no ambiente de trabalho, a NR-07 estabelece diretrizes para monitorar a saúde dos trabalhadores por meio de exames médicos e acompanhamento clínico.

Quando esses programas são implementados de forma integrada, eles podem trazer resultados muito positivos. As organizações podem adotar uma abordagem preventiva e sistêmica, alinhando o gerenciamento de riscos com o acompanhamento da saúde ocupacional. Isso não apenas reduz a incidência de doenças e acidentes, mas também cria um ambiente de trabalho mais seguro, saudável e produtivo. No entanto, é fundamental que esses programas sejam colocados em prática no dia a dia das empresas e não apenas cumpram com as exigências legais. Como disse Luciano Martinez em 2021, a mera existência desses programas não garante sua eficácia; é necessário desenvolver uma cultura organizacional voltada para a prevenção.

Infelizmente, algumas organizações ainda veem os investimentos em segurança e medicina do trabalho como custos desnecessários. Essa visão de curto prazo ignora os impactos negativos que a negligência pode causar, como o aumento de afastamentos, doenças ocupacionais, acidentes e problemas trabalhistas. Por outro lado, as empresas que adotam uma postura preventiva podem colher benefícios concretos, como a redução do absenteísmo, a diminuição de licenças médicas, a melhoria do clima organizacional e o aumento da produtividade.

Além disso, o compromisso com a saúde e a segurança dos trabalhadores também contribui para fortalecer a imagem da empresa, aumentando a confiança de clientes, parceiros e da sociedade em geral. Portanto, o cumprimento efetivo

das Normas Regulamentadoras não deve ser visto apenas como uma obrigação legal, mas como uma estratégia inteligente de gestão, capaz de gerar resultados sustentáveis no longo prazo e de promover um ambiente de trabalho mais humano e responsável.

METODOLOGIA

A estruturação desta pesquisa foi feita com cuidado para entender como a falta de segurança e saúde no trabalho afeta a responsabilidade das empresas em casos de doenças ocupacionais. Este estudo é do tipo qualitativo e explicativo. Isso se deve ao fato de que o tema envolve questões jurídicas e sociais complexas que não podem ser simplesmente traduzidas em números, mas sim analisadas de forma crítica e contextualizada.

Para atingir os objetivos, o trabalho foi dividido em duas partes principais: a pesquisa em livros e a pesquisa em documentos. A pesquisa bibliográfica inclui obras clássicas e contemporâneas, artigos científicos e dissertações sobre responsabilidade civil, direito do trabalho e segurança ocupacional. O objetivo é criar uma base teórica sólida para examinar as tensões entre o poder do empregador e o direito do empregado à integridade.

A pesquisa documental concentrou-se na vertente jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (TST), abrangendo o horizonte temporal de janeiro de 2020 a dezembro de 2025. A coleta de dados foi realizada diretamente no repositório oficial de Jurisprudência do TST, utilizando como descritores de busca combinados, por meio de operadores booleanos, os termos: “responsabilidade civil do empregador”, “doença do trabalho”, “nexo de concausalidade” e “responsabilidade objetiva”.

A pesquisa jurisprudencial concentrou-se na seleção de precedentes representativos do entendimento recente do Tribunal Superior do Trabalho acerca da responsabilidade civil do empregador por doenças ocupacionais. Após a aplicação dos critérios de inclusão e exclusão definidos nesta pesquisa, foram selecionados três acórdãos paradigmáticos para análise qualitativa aprofundada. A escolha dos julgados considerou sua relevância jurídica, atualidade e aderência aos objetivos da investigação, contemplando os principais eixos temáticos identificados na jurisprudência contemporânea: a responsabilidade objetiva em atividades de risco, o reconhecimento do nexo de concausalidade em doenças ocupacionais decorrentes da ausência de medidas preventivas e a responsabilização do empregador por danos psicossociais relacionados à Síndrome de Burnout. Dessa forma, os precedentes analisados permitem compreender as tendências interpretativas mais relevantes do Tribunal Superior do Trabalho no período de 2020 a 2025.

Como critérios de inclusão, foram selecionados acórdãos proferidos pelas Turmas e pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) que enfrentassem diretamente o mérito da responsabilidade civil patronal por patologias ocupacionais (ergonômicas, psicossociais ou biológicas) decorrentes de omissão de normas de segurança. Foram excluídas as decisões que versavam exclusivamente

sobre reflexos processuais (como tempestividade ou transcendência) ou acidentes de trabalho típicos (traumáticos), delimitando o escopo estritamente às doenças ocupacionais e ao adoecimento progressivo no ambiente laboral. O método usado é o dedutivo, começando com princípios gerais do Direito, como o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, para analisar situações concretas e julgados específicos. Além disso, é usado o método comparativo, que permite observar as semelhanças e diferenças entre a teoria e a prática judiciária, mostrando a evolução das interpretações jurídicas sobre a responsabilidade.

As técnicas de investigação incluem a leitura cuidadosa, o resumo e a análise crítica das fontes, integrando dados de bases acadêmicas renomadas, como SciELO e Google Scholar, com a realidade do trabalho. O estudo é feito sob uma perspetiva jurídico-analítica, visando não apenas descrever a situação atual da jurisprudência, mas também oferecer subsídios para melhorar as políticas preventivas nas organizações e fortalecer o papel social do Direito do Trabalho.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho Sobre Doenças Ocupacionais (2020-2025)

A consolidação da jurisprudência do TST no período analisado materializa-se em julgados que delimitam as fronteiras entre a negligência patronal, o nexo de concausalidade e a aplicação da responsabilidade objetiva.

Caso 1: Responsabilidade Objetiva e Riscos Inerentes (Art. 927, Parágrafo Único, CC). No julgamento do RR-10813-79.2020.5.18.0121, a Terceira Turma do TST reafirmou que o dever de indenizar do empregador prescinde de culpa quando a atividade expõe o trabalhador a um risco estatisticamente muito superior à média da sociedade. O tribunal fixou o entendimento de que, em setores como o transporte de cargas e a mineração, o adoecimento gerado por fadiga crônica ou lesões por esforços repetitivos atrai a responsabilidade objetiva. A fundamentação pautou-se na Teoria do Risco Criado: se a estrutura organizacional maximiza o lucro gerando riscos biomecânicos contínuos, os danos devem ser internalizados nos custos do negócio.

Caso 2: Nexo de Concausalidade e Omissão nas Medidas Ergonômicas (NR-17). No acórdão do ARR-1025-44.2021.5.09.0069, a Sexta Turma enfrentou a problemática das doenças de origem multifatorial (como distúrbios osteomusculares). O TST fixou a tese de que a falta de comprovação, por parte da empresa, de rodízios de funções, pausas ergonômicas e laudos de análise ergonômica do trabalho (conforme exigido pela NR-17) estabelece o nexo de concausalidade. O tribunal determinou que a conduta omissiva da empresa, ao ignorar a fadiga do trabalhador em prol da produtividade acelerada, atuou como gatilho acelerador da patologia, gerando o dever de indenizar de forma proporcional.

Caso 3: Danos Psicossociais, Síndrome de Burnout e Modelos de Gestão Abusivos. A evolução mais marcante do período (2020-2025) diz respeito à saúde mental. No julgamento do AIRR-100094-15.2022.5.02.0471, a Oitava Turma do TST reconheceu a responsabilidade civil do empregador por Síndrome de Burnout resultante de metas abusivas e cobranças desproporcionais. O acórdão destacou que o ambiente de trabalho psicologicamente degradante configura violação direta ao princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CF/88). O TST concluiu que a ausência de programas institucionais de gestão de riscos psicossociais evidencia a culpa patronal por negligência organizacional.

Os julgados analisados demonstram a evolução do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho acerca da responsabilidade civil do empregador em casos de doenças ocupacionais. As decisões evidenciam que a proteção à saúde do trabalhador não se restringe aos acidentes típicos ou às lesões físicas decorrentes da atividade laboral, abrangendo também fatores ergonômicos, organizacionais e psicossociais. Além disso, observa-se que o TST tem atribuído especial relevância ao dever de prevenção, responsabilizando empregadores que deixam de adotar medidas adequadas para reduzir os riscos inerentes ao trabalho. Dessa forma, a jurisprudência trabalhista tem contribuído para fortalecer a efetividade das normas de saúde e segurança ocupacional, reafirmando a proteção da dignidade humana e do valor social do trabalho como princípios fundamentais das relações laborais.

A Importância da Cultura Preventiva e da Responsabilidade Social Empresarial

A proteção da saúde do trabalhador hoje não depende apenas de leis rigorosas, mas de uma mudança real na forma como as empresas pensam. É importante que as empresas deixem de ver a segurança e a medicina do trabalho como apenas obrigações ou custos a serem reduzidos e comecem a entendê-las como parte da sua responsabilidade social. Com essa visão, prevenir doenças relacionadas ao trabalho mostra que a empresa se importa com a vida das pessoas e com o desenvolvimento sustentável da sociedade.

Christophe Dejours, em 2019, destacou que o trabalho deve ser um lugar onde as pessoas possam crescer e se realizar, e não um lugar que cause doenças. A forma como o trabalho é organizado, desde a definição de metas até a gestão de pessoas, afeta muito a saúde mental dos funcionários. Portanto, uma cultura que realmente previne problemas deve ir além de fornecer equipamentos de proteção e se concentrar em reduzir riscos como estresse e burnout, que são causados por ambientes competitivos e pressão excessiva.

Criar essa cultura preventiva é um desafio que envolve questões éticas, econômicas e sociais. Do ponto de vista econômico, as empresas que investem em ambientes saudáveis e seguros têm benefícios diretos, como redução de custos com processos judiciais e melhoria na produtividade e engajamento das equipes. Do ponto de vista social, preservar a saúde dos trabalhadores ajuda a não sobrecarregar os sistemas de saúde pública e previdência social.

Em resumo, é fundamental que as empresas sejam responsabilizadas por suas ações, especialmente quando negligenciam a saúde dos trabalhadores. Isso ajuda a garantir que o trabalho seja valorizado como parte da dignidade do indivíduo e que o progresso econômico não aconteça às custas da saúde dos trabalhadores. O desenvolvimento econômico deve ser justo e considerar a saúde e o bem-estar dos trabalhadores.

Análise dos Dados

A análise da legislação, da literatura especializada e dos julgados do Tribunal Superior do Trabalho examinados nesta pesquisa evidencia a relevância das medidas preventivas para a redução dos casos de doenças ocupacionais. Os estudos consultados demonstram que a adoção de programas de saúde e segurança no trabalho, aliada ao cumprimento das Normas Regulamentadoras, contribui para a diminuição dos riscos ocupacionais e para a preservação da saúde física e mental dos trabalhadores.

Os julgados analisados também demonstram que o descumprimento das normas de proteção ao trabalhador tem sido um dos principais fundamentos para o reconhecimento da responsabilidade civil do empregador. Em diferentes situações, a ausência de medidas preventivas adequadas, a exposição a riscos ergonômicos e a adoção de práticas organizacionais prejudiciais à saúde foram consideradas fatores relevantes para a caracterização do dever de indenizar.

A análise dos acórdãos selecionados permitiu identificar três eixos centrais da jurisprudência recente do Tribunal Superior do Trabalho sobre doenças ocupacionais: a aplicação da responsabilidade objetiva em atividades de risco, o reconhecimento do nexo de concausalidade em doenças multifatoriais e a ampliação da proteção à saúde mental do trabalhador em casos de Síndrome de Burnout. A distribuição temática dos julgados examinados encontra-se sintetizada na Tabela 1.

Tabela 1 - Relação dos acórdãos encontrados entre 2020 e 2025.

Categoria	Qtde de acórdãos	Frequência
Responsabilidade objetiva	1	33,3%
Nexo de concausalidade	1	33,3%
Burnout e riscos psicossociais	1	33,3%
Total	3	100%

Fonte: Elaboração própria com base na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (2020–2025).

No que se refere ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, observa-se o fortalecimento da proteção jurídica conferida ao trabalhador. As decisões examinadas indicam que a Corte tem reconhecido a responsabilidade do empregador tanto em situações envolvendo riscos físicos quanto em casos relacionados à saúde mental, especialmente quando comprovada a omissão na adoção de medidas capazes de prevenir o adoecimento ocupacional.

Outro aspecto identificado na análise jurisprudencial é a valorização do caráter preventivo das normas de saúde e segurança do trabalho. As decisões reforçam que a observância das Normas Regulamentadoras não deve ser vista apenas como uma obrigação legal, mas como um instrumento essencial para a proteção da dignidade humana e para a promoção de ambientes laborais seguros.

Dessa forma, os resultados obtidos permitem concluir que a prevenção continua sendo o principal mecanismo para reduzir a ocorrência de doenças ocupacionais e seus impactos sociais, econômicos e jurídicos. Além de proteger a saúde dos trabalhadores, a adoção de políticas efetivas de segurança e saúde ocupacional contribui para a redução de afastamentos, diminuição de conflitos judiciais e fortalecimento das relações de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação permitiu verticalizar o debate acerca dos vetores de imputação de responsabilidade civil ao empregador em decorrência de patologias ocupacionais, correlacionando a dogmática jurídica à práxis corporativa. Ao longo do percurso analítico, restou demonstrado que a higidez do meio ambiente laboral se projeta para além do mero cumprimento de exigências burocráticas, consolidando-se como pressuposto existencial para a materialização da dignidade da pessoa humana. Ambientes laborais desprovidos de ferramentas de controle preventivo operam como catalisadores de adoecimentos, culminando em quadros de incapacidade funcional que fraturam a trajetória do trabalhador e geram repercussões sistêmicas, como o superendividamento do erário previdenciário e o acúmulo de demandas perante a Jurisdição Trabalhista.

Ao confrontar o problema central da pesquisa com o acervo documental analisado, os resultados obtidos evidenciaram que o descumprimento intencional ou negligente das obrigações de cuidado patronais materializado pela inobservância das diretrizes estruturantes das Normas Regulamentadoras nº 07 e 09 atrai de forma inexorável o dever de indenizar. Essa constatação valida a hipótese inicialmente proposta: a persistência dos elevados índices de adoecimento na realidade nacional guarda relação direta com modelos gestionários focados na compressão imediata de custos operacionais. Essa conduta corporativa omissiva eleva as margens de lucro à custa do desgaste psicofísico do obreiro, transferindo os custos sociais da atividade econômica para toda a coletividade.

A análise minuciosa dos precedentes paradigmáticos firmados pelo Tribunal Superior do Trabalho entre 2020 e 2025 consolidou a percepção de uma guinada hermenêutica de contornos pedagógicos e protetivos. A expansão da responsabilidade civil objetiva com esteio na Teoria do Risco Criado, aplicada tanto a setores com periculosidade biomecânica quanto ao reconhecimento de patologias modernas, como a Síndrome de Burnout decorrente de modelos de gestão por estresse, demonstra o alinhamento da Corte Superior com a vanguarda protetiva. O entendimento jurisprudencial fixado no último lustro consagra a premissa de que

os ônus decorrentes dos riscos organizacionais devem ser internalizados por quem usufrui dos bônus produtivos, vedando-se a transferência desse passivo ao polo vulnerável da relação de emprego.

Conclui-se, por conseguinte, que o provimento de indenizações pecuniárias por danos morais e materiais, embora juridicamente impositivo, sinaliza o colapso crônico do sistema de prevenção. A efetiva tutela da saúde do trabalhador demanda a superação do modelo reativo, exigindo das organizações a incorporação definitiva de uma cultura preventiva fundamentada na governança social e no cumprimento rigoroso das normas de segurança. O Direito do Trabalho reafirma, neste cenário, sua função primordial de conformação social, demonstrando que a sustentabilidade e o desenvolvimento econômico de um país dependem do respeito intransigente à integridade de suas forças produtivas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de maio de 2026.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 10 de maio de 2026.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 14 de maio de 2026.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 de maio de 2026.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora nº 07 (NR-07): Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO)**. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Emprego, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/ctpp/normas-regulamentadoras. Acesso em: 15 maio 2026.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora nº 09 (NR-09): Avaliação e Controle das Exposições Ocupacionais a Agentes Físicos, Químicos e Biológicos.** Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Emprego, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/ctpp/normas-regulamentadoras. Acesso em: 15 maio 2026.

CARVALHO, Rodrigo. Gestão de segurança e saúde no trabalho: desafios e perspectivas. **Revista LTr,** São Paulo, v. 83, n. 5, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho.** 7. ed. São Paulo: Cortez, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 20. ed. São Paulo: LTr, 2023.

MARTINEZ, Luciano. **Direito do Trabalho: teoria e prática.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

OENNING, Nádia Silva; CARVALHO, Fernando Martins; LIMA, Verônica Maria Cadena. Indicadores de absenteísmo e diagnósticos associados às licenças médicas de trabalhadores da área de serviços de uma indústria de petróleo. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional,** São Paulo, v. 37, n. 125, p. 150-158, 2012.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional.** 16. ed. São Paulo: LTr, 2025.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Direito do Trabalho por Especialistas.** v. 3. São Paulo: LTr, 2024.

VIEIRA, Augusto Alencar de Souza. **A teoria do risco e a responsabilidade civil do empregador quando da ocorrência do acidente do trabalho.** 2011. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2011.

Capítulo 27

O Direito nas Compras Online: Desafios e Perspectivas Jurídicas no Comércio Eletrônico

Law in Online Shopping: Legal Challenges and Perspectives in Electronic Commerce

Carlos Agapito Praia Neto

Graduando do curso de Bacharelado em Direito, no Centro Universitário FAMETRO.

Rosana Reis de Melo Silva

Professora Orientadora e Coordenadora do TCC II, no Centro Universitário FAMETRO.

Resumo: O presente trabalho tem como tema o direito nas compras online e a proteção do consumidor no comércio eletrônico. O objetivo é analisar os principais aspectos jurídicos que regulam as compras realizadas pela internet no Brasil, com ênfase na proteção do consumidor, na responsabilidade dos fornecedores e nos mecanismos legais aplicáveis às relações de consumo no ambiente digital. A pesquisa adotou abordagem qualitativa, de caráter exploratório e descritivo, fundamentada em revisão bibliográfica e análise documental da legislação brasileira, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, o Marco Civil da Internet e normas complementares que disciplinam o comércio eletrônico. Os resultados evidenciam que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de instrumentos normativos capazes de assegurar a proteção do consumidor nas compras online, destacando-se o direito de arrependimento, a transparência nas informações e a responsabilidade objetiva do fornecedor. Contudo, verificou-se que persistem desafios relacionados à fiscalização, à efetividade das normas e à constante adaptação diante da evolução tecnológica. Conclui-se que, embora exista base legal consolidada para a tutela do consumidor no comércio eletrônico, é necessária atualização contínua das práticas regulatórias e maior conscientização dos consumidores, a fim de garantir segurança jurídica e equilíbrio nas relações digitais.

Palavras-chave: comércio eletrônico; direito do consumidor; responsabilidade civil; proteção jurídica; contratos digitais.

Abstract: This study addresses the law in online purchases and consumer protection in electronic commerce. Its objective is to analyze the main legal aspects regulating online purchases in Brazil, emphasizing consumer protection, supplier liability, and the legal mechanisms applicable to digital consumer relations. The research adopted a qualitative, exploratory, and descriptive approach, based on bibliographic review and documentary analysis of Brazilian legislation, especially the Consumer Defense Code, the Brazilian Internet Civil Framework, and complementary regulations governing e-commerce. The results indicate that Brazilian law provides normative instruments capable of ensuring consumer protection in online purchases, particularly the right of withdrawal, transparency of information, and strict liability of suppliers. However, challenges remain regarding enforcement, regulatory effectiveness, and continuous adaptation to technological developments. It is concluded that, although there is a consolidated legal framework to protect consumers in electronic commerce, ongoing regulatory updates and greater consumer awareness are necessary to ensure legal security and balance in digital relations.

Keywords: electronic commerce; consumer law; civil liability; legal protection; digital contracts.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.27

INTRODUÇÃO

O comércio eletrônico no Brasil experimentou uma expansão sem precedentes nos últimos anos, alterando de maneira bastante profunda os hábitos de consumo da população e impondo desafios até então desconhecidos ao ordenamento jurídico pátrio. A democratização do acesso digital permitiu que consumidores de diferentes regiões e perfis socioeconômicos pudessem adquirir produtos e serviços de forma mais prática, com maior possibilidade de comparação de preços e diversidade de ofertas.

Em 2023, o faturamento do e-commerce brasileiro alcançou a marca de R$ 196,1 bilhões e, em 2024, registrou crescimento de 10,5%, atingindo R$ 204,3 bilhões (E-commerce Brasil, 2025). Logo, esse cenário de crescimento, contudo, veio acompanhado de obstáculos significativos para a efetiva proteção dos direitos do consumidor, sobretudo diante de fraudes, problemas logísticos, falta de transparência e dificuldades no exercício do direito de arrependimento.

Portanto, desenvolve-se, neste estudo, o conceito de proteção jurídica do consumidor no ambiente digital, analisando-se os principais desafios enfrentados pelos consumidores brasileiros no comércio eletrônico e as perspectivas de aprimoramento das legislações e políticas públicas voltadas à tutela dos seus direitos.

Trata-se de uma abordagem relevante porque, embora o Brasil conte com um arcabouço normativo composto pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), pelo Decreto nº 7.962/2013, pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), dentre outras normas, a eficácia, não raras vezes, ainda é alvo de questionamento diante da constante evolução tecnológica e das práticas abusivas no mercado digital. Apenas para ilustrar, apenas em 2024, 51% dos brasileiros foram vítimas de alguma fraude, com destaque para o ambiente do comércio eletrônico como principal vetor de incidências (Moura, 2024).

Como hipótese, parte-se da premissa de que os consumidores brasileiros, ao realizarem compras online, enfrentam desafios estruturais que vão desde falhas logísticas e dificuldades no pós-venda até problemas relacionados à proteção de dados pessoais. Tais obstáculos decorrem tanto da complexidade do ambiente digital quanto da insuficiente responsabilização de intermediários, como os marketplaces, o que fragiliza a posição do consumidor diante de práticas abusivas ou de fraudes virtuais. Acredita-se, ainda, que a efetividade da proteção exige, a um só tempo, o fortalecimento das legislações já vigentes, o aprimoramento das políticas públicas de fiscalização e a uniformização jurisprudencial.

Assim, como objetivo geral, busca-se analisar os desafios enfrentados pelos consumidores nas compras online no Brasil e identificar as perspectivas para o aprimoramento das políticas e legislações voltadas à proteção dos seus direitos no comércio eletrônico. Para tanto, elencam-se os seguintes objetivos específicos: a) identificar os principais desafios enfrentados pelos consumidores nas compras online no Brasil, incluindo fraudes, problemas logísticos, devoluções e limitações no

exercício do direito de arrependimento; b) abordar o arcabouço jurídico aplicável ao comércio eletrônico, com ênfase no CDC, normas complementares e mecanismos de fiscalização; c) identificar as principais estratégias adotadas por empresas e plataformas digitais para garantir segurança e transparência, bem como propor perspectivas de aprimoramento das políticas públicas e regulamentações voltadas à proteção do consumidor no ambiente digital.

Para melhor organização, na primeira parte do trabalho, abordam-se os desafios enfrentados pelos consumidores nas compras online, com foco em fraudes e golpes digitais, problemas de entrega e logística, devoluções e direito de arrependimento, além das falhas de atendimento e pós-venda. Em seguida, examina-se o arcabouço jurídico e a atuação dos órgãos de proteção, analisando-se o CDC, o Decreto nº 7.962/2013, o Marco Civil da Internet, a LGPD e o papel do Procon, da Senacon, do Ministério Público e do Judiciário. Ao final, discutem-se as práticas empresariais e as perspectivas de aprimoramento, incluindo medidas de segurança adotadas por plataformas digitais, transparência e boas práticas, inovações e tendências, além de propostas para o avanço das políticas públicas e regulamentações.

Destarte, e para atingir esses objetivos, emprega-se a abordagem qualitativa, pautada no método de procedimento descritivo e na técnica de pesquisa da revisão bibliográfica e documental. Logo, fundamenta-se na análise da doutrina especializada, da legislação aplicável e de artigos científicos publicados nos últimos dez anos, além de dados de instituições como a Serasa Experian e a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm), dentre outros.

DESAFIOS ENFRENTADOS PELOS CONSUMIDORES NAS COMPRAS ONLINE

O crescimento exponencial do comércio eletrônico, embora tenha proporcionado comodidade e ampliado o acesso a produtos e serviços, também trouxe à tona novos desafios para os consumidores brasileiros. Araújo e Dantas (2025) destacam que a expansão das transações digitais evidenciou riscos como práticas abusivas, publicidade enganosa, atrasos nas entregas, dificuldades no processo de devolução e violações à privacidade dos dados pessoais.

Nesse cenário, a ausência de contato direto entre consumidor e fornecedor amplia a assimetria informacional e potencializa a vulnerabilidade do comprador, entendimento este corroborado por Forcelini e Tonial (2024), os quais observam que o avanço do comércio eletrônico no Brasil trouxe, a um só tempo, comodidade e desafios.

Forcelini e Tonial (2024, p. 28), neste contexto, ainda pontuam:

> [...] o crescimento exponencial do consumo através do comércio eletrônico é pautado nas facilidades que ele proporciona, como, por exemplo, a possibilidade de adquirir produtos e serviços sem se deslocar de casa; a comparação de preços entre diferentes fornecedores e a flexibilidade na forma de pagamento.

Semelhantes são as lições de Araújo e Dantas (2025, p. 03), que ao tratar dos principais desafios enfrentados pelo consumidor no comércio eletrônico bem pontuam:

> [...] A expansão do comércio eletrônico também trouxe à tona novos desafios jurídicos e sociais. A ausência de contato direto entre consumidor e fornecedor, a limitação na verificação do produto antes da compra e a dependência da boa-fé nas informações disponibilizadas pelas plataformas aumentaram os riscos de práticas abusivas, publicidade enganosa, atrasos nas entregas, dificuldades no processo de devolução, falhas de comunicação e violações à privacidade dos dados pessoais. Assim, ao mesmo tempo em que o ambiente virtual amplia as possibilidades de consumo, ele exige mecanismos mais eficientes de proteção e fiscalização.

De fato, as comodidades do comércio eletrônico não ganharam evidência isoladamente, pois, como observam Rosa e Ferreira (2022), o ambiente virtual também evidencia algumas complexidades, dentre as quais se pode citar a intermediação por plataformas digitais e cadeias de fornecimento transnacionais, que dificultam a responsabilização direta dos fornecedores

Portanto, o aumento do consumo por meio do comércio eletrônico é pautado nas facilidades que ele proporciona, como a possibilidade de adquirir produtos sem deslocamento, a comparação de preços entre fornecedores e a flexibilidade nas formas de pagamento. No entanto, essa mesma dinâmica cria um ambiente propício para a ocorrência de fraudes, problemas logísticos e falhas no atendimento ao consumidor. Exatamente por isso, as seções seguintes abordam, de maneira pormenorizada, cada um desses desafios.

Fraudes e golpes digitais

As fraudes digitais são um dos maiores obstáculos à consolidação de um ambiente de compras online seguro no Brasil. De acordo com o Mapa da Fraude 2024, elaborado pela ClearSale, o país registrou 2,8 milhões de tentativas de fraude no e-commerce, somando R$ 3 bilhões em valores potencialmente perdidos (ClearSale, 2024).

Não se ignora que, embora tenha havido uma redução de 4,7% no montante total das fraudes em comparação com 2023, o ticket médio das transações fraudulentas subiu para R$ 1.072,33, um aumento de 9,8%, evidenciando que os criminosos passaram a mirar compras de maior valor agregado (ClearSale, 2024).

O cenário evidencia-se preocupante quando analisados os dados recentes sobre fraudes digitais no Brasil. Segundo levantamento da Serasa Experian, aproximadamente metade dos brasileiros foi vítima de algum tipo de fraude em 2024, sendo o uso indevido de cartões de crédito uma das modalidades mais recorrentes (Moura, 2024). Ainda, entidades representativas do comércio apontam crescimento expressivo dos golpes digitais, especialmente aqueles relacionados a *phishing*, fraudes bancárias e engenharia social, estratégias nas quais o próprio

consumidor é induzido a fornecer dados sensíveis (CNDL, 2025).

Outrossim, relatórios setoriais também indicam que o avanço tecnológico tem sido explorado por criminosos para sofisticar práticas fraudulentas, incluindo o uso de inteligência artificial para simulação de voz e imagem (CNDL, 2025). Logo, esse contexto demonstra que o ambiente digital, embora amplie oportunidades econômicas, também intensifica riscos estruturais ligados à proteção de dados e à segurança das transações eletrônicas.

Ainda, dados do Mapa da Fraude 2024, divulgado pela ClearSale, indicam que os produtos mais visados por fraudadores no comércio eletrônico brasileiro concentram-se em itens de maior valor agregado. Entre eles, destacam-se celulares, que representam cerca de 4% das tentativas de fraude, com ticket médio aproximado de R$ 2.788, além de acessórios eletrônicos (3,4%), eletrodomésticos (3,2%) e produtos de informática (3,2%). O padrão evidencia a preferência por mercadorias com alta liquidez e fácil revenda no mercado paralelo (ClearSale, 2024).

Outrossim, no recorte regional, o levantamento aponta maior incidência proporcional de tentativas de fraude nas regiões Norte e Nordeste, ambas com taxa aproximada de 1,7% do total de pedidos analisados. Em seguida aparecem Sudeste (1,4%), Centro-Oeste (1,2%) e Sul (0,7%). Os dados demonstram a distribuição desigual das ocorrências e reforçam a necessidade de estratégias específicas de prevenção e monitoramento conforme o perfil regional de risco (ClearSale, 2024).

Tem-se, ainda, a pesquisa da TransUnion (2024), a qual apontou que 73% dos brasileiros temem ser vítimas de golpes eletrônicos e fraudes digitais, especialmente em períodos de intensificação das vendas, como a Black Friday. E esse temor é corroborado por dados da Serasa Experian, que identificou que as tentativas de fraude ultrapassaram um milhão de incidências apenas em novembro de 2024, o equivalente a uma tentativa a cada 2,5 segundos (Uol Economia, 2025).

Nesse contexto, Rosa e Ferreira (2022) observam que a intermediação por plataformas digitais e cadeias de fornecimento transnacionais dificulta a responsabilização direta dos fornecedores, tornando o consumidor ainda mais vulnerável. Logo, quando ocorre uma fraude, há, não raras vezes, dificuldade em se identificar o responsável e resguardar o consumidor.

Vieira e Dantas (2024) complementam que a vulnerabilidade do consumidor vai além da fragilidade econômica, podendo ser influenciada por fatores como assimetria de informações, poder de mercado desigual e falta de recursos para buscar reparação. Nesse sentido, Sales (2025) destaca que a vulnerabilidade do consumidor se manifesta de forma ainda mais acentuada no comércio eletrônico, exigindo mecanismos normativos específicos de tutela.

Diante do aqui exposto, percebe-se que as fraudes digitais representam apenas uma das vulnerabilidades que permeiam o comércio eletrônico brasileiro. A insegurança nas transações, somada às dificuldades práticas enfrentadas após a compra, evidencia que os riscos ao consumidor não se esgotam na fase de pagamento, estendendo-se também à etapa de cumprimento da oferta. Nesse contexto, torna-se imprescindível examinar os problemas relacionados à entrega, à logística e à qualidade do produto, objeto do próximo tópico.

Problemas de entrega, logística e qualidade do produto

A logística de entrega é um desafio relevante para o comércio eletrônico brasileiro. Segundo levantamento do site Reclame Aqui, entre 2021 e 2023, as reclamações por atraso na entrega cresceram 31%, sendo que apenas em janeiro de 2024, em comparação com o mesmo período do ano anterior, houve um aumento de 25,21%. O CEO do Reclame Aqui aponta, ainda, que em 80% das empresas de varejo online o atraso na entrega figura como o primeiro problema listado pelos consumidores (Reclame Aqui, 2024).

De forma análoga, uma pesquisa realizada pela Neogrid, em parceria com o Opinion Box, demonstrou que, para 33,9% dos consumidores, a restrição de entrega por CEP é o maior motivo de frustração ao realizarem compras online. Quando o produto não está disponível para entrega na região do consumidor, 58,7% buscam alternativas em outros sites, 25,1% verificam a disponibilidade em lojas físicas e 15,8% desistem definitivamente da compra. Regionalmente, o Centro-Oeste lidera com 35,8% de insatisfação, seguido pelo Sudeste (34,3%) e pelo Sul (34%) (Neigrid; Opinion Box, 2024).

Por sua vez, dados da Descartes Systems Group (2025) indicam que 67% dos consumidores brasileiros enfrentaram algum tipo de problema com entregas, e 68% tomaram alguma medida posterior como consequência da insatisfação. Os problemas mais frequentes incluem atrasos, entrega de produtos danificados ou em desacordo com a descrição, extravios e falta de comunicação sobre o status do pedido. A avaria durante o transporte, associada a falhas na embalagem e no manuseio, é outro motivo recorrente de insatisfação.

Nesse contexto, Araújo (2022) lembra que a limitação na verificação do produto antes da compra e a dependência da boa-fé nas informações disponibilizadas pelas plataformas aumentam os riscos de divergência entre o produto ofertado e o efetivamente recebido. Por sua vez, Santos (2024) ressalta que falar em tutela do consumidor na era digital exige mecanismos capazes de assegurar os benefícios do comércio eletrônico sem expor os consumidores a riscos indevidos. A concentração da logística brasileira no modal rodoviário agrava esses problemas, sobretudo em regiões mais distantes dos grandes centros de distribuição.

Em vista do aqui exposto, fica evidente que os desafios logísticos e os problemas de entrega impactam a experiência de compra online, gerando atrasos, avarias e insatisfação do consumidor. Nesse contexto, torna-se fundamental garantir mecanismos claros de devolução e o exercício do direito de arrependimento. Ganham relevo, nesse cenário, os instrumentos legais que permitem ao consumidor reverter compras insatisfatórias, como se passa a expor no próximo tópico.

Devoluções e direito de arrependimento

O direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, garante ao consumidor que adquiriu produto ou serviço fora do estabelecimento comercial, como no ambiente virtual, o prazo de sete dias corridos, a contar do recebimento do produto ou da assinatura do contrato, para desistir da

compra sem necessidade de justificativa e sem custos adicionais (Brasil, 1990). Trata-se de uma das garantias mais relevantes para o consumidor digital, pois este não tem contato físico com o produto antes da aquisição (Atz *et al.,* 2023).

Anote-se, ainda, que o Decreto nº 7.962/2013 reforça essa garantia ao determinar que o fornecedor deve disponibilizar um meio facilitado para o exercício do direito de arrependimento e reembolsar integralmente os valores pagos, incluindo o frete (Brasil, 2013). Na prática, contudo, o exercício desse direito ainda enfrenta obstáculos significativos, pois processos burocráticos, políticas confusas de devolução e prazos longos dificultam a experiência do consumidor (Araújo; Dantas, 2025).

Nesse contexto, Aftersale (2024) aponta que 37% dos consumidores afirmam não saber quando receberão o estorno, e 21% não recebem qualquer atualização durante o processo de devolução. Nesse contexto, o estorno do valor é a maior fonte de frustração relacionada a devoluções, seguida por dificuldades na troca propriamente dita. E a questão se agrava, ainda segundo a Aftersale (2025), se considerarmos o fato de que o custo médio das devoluções pode consumir até 30% do lucro operacional em categorias como moda e calçados, e no Brasil 82% das devoluções ocorrem em produtos de vestuário.

Não é demais ressaltar que, além do direito de arrependimento, o CDC garante a troca por defeito, com prazo de 30 dias para que o fornecedor solucione o problema; caso não resolva, o consumidor pode exigir restituição, troca por produto igual ou abatimento proporcional do valor (Brasil, 1990). Marques, Benjamin e Miragem (2025) enfatizam que a vulnerabilidade do consumidor se manifesta de forma mais acentuada em cenários como o comércio eletrônico, exigindo mecanismos normativos específicos que facilitem o exercício desses direitos.

Pinto e Montenegro (2025) complementam que o direito do consumidor, na atualidade, busca regular as relações de consumo tradicionais e oferecer instrumentos de proteção adaptados às novas formas de comércio. Logo, seja por meio do direito de arrependimento, seja através da troca do produto, o consumidor se vê resguardado nas compras online.

Falhas de atendimento e pós-venda

O atendimento ao consumidor e o suporte pós-venda são questões de grande relevância para a construção de confiança nas relações de consumo digital. Entretanto, falhas nesse segmento representam uma das principais fontes de insatisfação dos compradores online. Segundo o Relatório de Identidade Digital e Fraude 2024, da Serasa Experian (2025), 48% dos consumidores já desistiram de uma compra por falta de confiança no site ou aplicativo. A percepção de que as empresas adotam medidas eficazes de proteção caiu de 51% para 43% entre um ano e outro.

As dificuldades de comunicação com o fornecedor agravam esse cenário. Logo, a falta de canais acessíveis de atendimento, a demora nas respostas e a ausência de soluções efetivas para os problemas relatados são queixas recorrentes nos portais de reclamação (Moura, 2025). O Decreto nº 7.962/2013 determina

que os sites de comércio eletrônico devem disponibilizar em suas páginas canais de comunicação e serviços de pós-venda e de gerenciamento de entrega de mercadorias (Brasil, 2013). No entanto, muitas empresas ainda não cumprem plenamente essas exigências.

Em meio a esse cenário, Araújo e Dantas (2025) destacam que a ausência de contato direto entre consumidor e fornecedor, somada às dificuldades de comunicação e ao excesso de automação dos serviços de atendimento, compromete a satisfação do consumidor e a efetividade dos direitos previstos em lei.

Por sua vez, Vieira e Dantas (2024) complementam que a fiscalização e a efetividade das medidas protetivas ainda dependem da atuação coordenada de órgãos de defesa do consumidor. Exatamente por isso, Nunes (2025) observa que a democratização do acesso digital deve ser acompanhada de mecanismos que garantam ao consumidor não somente a facilidade de compra, mas também a qualidade do suporte e a reparação em caso de descumprimento contratual.

Anote-se, ainda, que a transparência na comunicação é apontada como fator determinante para a fidelização do consumidor. Segundo Moura (2025), empresas que respondem de forma rápida, clara e empática às reclamações têm maior capacidade de transformar frustrações em relações de confiança. A adoção de boas práticas de atendimento, com informações precisas sobre prazos, políticas de troca e canais de contato direto, é essencial para reduzir o volume de reclamações e fortalecer a reputação da marca no ambiente digital.

Diante desse cenário, percebe-se que os desafios enfrentados pelo consumidor nas compras online, especialmente quanto à confiança, à transparência das informações e à efetividade das devoluções e estornos, não se esgotam na esfera fática ou mercadológica, mas reclamam respostas normativas e institucionais adequadas. A complexidade das relações digitais impõe a necessidade de examinar o arcabouço jurídico aplicável e o papel desempenhado pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor, tema que passa a ser analisado no próximo capítulo.

ARCABOUÇO JURÍDICO E ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO

A proteção do consumidor no comércio eletrônico brasileiro é sustentada por um conjunto normativo composto pelo Código de Defesa do Consumidor, pelo Decreto nº 7.962/2013, pelo Marco Civil da Internet e pela Lei Geral de Proteção de Dados, além da atuação de órgãos como o Procon (Programa de Proteção e Defesa do Consumidor), a Senacon (Secretaria Nacional do Consumidor) e o Ministério Público. Portanto, as seções seguintes analisam cada um desses instrumentos normativos e institucionais, a iniciar pelo Código de Defesa do Consumidor.

Código de Defesa do Consumidor e normas específicas sobre comércio eletrônico

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) representa a

base normativa da proteção do consumidor no Brasil, estabelecendo direitos fundamentais como o direito à informação adequada, à segurança e à reparação de danos. O CDC reconhece expressamente a vulnerabilidade do consumidor, princípio que assume relevância ainda maior no contexto das compras online, em que a assimetria informacional é potencializada pela ausência de contato físico com o produto e com o fornecedor (Môcho, 2025).

Araújo (2022) observa que o CDC, embora eficaz em sua concepção original, não acompanhou adequadamente a evolução tecnológica, o que torna mais frágil a tutela do consumidor no ambiente digital. E o autor bem explica:

> O CDC tem vistas à proteção daqueles com vulnerabilidade na relação jurídica há praticamente 30 anos, na conferência de seguridade, equilíbrio e harmonia nas relações de consumo. Devido aos avanços tecnológicos e de consumo, o CDC não teve atualização para acompanhamento deste crescimento ágil do consumo virtual, passando despercebidas matérias de sua importância que se vive atualmente, oportunizando um alto número de reclamações e dúvidas relacionadas ao comércio eletrônico (Araújo, 2022, p. 774).

Nesse contexto, o Decreto nº 7.962/2013 surge como instrumento complementar, regulamentando especificamente as relações de consumo no comércio eletrônico. O decreto estabelece três fundamentos, quais sejam: as informações claras a respeito do produto, do serviço e do fornecedor; o atendimento facilitado ao consumidor; e o respeito ao direito de arrependimento (Brasil, 2013).

Entre as principais obrigações impostas pelo Decreto, destaca-se a exigência de que os sites disponibilizem, em local de destaque, o nome empresarial, número de inscrição no CNPJ, endereço físico e eletrônico, características essenciais do produto, discriminação de despesas adicionais, condições integrais da oferta e informações sobre restrições (Brasil, 2013).

Nesse contexto, Atz *et al.* (2023) enfatizam que o decreto impõe deveres de transparência aos fornecedores, incluindo a necessidade de divulgação clara de informações sobre preços, condições de entrega, política de devolução e garantias dos produtos.

Anote-se, ainda, que o Projeto de Lei nº 3.514/2015 propõe a atualização do CDC para contemplar especificamente o comércio eletrônico, abordando lacunas identificadas pela doutrina e pela jurisprudência, como a responsabilidade dos marketplaces e a proteção em transações transfronteiriças (Santos, 2020). Nesse sentido, Atz *et al.* (2023) discutem os desafios na atualização do Código, argumentando que a proteção digital do consumidor demanda mecanismos legislativos que acompanhem a velocidade das transformações tecnológicas.

Para Forcelini e Tonial (2024), a inovação tecnológica potencializa o surgimento de novas formas de vulnerabilidade do consumidor, intensificadas pelos algoritmos que personalizam ofertas e pelo excesso de informações digitais. Marques, Benjamin e Miragem (2025) reforçam que a interpretação principiológica do CDC, com foco na boa-fé objetiva e na função social do contrato, deve orientar a aplicação das normas

ao comércio eletrônico, ainda que na ausência de regulamentação específica para cada nova modalidade de transação digital.

Não destoam desse entendimento as lições de Vieira e Dantas (2025, p. 2724), os quais bem destacam:

> A vulnerabilidade do consumidor vai além de uma mera fragilidade econômica, pode ser influenciada por diversos fatores, como assimetria de informações, poder de mercado desigual entre consumidores e fornecedores, falta de recursos para buscar reparação em caso de danos, entre outros. Portanto, compreender a vulnerabilidade do consumidor requer uma análise abrangente e contextualizada, levando em consideração não apenas aspectos econômicos, mas também sociais, culturais e jurídicos.

Tal realidade evidencia que o consumidor moderno, embora mais informado, continua exposto a riscos como práticas abusivas, propaganda enganosa e violações de dados, reforçando a necessidade de mecanismos regulatórios dinâmicos e adaptativos. Por isso Araújo e Dantas (2025) reforçam que o comércio eletrônico demanda uma proteção diferenciada, considerando a velocidade, a complexidade e a intermediação característica dessas relações.

Contudo, apesar do avanço legislativo, os consumidores ainda enfrentam vários obstáculos, a exemplo da responsabilização de marketplaces e fornecedores estrangeiros (Vieira; Dantas, 2024), a heterogeneidade de decisões judiciais (Môcho, 2025) e a ausência de critérios uniformes para a atribuição de responsabilidade civil às plataformas digitais (Rosa; Ferreira, 2022), situações que, não raras vezes, corroboram para um ambiente de insegurança jurídica. É exatamente nesse contexto que se situa o Marco Civil da Internet e a LGPD, objeto da próxima seção.

Marco Civil da Internet e LGPD

A Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece princípios e direitos fundamentais no ambiente digital, como liberdade de expressão, privacidade, proteção de dados e neutralidade da rede. No contexto do comércio eletrônico, o Marco Civil é relevante porque disciplina a responsabilidade dos provedores de aplicações de internet e estabelece limites para a utilização de dados pessoais dos usuários. A lei determina que os registros de acesso a aplicações de internet devem ser mantidos sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de seis meses (Brasil, 2014; Môcho, 2025).

A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), por sua vez, representa um novo patamar de proteção ao estabelecer regras claras para o tratamento de dados pessoais no Brasil. A LGPD regula desde o cadastro do cliente até o histórico de compras, abrangendo a coleta, o armazenamento, o processamento e o compartilhamento de dados. A norma impõe a obrigatoriedade de consentimento explícito do titular para o tratamento de seus dados, o princípio da finalidade específica e medidas de segurança como criptografia e controle de acesso (Brasil, 2018; Araújo; Dantas, 2025).

As sanções previstas na LGPD incluem multas de até R$ 50 milhões por infrações graves, além de sanções reputacionais significativas. Dados indicam que 68% dos consumidores desistem de compras após vazamentos de dados, o que demonstra o impacto direto da proteção de dados na confiança do consumidor (Brasil, 2018). Um vazamento de dados custou R$ 4,4 milhões a uma plataforma de e-commerce em 2024, valor que poderia ter sido evitado com a devida conformidade à LGPD (IBM Security, 2024).

Em meio a esse contexto, Vieira e Dantas (2024) destacam que a LGPD representa um marco no ordenamento jurídico brasileiro ao estabelecer limites claros para o uso de dados pessoais, fortalecendo a posição do consumidor frente a práticas abusivas. Enquanto isso, Môcho (2025) observa que a integração entre a LGPD e as normas consumeristas fortalece o arcabouço de proteção, mas ressalta que a efetividade dessas normas depende de fiscalização adequada e da harmonização das interpretações jurisprudenciais.

Araújo e Dantas (2025) complementam que a conjugação entre o direito do consumidor e o direito digital é essencial para assegurar a transparência e a segurança nas transações eletrônicas. Por sua vez, Vieira e Dantas (2024) destacam que a fiscalização e a efetividade das medidas protetivas elencadas nas normativas brasileiras ainda dependem da atuação coordenada de órgãos de defesa do consumidor.

Verifica-se que o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais estruturam um sistema sólido de garantias no ambiente digital, mas sua efetividade depende da atuação concreta dos órgãos responsáveis pela fiscalização e repressão de condutas ilícitas. Assim, passa-se a examinar, no próximo tópico, o papel institucional desempenhado por entidades como o Procon, a Senacon, o Ministério Público e o Poder Judiciário na aplicação prática dessas normas e na tutela dos direitos do consumidor no comércio eletrônico.

Atuação do Procon, Senacon, Ministério Público e Judiciário

A fiscalização e a aplicação das normas de proteção ao consumidor no comércio eletrônico dependem da atuação coordenada de diversos órgãos. A Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, tem como meta para 2026 aumentar a regulação do comércio digital e garantir o cumprimento das normas do CDC nesse ambiente. O secretário Paulo Pereira destacou que as preocupações centrais envolvem fraudes digitais, golpes virtuais, comércio ilegal em plataformas online e violações de dados dos clientes (Brasil, 2025a).

Anote-se que, entre as ações planejadas pela Senacon, destacam-se o mapeamento das principais reclamações recebidas nos sistemas oficiais para estruturar conciliações coletivas em setores estratégicos, a criação de fluxos específicos para receber denúncias de comércio ilegal online e a aceleração da retirada de produtos irregulares, com acionamento de órgãos como Polícia Federal, Receita Federal e Anvisa. A Senacon também recomendou às plataformas de comércio eletrônico a implantação de medidas preventivas e repressivas no combate

à pirataria, defendendo a seleção e o cadastramento de fornecedores para maior controle do que é comercializado (Brasil, 2025a).

De forma análoga, os Procons estaduais e municipais exercem papel fundamental na fiscalização e na mediação de conflitos entre consumidores e fornecedores. Em 2025, o Procon-SP e a Senacon firmaram convênios de cooperação técnica para compartilhamento de dados de fiscalização em tempo real, o que permite uma atuação mais ágil e coordenada (São Paulo, 2025).

O Ministério Público, por sua vez, atua na defesa dos interesses difusos e coletivos dos consumidores, podendo instaurar inquéritos civis e propor ações civis públicas contra empresas que praticam condutas abusivas no ambiente digital (Brasil, 2025b; 2024).

O Poder Judiciário também exerce um papel relevante na resolução de conflitos consumeristas oriundos do comércio eletrônico, especialmente por meio dos Juizados Especiais Cíveis, que facilitam o acesso à justiça para demandas de menor complexidade. Môcho (2025) observa que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem consolidado entendimentos sobre a responsabilidade das plataformas de e-commerce, embora decisões de instâncias inferiores ainda variem, gerando incertezas jurídicas. Para o mencionado autor:

> A uniformização da jurisprudência também é um desafio. Embora o STJ tenha consolidado alguns entendimentos sobre a responsabilidade limitada das plataformas, decisões de instâncias inferiores ainda podem variar, gerando incertezas jurídicas. Essa variação pode acarretar insegurança para consumidores e fornecedores, além de dificultar o planejamento jurídico das empresas que atuam no comércio eletrônico (Môcho, 2025, p. 4).

Contudo, essa variação jurisprudencial acarreta insegurança tanto para consumidores quanto para fornecedores, além de dificultar o planejamento jurídico das empresas que atuam no comércio eletrônico, evidenciando ainda mais a problemática das limitações na fiscalização e dos desafios regulatórios, objeto da próxima seção.

Limitações na fiscalização e desafios regulatórios

Apesar dos avanços legislativos e institucionais, a proteção efetiva do consumidor no comércio eletrônico ainda enfrenta limitações significativas. Um dos principais desafios é a responsabilização de grandes empresas que atuam como intermediárias na venda de produtos, mas que não se responsabilizam por erros ou fraudes nas transações. Rosa e Ferreira (2022) destacam a ausência de critérios uniformes para a atribuição de responsabilidade civil às plataformas digitais, situação que contribui para um ambiente de insegurança jurídica.

Ademais, a fiscalização de fornecedores estrangeiros que comercializam produtos no Brasil por meio de plataformas digitais é também um relevante obstáculo a ser considerado. Vieira e Dantas (2024) apontam que a efetividade das medidas

protetivas depende da atuação coordenada de órgãos de defesa do consumidor, tarefa que se torna mais complexa quando o fornecedor está sediado em outro país. A Senacon reconhece que o poder de regulação e fiscalização é fundamental, mas que os instrumentos disponíveis ainda são insuficientes para garantir respostas rápidas e eficazes às milhões de reclamações recebidas anualmente (Brasil, 2025a).

Para Santos (2020) e Pinto e Montenegro Filho (2025), os cidadãos ficam expostos a práticas abusivas que exploram vieses cognitivos e dados pessoais para influenciar compras e contratos. Logo, a necessidade de regulamentação de tecnologias persuasivas, como algoritmos de personalização e inteligência artificial aplicada ao marketing, é um tema que ganha relevância crescente no debate legislativo. Desta feita, os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional buscam criar mecanismos como o Programa Nacional de Proteção de Dados dos Consumidores e a proibição de preços discriminatórios baseados em perfil algorítmico.

Dando seguimento, Môcho (2025) destaca a necessidade de harmonização das interpretações jurisprudenciais, sobretudo quanto à responsabilização dos fornecedores no comércio eletrônico. Enquanto isso, Araújo e Dantas (2025) reforçam que o comércio eletrônico demanda uma proteção diferenciada, considerando a velocidade, a complexidade e a intermediação característica dessas relações. A

Portanto, a construção de um ambiente regulatório adequado exige a inter-relação entre a atualização legislativa, o fortalecimento dos órgãos de fiscalização e a consolidação jurisprudencial. E ainda não se ignora que é preciso aprimorar as práticas empresariais para assegurar a efetiva proteção do consumidor no ambiente online, objeto do próximo capítulo.

PRÁTICAS EMPRESARIAIS E PERSPECTIVAS DE APRIMORAMENTO

A construção de um comércio eletrônico mais seguro e confiável depende da atuação estatal, mas também do comprometimento das empresas e plataformas digitais com a adoção de boas práticas. Conforme destaca a Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABComm), a transparência em todas as etapas do processo de compra, aliada ao compromisso em oferecer uma experiência positiva ao cliente, é pilar essencial para o sucesso de qualquer negócio de e-commerce (E-Commerce Brasil, 2025). Assim, as seções seguintes analisam as principais medidas adotadas e as perspectivas de aprimoramento, a iniciar pelas medidas de segurança nas plataformas digitais.

Medidas de segurança adotadas por plataformas digitais

A adoção de medidas de segurança digital tem avançado de forma significativa no e-commerce brasileiro. Segundo dados do “Perfil do E-commerce Brasileiro”, pesquisa anual da BigDataCorp (2024), houve um aumento expressivo na adoção de SSL (Secure Sockets Layer), protocolo de segurança que criptografa

a comunicação entre o site e o usuário, saltando de 83,36% em 2019 para 89,35% em 2023. A pesquisa também aponta crescimento no uso de carteiras virtuais, refletindo uma transformação nos hábitos de pagamento do consumidor brasileiro.

Ainda segundo a BigDataCorp (2024), para 69% dos consumidores, é essencial que as empresas possam identificá-los com precisão no ambiente online, o que torna os métodos de autenticação cada vez mais relevantes para a segurança digital. Nesse contexto, a biometria física desponta como solução confiável de autenticação, permitindo a verificação da identidade do consumidor de forma mais segura e eficiente, pois, segundo Cândido (2025), plataformas de maior porte têm investido em sistemas de inteligência artificial para detecção de fraudes, análise de padrões de comportamento e bloqueio de transações suspeitas em tempo real.

Não se ignora, também, que o Projeto de Lei nº 3451/2025, aprovado pela Comissão de Comunicação da Câmara dos Deputados em dezembro de 2025, propõe normas específicas de segurança para combater fraudes no comércio eletrônico. Entre as medidas previstas, destacam-se a identificação obrigatória dos sites de venda e empresas participantes, a exigência de políticas de segurança com procedimentos para gestão de riscos e combate a crimes cibernéticos, e a responsabilização das plataformas que ignorarem notificações de autoridades ou que tiverem controle direto sobre o pagamento e a logística da entrega (Brasil, 2015).

Nesse contexto, Santos (2024) observa que a tutela do consumidor na era digital requer mecanismos capazes de assegurar os benefícios do comércio eletrônico sem expor os consumidores a riscos indevidos. A proporcionalidade das obrigações de segurança em relação ao tamanho da empresa é um aspecto relevante, como reconhece o Projeto de Lei nº 3451/2025 ao estabelecer que as exigências devem ser proporcionais, evitando custos excessivos para pequenos negócios digitais.

Não há como negar que tal flexibilidade busca preservar a sustentabilidade do ecossistema digital. E, dentre as medidas de segurança no comércio eletrônico, que visam assegurar o bem-estar e os direitos do consumidor, encontram-se a transparência, a clareza das informações e as boas práticas, objeto do próximo tópico.

Transparência, informação clara e boas práticas de atendimento

A transparência é um relevante elemento para a construção de relações de confiança entre empresas e consumidores no ambiente digital. O Decreto nº 7.962/2013, a exemplo do que já preconizava o CDC, determina que os fornecedores devem disponibilizar informações claras sobre produtos, preços, condições de entrega, política de devolução e garantias (Brasil, 2013; Nunes, 2025).

De fato, a descrição completa e detalhada dos produtos, a discriminação de taxas adicionais e a apresentação das condições integrais da oferta antes da finalização da compra são obrigações que visam reduzir a assimetria informacional e permitir decisões de consumo informadas (Marques; Benjamin; Miragem, 2025).

Ademais, a confiança e a transparência no atendimento são apontadas como diferenciais competitivos fundamentais no comércio eletrônico. Com o acesso facilitado à informação e a multiplicação de plataformas online, os consumidores estão cada vez mais atentos à reputação das marcas e aos comentários de outros consumidores antes de efetuar compras (Nunes, 2025).

Para Araújo e Dantas (2025), empresas que adotam postura transparente, reconhecendo falhas e buscando soluções de forma proativa, tendem a fortalecer sua credibilidade e conquistar a fidelidade do consumidor. Em outras palavras, mesmo no ambiente digital, o consumidor privilegia transparência na relação comercial.

Não destoam desse entendimento as lições de Araújo (2022), que bem destaca que a norma fortalece a posição do consumidor ao exigir que a relação contratual digital seja clara, permitindo decisões informadas. A clareza nos termos contratuais, incluindo o tratamento de dados pessoais e os prazos para devolução ou arrependimento, deve ser apresentada em linguagem simples e acessível antes da finalização da compra.

Por sua vez, Forcelini e Tonial (2024) alertam que o excesso de informações digitais e a personalização algorítmica podem criar novas formas de vulnerabilidade, exigindo que a transparência vá além da mera disponibilização de dados e alcance a efetiva compreensão pelo consumidor. Logo, transparência no e-commerce não significa excesso de informação, mas prestação de informações com qualidade.

Outrossim, a adoção de políticas claras de troca e devolução, com informações acessíveis antes da compra, é outro aspecto essencial das boas práticas empresariais. Apenas para ilustrar, plataformas que investem em canais de atendimento eficientes, com respostas rápidas e soluções efetivas, apresentam menor volume de reclamações e melhor reputação junto aos consumidores (Santos, 2024).

Segundo Nunes (2025), a democratização do acesso digital deve ser acompanhada de mecanismos que garantam qualidade no suporte e reparação em caso de descumprimento contratual. Portanto, transparência, qualidade de informações, facilidade de acesso e outras questões reforçam a proteção ao consumidor.

Diante do exposto, observa-se que a transparência e as boas práticas de atendimento não só concretizam os deveres previstos no CDC e no Decreto nº 7.962/2013, mas também se consolidam como elementos estratégicos de competitividade no ambiente digital. À medida que o comércio eletrônico evolui, novas tecnologias e modelos de negócio impõem desafios adicionais à proteção informacional do consumidor, exigindo constante atualização normativa e empresarial. Nesse contexto, passa-se a examinar, no próximo tópico, as principais inovações e tendências que vêm redesenhando o comércio eletrônico contemporâneo.

Inovações e tendências no comércio eletrônico

O comércio eletrônico brasileiro encontra-se em constante transformação,

impulsionado por inovações tecnológicas e mudanças no comportamento do consumidor. Uma das tendências mais significativas é a integração entre conteúdo, influência e consumo em plataformas de social commerce, como exemplificado pelo TikTok Shop, que entrou em operação no Brasil, potencializando o comportamento de consumo orientado pela recomendação social (Cândido, 2025).

Nesse modelo, os usuários tendem a confiar mais em criadores de conteúdo do que em marcas tradicionais, deslocando a tomada de decisão para um ambiente mais emocional e menos racional. Porém, a adoção de vários marketplaces também é uma tendência relevante.

Em 2023, cerca de 20% dos e-commerces brasileiros passaram a operar em mais de uma plataforma, comparados a apenas 14% em 2022. A utilização de mídias sociais como canal de vendas também se expandiu, com 75,6% dos e-commerces utilizando redes sociais em 2023, ante 72,2% em 2022 (BIGDATACORP, 2024). Para Cândido (2025), o crescimento do TikTok como ferramenta de marketing reflete uma mudança nas preferências do público e na forma como as marcas se conectam com os consumidores.

De forma análoga, o uso de inteligência artificial e análise de dados para personalização da experiência de compra, prevenção de fraudes e otimização logística representa outra frente de inovação. Contudo, como alerta o cenário brasileiro, que figura entre os líderes globais em volume de tentativas de fraude e ciberataques, a inovação desacompanhada de segurança é um risco direto ao negócio e ao consumidor. Conforme Cândido (2025), o consumidor digital brasileiro atualmente tem um comportamento mais fragmentado, menos previsível e cada vez mais orientado por preço, exigindo das empresas estratégias multicanais e respostas ágeis.

Nesse cenário, Pinto e Montenegro (2025) observam que o direito do consumidor precisa acompanhar essas transformações, oferecendo instrumentos de proteção adaptados às novas modalidades de comércio. A regulamentação de tecnologias como inteligência artificial, algoritmos de personalização e influenciadores digitais está em pauta no Congresso Nacional, com projetos como o PL nº 5.990/2025, que propõe regras para a atuação de influenciadores digitais, e o PL nº 5.441/2025, que institui marco normativo de equidade digital e transparência algorítmica nas relações de consumo (Cândido, 2025).

Em vista do aqui exposto, resta claro que as inovações tecnológicas, o avanço do social commerce e o uso intensivo de IA, dentre outras questões, redefinem as dinâmicas do comércio eletrônico brasileiro, ampliando oportunidades, mas também riscos jurídicos e informacionais. Nesse contexto, impõe-se refletir sobre o aprimoramento das políticas públicas e dos instrumentos regulatórios voltados à proteção do consumidor no ambiente digital, tema que será desenvolvido no próximo tópico.

Propostas para avanço das políticas públicas e regulamentações

O aprimoramento das políticas públicas e regulamentações voltadas à proteção do consumidor no comércio eletrônico é um tema de crescente relevância no cenário jurídico e político brasileiro. A Senacon tem delineado estratégias para 2026 que incluem a aplicação efetiva do CDC no e-commerce, garantindo que os direitos consolidados no comércio físico, como troca de produtos com defeito e informação adequada, também sejam assegurados no ambiente digital (São Paulo, 2025).

Uma das propostas centrais é o fortalecimento da responsabilização das plataformas digitais que atuam como intermediárias nas transações. O já mencionado Projeto de Lei nº 3.451/2025, aprovado em comissão na Câmara dos Deputados, estabelece que as empresas que mediam vendas serão responsabilizadas por danos se ignorarem notificações de autoridades ou se tiverem controle direto sobre o pagamento e a logística da entrega (Brasil, 2015). A nova redação do projeto busca equilibrar a proteção do consumidor com a sustentabilidade dos pequenos negócios digitais, ao determinar que as obrigações de segurança sejam proporcionais ao tamanho da empresa (Nunes, 2025).

Cândido (2025) aponta, ainda, que há outros projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que buscam ampliar a proteção do consumidor digital. O Projeto de Lei nº 4.357/2024 propõe a criação do Programa Nacional de Proteção de Dados dos Consumidores, com previsão de educação digital da população, canais exclusivos para denúncias de vazamento de dados e fortalecimento da fiscalização da LGPD, por exemplo. Nesse contexto, a Senacon seria responsável pela execução do programa, consolidando sua posição como órgão central na defesa do consumidor digital.

Rosa e Ferreira (2022) argumentam que a proteção do consumidor no comércio eletrônico transfronteiriço exige mecanismos de cooperação internacional e harmonização normativa, especialmente diante da crescente atuação de fornecedores estrangeiros no mercado brasileiro. Enquanto isso, Vieira e Dantas (2024) reforçam a necessidade de uniformização jurisprudencial, sobretudo quanto à responsabilidade civil dos fornecedores e plataformas no e-commerce. E Santos (2024) propõe que a tutela do consumidor digital deve ser pensada de forma sistêmica, conjugando legislação atualizada, fiscalização eficiente e instrumentos de educação e informação do consumidor.

Ademais, a criação de fluxos específicos para denúncias de comércio ilegal online, com acionamento coordenado de órgãos como Polícia Federal, Receita Federal e Anvisa, é outra medida estratégica proposta pela Senacon para acelerar a retirada de produtos irregulares do mercado. Araújo e Dantas (2025) concluem que a construção de um ambiente de compras online mais seguro e confiável depende da efetiva conjugação entre legislação, atuação regulatória adequada e desenvolvimento de jurisprudência consolidada, com vistas a assegurar transparência, segurança e reparação em um cenário marcado por constante inovação tecnológica.

Resta claro que o avanço das políticas públicas voltadas ao comércio eletrônico exige atuação coordenada de órgãos de proteção e aprimoramento legislativo, com ênfase no fortalecimento da aplicação do CDC no ambiente digital, para que se equilibre adequadamente a inovação tecnológica e a efetiva tutela do consumidor no ambiente digital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, identificaram-se os principais desafios enfrentados pelos consumidores brasileiros nas compras online e as perspectivas para o aprimoramento das legislações e políticas públicas voltadas à proteção dos seus direitos no comércio eletrônico. Restou claro que, apesar do expressivo crescimento do e-commerce no Brasil, com faturamento de R$ 204,3 bilhões em 2024, a proteção do consumidor digital ainda se apresenta como um desafio complexo, que envolve dimensões diversas, como fraudes e golpes digitais, problemas logísticos e de entrega, dificuldades no exercício do direito de arrependimento e falhas no atendimento e pós-venda.

Demonstrou-se, ainda, que o país conta com um conjunto normativo amplo e sólido, composto pelo CDC, pelo Decreto nº 7.962/2013, pelo Marco Civil da Internet e pela LGPD, que estabelecem princípios e direitos fundamentais para a proteção do consumidor no ambiente digital. Contudo, a hipótese inicial do trabalho foi confirmada, pois, embora relevantes, esses instrumentos normativos não conseguem, por si sós, assegurar reparação célere e integral aos consumidores, especialmente em situações que envolvem fornecedores estrangeiros ou plataformas digitais que se eximem de responsabilidade.

Ademais, os dados coletados evidenciaram a gravidade do cenário de fraudes digitais, com 2,8 milhões de tentativas registradas pela ClearSale em 2024 e 51% dos brasileiros tendo sido vítimas de alguma fraude no mesmo ano. As reclamações por problemas logísticos cresceram 31% entre 2021 e 2023, e 48% dos consumidores já desistiram de compras por falta de confiança no ambiente digital. Esses indicadores reforçam a necessidade de fortalecimento das medidas de proteção e fiscalização.

Outrossim, a atuação dos órgãos de defesa do consumidor, como a Senacon e os Procons, tem avançado na direção de maior regulação do comércio digital, com propostas de mapeamento de reclamações, conciliações coletivas e criação de fluxos para denúncias de comércio ilegal. Nesse contexto, projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, como o Projeto de Lei nº 3.451/2025, buscam estabelecer normas específicas de segurança e responsabilização das plataformas digitais.

Nesse contexto, demonstrou-se que as práticas empresariais de segurança digital também apresentaram avanços, com a expansão da adoção de protocolos de criptografia, autenticação biométrica e sistemas de prevenção a fraudes baseados em inteligência artificial. Todavia, a velocidade das transformações tecnológicas

exige uma postura regulatória dinâmica e adaptativa, capaz de antecipar riscos e proteger o consumidor sem inibir a inovação.

Diante do exposto, conclui-se que a efetividade da proteção do consumidor no comércio eletrônico brasileiro clama que se conjuguem três questões, a saber: a atualização e o fortalecimento do marco legislativo, com destaque para a aprovação de normas específicas sobre responsabilidade das plataformas e proteção de dados; o aprimoramento das políticas públicas de fiscalização, com atuação coordenada entre Senacon, Procons, Ministério Público e órgãos de segurança; e o compromisso das empresas com boas práticas de transparência, atendimento e segurança digital. É, pois, necessário integrar medidas para consolidar um ambiente de compras online mais seguro e confiável para todos os consumidores brasileiros.

REFERÊNCIAS

AFTERSALE. **Dados sobre devolução de mercadorias e experiência do consumidor brasileiro.** Devolução de mercadorias: o que os dados do Reclame AQUI revelam sobre a experiência do consumidor no Brasil, 15 out. 2025. Disponível em: https://www.selia.com.br/logistica/reclame-aqui-devolucao-de-mercadorias-no-brasil. Acesso em: 24 fev. 2026.

AFTERSALE. **Relatório sobre devoluções e estornos no comércio eletrônico.** 2024. Dados: 37 % dos consumidores não sabem quando receberão o estorno; 21 % sem atualização no processo de devolução; devoluções podem consumir até 30 % do lucro operacional em moda e calçados; no Brasil, cerca de 82 % das devoluções ocorrem em vestuário. Disponível em: https://www.selia.com.br/logistica/reclame-aqui-devolucao-de-mercadorias-no-brasil/. Acesso em: 24 fev. 2026.

ARAÚJO, Claudio Rodrigues. Normas de proteção dos direitos no Código de Defesa do Consumidor na relação de consumo no comércio eletrônico. **Pensar Acadêmico**, v. 20, n. 3, p. 765-780, 2022. Disponível em: http://pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/pensaracademico/article/view/3458. Acesso em: 18 nov. 2025.

ARAÚJO, Rebeca Lima de; DANTAS, Clara Weinna Moura. A proteção ao consumidor em face do comércio eletrônico. **Lumen Et Virtus**, v. 16, n. 53, p. e9263-e9263, 2025. Disponível em: https://periodicos.newsciencepubl.com/LEV/article/view/9263. Acesso em: 18 nov. 2025.

ATZ, Ana Paula *et al.* **Comércio eletrônico e proteção digital do consumidor:** O PL 3.514/2015 e os desafios na atualização do CDC. São Paulo: Foco, 2023.

BIGDATACORP. **Perfil do E-Commerce Brasileiro:** 10ª edição – 2024. São Paulo, 2024. Disponível em: https://bigdatacorp.com.br/perfil-do-ecommerce-10-edicao/. Acesso em: 24 fev. 2026.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3451, de 15 de julho de 2025.** Dispõe sobre medidas de segurança e transparência para sites de comércio eletrônico, com o objetivo de prevenir fraudes e golpes por meio de páginas falsas de vendas online, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2536838. Acesso em: 24 fev. 2026.

BRASIL. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013:** Regulamenta o comércio eletrônico no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 18 nov. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990:** Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 18 nov. 2025.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Secretaria Nacional do Consumidor amplia ações integradas com Procons estaduais para fiscalização do comércio digital.** Brasília, 2025b. Disponível em: https://www.gov.br/mj. Acesso em: 24 fev. 2026.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Secretaria Nacional do Consumidor pretende ampliar regulação do comércio eletrônico e combater fraudes digitais.** Brasília, 2025a. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias. Acesso em: 24 fev. 2026.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Atuação do Ministério Público na defesa coletiva do consumidor e no combate a práticas abusivas no ambiente digital.** Brasília, 2024. Disponível em: https://www.mpf.mp.br. Acesso em: 24 fev. 2026.

CÂNDIDO, Gustavo. **E-commerce estratégico:** modelos, plataformas e tendências do varejo. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2025

CLEARSALE. Mapa da Fraude 2024. ClearSale. Disponível em: https://br.clear.sale/en/mapa-da-fraude. Acesso em: 24 fev. 2026

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE DIRIGENTES LOJISTAS (CNDL). Golpes digitais crescem 45% em 2024. **Varejo S.A.**, 2025. Disponível em: https://cndl.org.br/varejosa/golpes-digitais-crescem-45-em-2024/. Acesso em: 24 fev. 2026.

DESCARTES SYSTEMS GROUP. Compras online crescem, mas 67% dos consumidores enfrentam problemas com entregas. **Descartes Systems Group**, 26 maio 2025. Disponível em: https://www.descartes.com/br/resources/news/compras-online-crescem-mas-67-dos-consumidores-enfrentam-problemas-com-entregas. Acesso em: 24 fev. 2026.

E-COMMERCE BRASIL. E-commerce fatura R$ 204,3 bilhões no Brasil em 2024. **E-Commerce Brasi**l, 13 jan. 2025. Disponível em: https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-resultados-2024-brasil-abcomm. Acesso em: 24 fev. 2026.

FORCELINI, Leticia Spagnollo; TONIAL, Nadya Regina Gusella. A influência dos algoritmos na personalização do consumo: os novos tipos de vulnerabilidade do consumidor e os desafios na regulamentação do comércio eletrônico. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, v. 10, n. 1, 2024. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/10520. Acesso em: 18 nov. 2025.

IBM Security. (2024). **Cost of a Data Breach Report 2024**. Recuperado em 24 fev. 2026, de https://www.ibm.com/reports/data-breach

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2025.

MÔCHO, Janaina. A evolução da jurisprudência brasileira sobre a responsabilidade civil das plataformas de e-commerce: proteção do consumidor nas relações de consumo on-line. **Revista Eletrônica da OAB-RJ, 2025**. Disponível em: https://revistaeletronicaoabrj.emnuvens.com.br/revista/article/view/367. Acesso em: 18 nov. 2025.

MOURA, Bruno de Freitas. Metade dos brasileiros sofreu fraude em 2024, diz Serasa Experian: uso indevido de cartões de crédito é o golpe mais comum. **Agência Brasil**, Rio de Janeiro, 25 mar. 2025. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2025-03/metade-dos-brasileiros-sofreu-fraude-em-2024-diz-serasa-experian. Acesso em: 24 fev. 2026.

NEOGRID; OPINION BOX. Hábitos de compra no varejo alimentar: relatório de pesquisa 2024. **Hub Neogrid**, 2024. Disponível em: https://hub.neogrid.com/pesquisa-habitos-compra-varejo-alimentar-2024. Acesso em: 24 fev. 2026.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

PINTO, Cristiano Vieira Sobra; MONTENEGRO FILHO, Misael. **Manual prático de direito do consumidor: teoria e prática**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2025.

RECLAME AQUI. Reclamações por atraso na entrega crescem 31% entre 2021 e 2023. **Reclame Aqui**, 2024. Disponível em: https://www.reclameaqui.com.br/noticias/atraso-na-entrega-cresce-31-entre-2021-e-2023/. Acesso em: 24 fev. 2026.

ROSA, André Luís Cateli; FERREIRA, Jussara Borges. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico transfronteiriço:** tempo, essencialidade e análise econômica. Curitiba: Juruá, 2022.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. **Manual de direito do consumidor:** aspectos civis, materiais e processuais. 2. ed. São Paulo: Mizuno, 2025.

Santos, V. M. S. (2020). Reflexões sobre o direito de arrependimento no comércio eletrônico e a atualização do CDC: contribuições ao PL 3.514/2015. **Revista de Direito do Consumidor**, 375-404. Disponível em: https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/4229. Acesso em: 18 nov. 2025.

SANTOS, Vitória Monego Sommer. **Compra e venda eletrônica de consumo**. São Paulo: Foco, 2024.

SÃO PAULO (Estado). **Procon-SP. Procon-SP e Senacon firmam cooperação técnica para compartilhamento de dados e fortalecimento da fiscalização no comércio eletrônico.** São Paulo, 2025. Disponível em: https://www.procon.sp.gov.br. Acesso em: 24 fev. 2026.

SERASA EXPERIAN. **Relatório de Identidade Digital e Fraude 2025**. São Paulo: Serasa Experian, 2025. Disponível em: https://www.serasaexperian.com.br. Acesso em: 24 fev. 2026.

TRANSUNION. Relatório revela que 73% dos brasileiros temem ser vítimas de fraudes digitais em compras de fim de ano: nova análise mostra que as suspeitas de fraude digital no comércio eletrônico no Brasil aumentaram em 7,7% entre a quinta-feira que antecede a Black Friday e a Cyber Monday, comparadas ao restante do ano de 2024. **Newsroom TransUnion**, 20 dez. 2024. Disponível em: https://newsroom.transunion.com.br/relatorio-revela-que-73-dos-brasileiros-temem-serem-vitimas-de-fraudes-digitais-em-compras-de-fim-de-ano/. Acesso em: 24 fev. 2026.

UOL ECONOMIA. Serasa Experian: Brasil registra tentativa de fraude a cada 2,5 segundos em novembro de 2024. **UOL Economia**, 10 fev. 2025. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2025/02/10/serasa-experian-brasil-registra-tentativa-de-fraude-a-cada-25-segundos-em-novembro-de-2024.htm. Acesso em: 24 fev. 2026.

VIEIRA, Samira Santos Souza; DANTAS, Wellson Rosário Santos. Os desafios da proteção do consumidor no comércio eletrônico. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 10, n. 5, p. 2721-2732, 2024. Disponível em: https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/14063. Acesso em: 18 nov. 2025.

Capítulo 28

A Função Social da Propriedade e a Banalização do Uso da Dignidade da Pessoa Humana como Justificativa para Ocupações Ilegítimas: Uma Análise à Luz do Direito Privado

The Social Function of Property and the Misuse of Human Dignity as a Justification for Unlawful Occupations: An Analysis From the Perspective of Private Law

Heitor Ronaldo de Freitas
Karla Machado de Souza Lucas

Resumo: O presente estudo analisa a função social da propriedade e sua relação com a dignidade da pessoa humana, considerando os limites impostos pela Constituição Federal e pelo Código Civil. Discute-se a utilização indevida da dignidade humana como argumento para legitimar ocupações ilegítimas, contrapondo-se à autonomia epistemológica do Direito Privado e aos mecanismos legais existentes para a tutela da propriedade previstos na legislação infraconstitucional. A pesquisa evidencia que a constitucionalização do Direito Civil não deve ser interpretada como autorização para autotutela, mas sim como integração normativa que respeite o devido processo legal.

Palavras-chave: função social da propriedade; dignidade da pessoa humana; direito civil; constitucionalização; ocupações ilegítimas.

Abstract: This study examines the social function of property and its relationship with human dignity, considering the limits imposed by the Federal Constitution and the Civil Code. It addresses the improper use of human dignity as an argument to legitimize unlawful occupations, contrasting such reasoning with the epistemological autonomy of Private Law and the statutory mechanisms for property protection provided under infraconstitutional legislation. The research demonstrates that the constitutionalization of Civil Law should not be construed as an authorization for self-help, but rather as a normative integration that upholds due process of law.

Keywords: social function of property; human dignity; civil law; constitutionalization; unlawful occupations.

INTRODUÇÃO

A tutela da propriedade, no contexto jurídico brasileiro, demanda leitura integrada entre a Constituição Federal e o Código Civil. A Carta de 1988 consagra o direito de propriedade como garantia fundamental (artigo 5º, XXII), condicionando-o ao atendimento de sua função social (inciso XXIII), com projeções específicas nos artigos 170, III, 182, § 2º e 186. Essa conformação rompe a ideia clássica de absolutismo dominial e estrutura um modelo em que os poderes de usar, gozar

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.28

e dispor (artigo 1.228 do CC) devem convergir para finalidades econômicas e sociais, sendo que o abuso de direito pelo titular desidioso gera reflexos individuais e coletivos no exercício dos poderes.

Não obstante, ampliou-se na prática forense e na literatura acadêmica a invocação genérica da dignidade da pessoa humana e do direito social à moradia como justificativas para legitimar ocupações individuais ou coletivas de imóveis privados, deslocando o debate para um plano de abstração principiológica que, por vezes, desconsidera a mediação legislativa e os instrumentos infraconstitucionais próprios do Direito Privado. A crítica epistemológica de Otávio Luiz Rodrigues Jr., obra basilar para o presente estudo, evidencia os riscos da banalização de princípios na solução de conflitos privados, quando passam a operar como cláusulas gerais que distanciam o sistema civil, em detrimento do devido processo legal e da segurança jurídica, rompendo, inclusive, com o processo democrático através da produção legislativa pelos mandatários.

Este estudo traz uma perspectiva em três frentes complementares. No capítulo 1, reconstrói-se o estatuto jurídico da propriedade a partir da Constituição e do Código Civil, com destaque para a função social como elemento interno do conceito e para os atributos clássicos e seus limites, valendo-se da doutrina civilista contemporânea. No capítulo 2, examina-se criticamente a tese de legitimação de ocupações pela alegação abstrata de descumprimento da função social, associada à dignidade da pessoa humana e ao direito à moradia, demonstrando por que tal narrativa não gera, por si só, proteção constitucional ao invasor nem derroga os mecanismos de tutela possessória e dominial. Serão analisadas as respostas normativas do Estado (parcelamento/edificação compulsórios, IPTU progressivo, desapropriação urbana e rural) e as respostas privadas (desforço imediato, ações possessórias, sequela). No capítulo 3, desenvolve-se a distinção entre eficácia direta e eficácia indireta forte dos direitos fundamentais nas relações privadas, sustentando a necessidade de intermediação legislativa para a irradiação de princípios ao Direito Civil e delimitando o papel da dignidade humana como vetor interpretativo, afastando a generalidade da invocação principiológica para legitimar a autotutela.

Metodologicamente, o trabalho apoia-se em análise normativa e dogmática, com referências doutrinárias e diálogo com legislação especial, para demonstrar que a compatibilização entre interesses individuais e coletivos na propriedade exige instrumentos jurídicos adequados. O objetivo é oferecer critérios para decidir casos de conflito entre moradia e propriedade sem sacrificar a coerência do sistema civil, reafirmando que a constitucionalização do Direito Civil é integração normativa com densidade técnica e não autorização para violações privadas ao domínio alheio.

A TUTELA DA PROPRIEDADE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL: A FUNÇÃO SOCIAL

A tutela da propriedade atualmente é, sem dúvidas, um tema desafiador, sobretudo quando estamos diante de um cenário onde temos uma superutilização da Constituição Federal em detrimento da subutilização do Código Civil.

Sem nos aprofundarmos na evolução histórica, o que nos afastaria do objetivo deste trabalho, apenas elucidaremos o fato de que a propriedade tem, nitidamente, passado não apenas por uma transição conceitual, como também de comportamento (Bercovici, 2011).

Antes, o direito de propriedade traduzia-se como absoluto e insuscetível de limitações, hoje, a lei maior do nosso ordenamento jurídico expressamente condiciona esse exercício ao atendimento de sua função social.

Logo em seu artigo 5º, considerando, portanto, esse direito como fundamental, a Constituição Federal nos deixa claro que é garantido o direito de propriedade (inciso XXII), bem como o fato de que a propriedade atenderá à sua função social (inciso XXIII).

Corroborando com esse pensamento, Flávio Tartuce (2025, p. 113) elucida que:

> Assim, a propriedade é o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional.
>
> Percebe-se, portanto, que a função social é íntima à própria construção do conceito. Como direito complexo que é, a propriedade não pode sobrelevar outros direitos, particularmente aqueles que estão em prol dos interesses da coletividade.

A função social da propriedade é colocada, inclusive, como princípio geral da atividade econômica (artigo 170, III), quando se trata da política urbana, trazendo expressamente que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (artigo 182, §2º). Já quando trata da política agrícola, o texto constitucional também impõe a função social da propriedade rural (artigo 186), com a cominação de sanções ante o seu descumprimento (artigo 184).

No que tange ao Código Civil, ressalta-se que este não traz expressamente conceituação direta do que viria a ser propriedade, definindo, contudo, quem é proprietário pelo exercício dos poderes de usar, gozar, dispor e reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, ratificando, contudo, a necessidade do atendimento da função social[1].

1 Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2025, p.421) sustenta que "o conteúdo positivo do direito de propriedade é enunciado no art. 1.228 do Código Civil, ao enumerar os poderes elementares do proprietário: usar, gozar e dispor dos bens, bem como reavê-los de quem injustamente os possua. Correspondem eles ao *jus utendi, fruendi, abutendi e à rei vindicatio*, que eram os atributos da propriedade romana."

Ainda sobre a importância conceitual para o desenvolvimento do estudo a seguir, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2025, p.85) lecionam que:

> Quando todos os elementos constitutivos da propriedade (ou seja, seus poderes inerentes) se acham reunidos na pessoa do titular, tem-se a modalidade que se convencionou chamar de propriedade plena.
> Todavia, quando ocorre o desmembramento de elementos, passando um ou alguns de seus poderes para o exercício de outrem, fala-se em propriedade limitada ou restrita (grifos nossos).

AS OCUPAÇÕES DA PROPRIEDADE PRIVADA SOB A JUSTIFICATIVA DO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL E A UTILIZAÇÃO GENERALISTA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM CONTRAPONTO COM OS MECANISMOS DE TUTELA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL

Vimos que, no que tange ao direito fundamental de propriedade, a Constituição Federal traz como dever o cumprimento da função social por seu titular, nos moldes do artigo 5º, inciso XXIII, o que revela que o uso, gozo e disposição da coisa não são absolutos e "não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo em seu exclusivo interesse, mas como instrumentos para a construção de algo coletivo" (Bercovici, 2011), devendo estar em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (artigo 1.228, §1º, CC), sob pena de configuração do abuso de direito e, deste modo, exigir a coerção pelo Estado, v.g., nos casos de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, nos moldes do artigo 184, da Constituição Federal.

Portanto, à luz da função social da propriedade, se considerássemos apenas e tão somente a aplicação da norma constitucional nas relações de Direito Privado, a justificar a aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais (na relação horizontal entre particulares), como cláusula geral, enquadraríamos a propriedade

reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (grifos nossos)

num sistema que somente tutelará o direito individual se e quando o exercício dos poderes do artigo 1.228, do Código Civil, respeitarem a função social[2] que, no texto da Constituição Federal, encontra vetor no já citado artigo 5º, inciso XXIII, com referências no artigo 170, inciso III, artigo 182, §2º, artigo 184, *caput* e artigo 186[3].

Em se tratando de função social a nível da tutela constitucional, como via reversa (e aqui abrimos o campo para refletir sobre os argumentos que defendem a ocupação pela cláusula geral de violação funcional), se uma propriedade não atinge a sua função social, ela "não é passível de proteção constitucional" (Bercovici, 2015). Indaga-se, assim, se a violação da função social de maneira abstrata justificaria as ocupações e invasões individuais ou coletivas (movimentos sociais), em detrimento do titular desidioso.

Ainda que o rompimento das obrigações positivas inerentes à funcionalidade da coisa gere a perda de sua legitimidade constitucional (Tepedino, 2021), resta saber se a mera alegação do esvaziamento da função social pela parte invasora, aliada à invocação do princípio da dignidade da pessoa humana em conjunto com o direito social à moradia, justificariam a limitação particular ao direito de propriedade, inclusive como argumento para o provimento jurisdicional através do Estado-Juiz no processo judicial contencioso, em detrimento da norma positivada no Direito Civil.

Questiona-se, deste modo, se o simples fato de uma propriedade não cumprir a sua função social, geraria no terceiro invasor (individual ou coletivo), o direito subjetivo a legitimar a ocupação do bem imóvel sustentando a eficácia direta da Constituição Federal[4], dispensando os instrumentos de limitação do Estado preconizados tanto no próprio texto constitucional (v.g., parcelamento ou edificação compulsórios, imposto progressivo e desapropriação), como no Código Civil (v.g., vícios objetivos e subjetivos da posse, direito de sequela e oponibilidade *erga omnes*).

---

2 "De modo sistemático e exaustivo, demonstrou-se alhures que os principais civilistas brasileiros do século XX, ao estudarem o direito de propriedade, reconheceram os efeitos dos novos textos constitucionais quanto aos limites externos ao exercício da propriedade ditados pelo elemento social." (Rodrigues Jr., Otávio Luiz. Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais / Otavio Luiz Rodrigues Jr. – 4. ed., rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2026, página 194).

3 Na lição de Gilberto Bercovici (2011): "A mudança ocorrida foi de mentalidade, deixando o exercício do direito de propriedade de ser absoluto. A função social é mais do que uma limitação. Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade. A função social da propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A função social passou a integrar o conceito de propriedade, justificando-a e legitimando-a."

4 "A eficácia direta conduz, ao menos de forma como terminou por assumir em algumas formulações doutrinárias e jurisprudenciais, uma trivialização de princípios e de direitos fundamentais. Em nome da constitucionalização do Direito Civil chega-se rapidamente a uma banalização dos direitos fundamentais. O exemplo mais evidente dessa trivialização está na dignidade da pessoa humana. O recurso imediato à dignidade humana nos tribunais aproxima-se do nível do absurdo" (Rodrigues Jr., 2011, p. 385).

Poderia o indivíduo ou um grupo de pessoas, sob o fundamento da ausência da função social da propriedade urbana ou rural, exercer a autotutela e, *in casu*, promover a turbação ou o esbulho da propriedade privada, tendo por base meramente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, aliado ao argumento da luta pelo direito social à moradia, olvidando, contudo, o ordenamento positivado no próprio texto constitucional e no Código Civil?

Ainda que a propriedade urbana ou rural não cumpra a função social, não poderá o terceiro (particular ou determinado movimento social), se valer do esbulho possessório ou da turbação, para, mediante o exercício arbitrário da autotutela, invocar a dignidade da pessoa humana como fundamento constitucional a atingir o direito à moradia, inexistindo no sistema tensões entre os princípios e garantias, nomeadamente a pretexto da constitucionalização do Direito Privado, sobretudo pelo estudo epistemológico desenvolvido por Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2011), cujos preceitos serão utilizados para embasar o estudo aqui proposto.

É nesse aspecto que devemos integrar a legislação ordinária já estudada em capítulo específico neste estudo, e avaliar se, mesmo a pretexto da alegação abstrata do descumprimento da função social da propriedade, com matriz constitucional, poderia o esbulhador exacerbar o seu direito, rompendo com o dever geral de abstenção preconizado na parte final do artigo 1.228, do Código Civil, pela oponibilidade *erga omnes* por parte do titular, onde "a satisfação de seu interesse particular demanda um comportamento colaboracionista da coletividade" (Faria, 2021).

Ainda que sob a égide da dignidade da pessoa humana, do direito social à moradia e da função social da propriedade, o estudo sistemático do Direito Privado se contrapõe ao argumento generalista da legitimação da autotutela do terceiro ocupante, por haver no Código Civil, instrumentos de defesa como o desforço imediato previsto no artigo 1.210, §1º, no caso de turbação ou esbulho, bem como a manutenção ou a reintegração de posse, conforme o *caput* do referido artigo 1.210, inclusive com possibilidade de concessão de liminar na forma do artigo 562, do Código de Processo Civil.

Deste modo, a defesa da eficácia direta dos direitos fundamentais para legitimar os meios de invasão da propriedade privada, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, associado ao direito social à moradia e ao descumprimento da função social, não elide a aplicação ordinária dos preceitos do Código Civil, inclusive para a defesa tanto da posse (artigos 1196 a 1224), como da propriedade (artigo 1228, in fine – direito de sequela)[5].

Não pode o particular exercer a autotutela, em substituição ao Estado, para se locupletar da propriedade privada, e o Direito Privado impede os meios ilegítimos de ingerência na propriedade privada (configurando inclusive ilícito civil nos moldes

5 "Decorre daí o descabimento da utilização de valores como a dignidade da pessoa humana para subverter todo o sistema normativo, constitucional e infraconstitucional, sob o argumento da suposta prevalência absoluta dessa regra, o que, em última análise, equivaleria à destruição do próprio ordenamento jurídico que embasa o valor jurídico da dignidade humana" (Cambler, 2017).

dos artigos 186 e 187 c/c o artigo 927, CC), frente a generalidade da invocação da dignidade da pessoa humana e da violação à função social pelo invasor como causa para a constitucionalização do Direito Civil, o que coloca em causa "o uso abusivo da dignidade da pessoa humana no Direito Privado" (Rodrigues Jr., 2026).

Inclusive, pela sistemática do Direito Privado, a posse injusta está impregnada de vícios objetivos que decorrem de violência, clandestinidade ou precariedade (art. 1.200, CC) e, deste modo, não se convalida. Até porque, sem a chamada interversão ou transmudação da posse, quando cessadas a violência e a clandestinidade (art. 1.203, CC), sequer pode o indivíduo considerá-la como elemento para a aquisição do domínio pela usucapião (posse *ad usucapionem*). Isso sem falar que a posse fundada na má-fé (vício subjetivo) afasta até mesmo as indenizações pelas benfeitorias, conforme artigos 1.219 a 1.222 do Código Civil, sem direito à retenção da coisa.

Tais argumentos, quais sejam, de que há na legislação ordinária preceitos que tutelam a propriedade privada e, que não prestigiam a sua ocupação por meios ilegítimos ainda que rompida a função social, se sobrepõem ao generalismo da narrativa que fundamenta as invasões individuais e, sobretudo, coletivas por movimentos organizados, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, que "em um grau elevado de abstração assume pouco ou nenhum significado" (Rodrigues Jr., 2026)[6].

Nesse sentido, se considerarmos as limitações da propriedade pelo particular, aqui sim empregando corretamente a interpretação do texto constitucional (sob a ótica da função social da propriedade), temos que não pode o indivíduo reclamar para si o papel do Estado (v. g., nos casos de ocupações de terras para pressionar a reforma agrária), no exercício arbitrário de suas próprias (ou impróprias) razões, justamente porque "essas restrições têm sido consideradas de direito público, caso sejam motivadas pela intervenção de uma entidade dotada de *ius imprerri*, ou de direito privado, quando haja que compatibilizar direitos privados de outros titulares" (Leitão, 2019, p .165).

O Estado detém, pelo poder de polícia, os meios legítimos para intervir na propriedade privada improdutiva, que não esteja em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, trazendo a Constituição Federal formas de privação do uso, gozo e disposição da coisa quando configurado o abuso de direito por seu titular. A título de exemplo, para imóveis urbanos, o artigo 182, §4º, dispõe que "é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento", impondo, de forma sucessiva: i) "parcelamento ou edificação compulsórios"; ii) "imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo"; e iii) "desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão

6 "De fato, "a surpreendente autoria revela como a invocação da dignidade humana em um grau elevado de abstração assume pouco ou nenhum significado" e, com identidade de razão, "seu uso indiscriminado pode conduzir banalização de um conceito que ocupa posição central na ordem jurídica contemporânea." (Rodrigues Jr., 2011. P. 201).

previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurado o valor real da indenização e os juros legais". Nessa esteira, outro mecanismo constitucional de intervenção do Estado na propriedade privada pelo abuso de direito é a desapropriação de imóvel rural por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária (art. 184).

Há, inclusive, legislação especial que disciplina as desapropriações por utilidade pública (Lei nº 3.365/41), com impactos financeiros relativos aos juros compensatórios na prévia indenização ao proprietário que descumprir a função social da propriedade (art. 15-A, §2º), assim como a Lei nº. 8.629/93, que regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, preconiza que "a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho".

A despeito da publicização do Direito Privado ante as limitações da propriedade, Bercovici (2015) sustenta que "a natureza orgânica do ordenamento jurídico, assim, demonstra que todos os institutos do direito privado estão em conexão com o direito público, sendo que não podem ser eficazes e não podem ser compreendidos sem considerações de direito público. A propriedade é ineficaz sem o ordenamento jurídico à sua volta, sendo conformada pelas disposições de direito público."

Sobre a publicização do Direito Privado, Antônio Junqueira de Azevedo já demonstrava na segunda metade dos anos de 1970 (Revista dos Tribunais nº 472/15-21), uma preocupação sobre a ingerência do Estado na propriedade privada, justamente pelas abstrações tiradas do conceito genérico à época do que seria a função social da propriedade, como descreve Junqueira de Azevedo (2016):

> A função social do direito subjetivo era, assim, dele, somente quando genericamente considerado; ela justamente consistia em que cada direito subjetivo, individualmente considerado, estava em função do próprio titular. Hoje, está se perdendo esse sentido do direito subjetivo. A função social do direito subjetivo já não é dele genericamente considerado, e sim estamos quase a ver a "função social" de cada determinado direito subjetivo. Já não é a propriedade, que tem função social, e sim, uma propriedade específica; ora, se for assim, e levando-se o raciocínio até o fim (ponto a que historicamente ainda não chegamos, mas para o qual tendemos), o proprietário, que deve usar a sua propriedade de acordo com a função social, quer dizer, que deve usar sua propriedade no interesse social, já não tem um direito, tem é um dever. Ele é alguém que cumpre uma função (é um "funcionário"), e não o "proprietário", o "dono" ("Eu sou o dono!"). Com toda a conotação que essas palavras têm. Se há normas, que lhe dão pouca ou nenhuma liberdade de ação, se, por exemplo, elas determinam quanto se deverá pagar pelos produtos de

> suas terras, a quem ele os' deverá vender, ou até, quais os produtos que deverá plantar sob pena de vir a ser desapropriado ou confiscado e, ainda, além de tudo, o proprietário deve ter presente que sua atividade deve ser exercida, não no seu interesse, mas sim, no interesse social, a situação, obviamente, já não é a de quem tem direito de propriedade. No fundo, esse proprietário é simplesmente "administrador", que administra o que, por força de inércia, continuamos a dizer "sua" propriedade.

A TUTELA DA PROPRIEDADE NO DIREITO PRIVADO VERSUS A BANALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO JUSTIFICATIVA PARA OS MEIOS ILEGÍTIMOS DA OCUPAÇÃO INDIVIDUAL OU COLETIVA (EFICÁCIA INDIRETA FORTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO)

Se no Direito Privado há uma conformação de elementos a impedir a autotutela individual ou coletiva (pelos chamados movimentos) na propriedade particular, cabendo ao Estado, quando do rompimento da função social, intervir no exercício do uso e gozo pelo titular desidioso, à luz da autonomia do Direito Civil, pondera-se acerca da banalização do uso das premissas constitucionais como cláusulas gerais (Rodrigues Jr., 2026), *in casu*, a dignidade da pessoa humana, o direito social à moradia e a função social, como sustentáculos de teses que advogam pela legitimação da chamada autotutela na propriedade privada.

Vale dizer que o argumento generalista da dignidade da pessoa humana para justificar ocupações ilegítimas esvazia o conteúdo jurídico do conceito, fragilizando o Direito Privado, sob o argumento equivocado da constitucionalização do Direito Civil, que não deve configurar cláusula geral a impedir a incidência da norma infraconstitucional, que veda a autotutela, seja no diploma civilista, como também no Código Penal, que tipifica o crime de esbulho possessório, conforme artigo 161, §1º, II.

A perspectiva é a aplicação da lei ordinária para os casos concretos e, nesse viés, há norma infraconstitucional que veda a autotutela e impede a legitimação das ocupações individuais e coletivas, não sendo possível ao operador do Direito decidir por critérios puramente morais ou políticos (Rodrigues Jr., 2026) em detrimento da regra legal, sob pena de violação ao Estado democrático de direito[7].

A dignidade da pessoa humana, pela abstração em que é frequentemente proposta, não outorga ao esbulhador um cheque em branco para a violação da norma infraconstitucional[8], sobretudo porquanto o Direito Privado não prestigia os

7 "Não cabe ao aplicador do Direito utilizar conceitos ou valores jurídico constitucionais para criar teorias e gerar efeitos distanciados da vontade humana que constitui a fonte de validação e legitimação dessas mesmas normas. A evolução interpretativa do Direito deve acompanhar a transformação da realidade social, sendo desejável que se busque um constante emparelhamento" (Cambler, 2017).

8 "A dignidade da pessoa humana é outra vítima dessa guerra panprincipiológica, senão a

atos de violência, clandestinidade e precariedade (posse injusta — vícios objetivos) e não tolera a má-fé (vício subjetivo) do agente, que não poderá se desobrigar do cumprimento da lei, sob o argumento de omissão do poder público. Se por um lado a Constituição Federal garante ao indivíduo o direito fundamental à propriedade (art. 5º, *caput*) e à moradia digna (art. 6º), por outro, tutela-se o direito de propriedade em si por seu titular como garantia fundamental (art. 5º, inciso XXII), para a satisfação de seus interesses (*facultas agendi*) de uso, gozo e disponibilidade e que não poderão ser violados pelo Estado-Juiz ou pelo particular, a pretexto da cláusula geral da dignidade humana, porquanto "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (artigo 5º, LIV).

A título de argumentação, temos na própria norma infraconstitucional instrumentos que possibilitam a aquisição originária do domínio, a saber a usucapião (com matriz constitucional nos artigos 183 e 191), desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos (*res habilis*, exercício da posse mansa, pacífica e contínua com *animus domini*, sem interrupção ou oposição, pelo decurso da prescrição aquisitiva) exigidos pelas modalidades constitucionais (especiais urbana e rural), extraordinária, ordinária, familiar, entre outras.

Igualmente, a Lei nº. 13.465/17, denominada Estatuto da Regularização Fundiária (REURB), traz instrumentos como a legitimação fundiária, "que constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016" (artigo 23); além da legitimação de posse, "como instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade" (artigo 25).

A perspectiva deste estudo se dá no sentido de que deve haver uma autonomia epistemológica do Direito Privado que possui métodos próprios para lidar com a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII da CF c.c artigo 1.228, §1º do CC), ao passo que a dignidade da pessoa humana não deve ser usada como um argumento externo para validar "meios ilegítimos" de ocupação, mas sim como um limite que deve ser apurado dentro do devido processo legal. Sustentar a abstração da aplicação da dignidade da pessoa humana como forma legítima de violação da

maior de todas. Não há dúvidas de que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito, tendo conexão direta com a autonomia vital da pessoa e sua autodeterminação, como bem assinala Jorge Miranda. Dáse, contudo, sua banalização e seu emprego como reforço argumentativo, fundamentoberloque ou, como afirma João Baptista Villela, essa "tornouse um tropo oratório que tende à flacidez absoluta". Se tudo é fundado na dignidade humana, nada, afinal, o será. Para não se esquecer que Ela serve de fundamento dos discursos daqueles que defendem e dos que atacam o direito ao aborto e à eutanásia." (Rodrigues Jr., 2011).

garantia fundamental de propriedade não configura constitucionalização do Direito Civil[9] [10].

É nesse aspecto que se enquadra o chamado modelo forte de eficácia indireta defendido por Otavio Luiz Rodrigues Jr., (2026) o qual preconiza que:

> A intermediação legislativa é parte essencial do modelo forte de eficácia indireta: sem a presença da lei e, de modo específico, das cláusulas gerais, não seria possível a irradiação. É compreensível tal articulação de postulados, na medida em que as cláusulas gerais atuam com enorme ductilidade na passagem dos direitos fundamentais para o Direito Civil. Essa característica fez com que a formulação original da doutrina da eficácia indireta não se preocupasse muito com a omissão legislativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função social integra o conceito de propriedade e legitima limites ao exercício dos poderes dominiais, mas não autoriza ocupações privadas individuais ou coletivas como forma de correção do seu descumprimento, à margem do Estado, que, como vimos, conta com mecanismos para exigir o comportamento positivo do titular da coisa em benefício coletivo (finalidades econômicas e sociais). A narrativa que, sob o argumento da invocação da constitucionalização do Direito Privado, assenta dignidade humana e direito social à moradia para legitimar esbulhos e turbações, dissolve a coerência do Direito Privado e subverte garantias fundamentais, inclusive o devido processo legal, banalizando os princípios em detrimento da norma positivada que não prestigia, sob hipótese alguma, os atos de violência, clandestinidade e precariedade da posse sobre imóvel alheio, depondo contra o exercício da autotutela. O sistema oferece respostas institucionalizadas: instrumentos urbanísticos e agrários para indução do adequado aproveitamento; desapropriação com indenização conforme parâmetros legais; e, no âmbito privado, tutela possessória, direito de sequela e desforço imediato, o que ratifica o entendimento no sentido de que a generalidade da fundamentação das garantias

9 "Chega-se à conclusão de que não é constitucionalização: a) sobreinterpretar ou reinterpretar as normas ordinárias conforme a Constituição; b) elevar a dignidade humana à condição de elemento funcionalizante do Direito Civil; c) colocar a Constituição no centro do ordenamento jurídico; d) exercer atos típicos de jurisdição constitucional, com o controle de constitucionalidade ou a interpretação das normas ordinárias conforme a Constituição; e) utilizar cláusulas gerais e figuras típicas da "perturbação das prestações" para resolver quaisquer casos de Direito Privado, sem relação direta com a Constituição; f) conferir interpretação progressista ou socializar o Direito Civil" (Rodrigues Jr., 2026, p. 233-234)

10 "A valorização da dignidade humana, a busca constante por conformidade constitucional e a proposta de uma leitura moral da Constituição formulada por alguns autores do movimento tendem a diluir as fronteiras entre o jurídico e o moral. Em uma outra imagem, o direito civil constitucional cria condições para uma inundação do direito por padrões de moralidade, sejam eles oriundos da amplitude do conceito de dignidade e da concepção que vincula a tarefa do direito à sua máxima proteção, sejam eles decorrentes do particularismo preocupado com as melhores respostas para casos específicos. O efeito mais drástico dessa inundação é o de corrosão completa do lado formal do direito." (Leal, 2020, p. 91 - 150).

fundamentais como sustentáculos do abuso de direito não prospera em nosso ordenamento jurídico.

Para compatibilizar moradia e propriedade, deve-se priorizar políticas públicas e mecanismos legais de aquisição ou regularização (v.g., usucapião nas modalidades pertinentes, REURB com legitimação fundiária e de posse). No plano epistemológico, a distinção entre eficácia direta e eficácia indireta forte dos direitos fundamentais orienta o intérprete a preservar a intermediação legislativa e a densidade técnica das cláusulas gerais com reserva pelo operadores do Direito, sobretudo ante as condutas sociais positivadas na norma infraconstitucional[11], evitando, deste modo, a panprincipiologia e a banalização da dignidade humana como subterfúgio para legitimar ações ou omissões vedadas tanto no texto constitucional, como na norma ordinária, subvertendo, inclusive, o processo legislativo positivado na norma. Conclui-se, portanto, que a constitucionalização do Direito Civil é integração normativa que reforça — e não substitui — a autonomia do sistema civil, assegurando que conflitos sejam resolvidos por vias jurídicas idôneas, com respeito à função social e ao devido processo legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 18 jul. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br . Acesso em: 7 jan. 2026.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br . Acesso em: 7 jan. 2026.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 7 jan. 2026.

BRASIL. **Lei nº. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.** Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 26 fev. 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br . Acesso em: 7 jan. 2026.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário

11 "Assim, ao se defender a preservação dos espaços legislativos ante a invasão dos direitos fundamentais e a "colonização" do Direito Privado pelo Direito Constitucional, manifesta-se um cuidado muito específico: impedir a transferência do papel de determinação das opções democráticas sobre valores, ao menos em níveis excessivos, do legislador para o juiz. A lei, mesmo com todas as limitações ao exercício da democracia, nos parlamentos, é ainda a melhor forma de se impedir que a discricionariedade judicial substitua o poder de autodeterminação individual e, mais particularmente, a autonomia privada. De tal sorte que a juiz não é admitido ignorar prima facie o comando legal e passar diretamente para o âmbito dos direitos fundamentais" (Rodrigues Jr., 2026, p. 391/392).

Oficial da União: Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br . Acesso em: 7 jan. 2026.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br . Acesso em: 7 jan. 2026.

BRASIL. **Lei nº. 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 08 set. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br . Acesso em: 7 jan. 2026.

BERCOVICI, Gilberto. **Revista de Direito Privado** | vol. 7/2001 | p. 69 - 84 | Jul - Set / 2001. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional | vol. 6 | p. 1013 - 1032 | maio / 2011. DTR\2001\674.

BERCOVICI, Gilberto. **Artigo: Propriedade que descumpre função social não tem proteção constitucional**. https://www.conjur.com.br/2015-dez-06/estado-economia-propriedade-nao-cumpre-funcao-social-nao-protecao-constitucional/. Acesso em 07.01.2026.

CAMBLER, Everaldo Augusto. Artigo: A Dignidade Dos Animais E O Ativismo Judicial. Autores: Everaldo Augusto Cambler, Estevão Campos dos Santos e Robson de Alvarenga. **Revista Pensamento Jurídico** – São Paulo – Vol. 11, Nº 1, jan./jun. 2017. Data de recebimento: 30/05/2017. Data de aceitação: 19/06/2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de direito civil: direitos reais** / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 17. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: volume 5 — direitos reais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: volume 2 — direito das coisas.** 13. ed. Coleção Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2025.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O direito civil tende a desaparecer? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 355–364, 2016. Disponível em: https://www.ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/160. Acesso em: 5 jan. 2026.

LEAL, Fernando. Artigo: Seis Objeções ao Direito Civil Constitucional. **Revista: EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91-150, Maio-Agosto. 2020.

LEITÃO, Luís Meneses. **Direitos Reais.** 8ª Edição. Coimbra. Editora Almedina. Fevereiro 2019, p. 165.

RODRIGUES Jr., Otávio Luiz. **Direito Civil contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais** / Otavio Luiz Rodrigues Jr. – 4. ed., rev., ampl. e atual. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2026.

RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. Artigo: Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Revista: O Direito** 143.º (2011), II, 43-66

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: volume 4 — direito das coisas.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2025.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil: direitos reais** / Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Pablo Reinteria. – 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Capítulo 29

Mudanças de Natureza Econômico-Social na Constituição de 1988: Quanto nos afastamos dos Propósitos da Carta Magna Original?

Socioeconomic Changes in the 1988 Constitution: How Far Have We Departed From the Purposes of the Original Constitutional Charter?

Luis Alberto de Jezus

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Economia Política pela PUC-SP. Advogado e Economista.

Simony Jin

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Educação pela UFMT; Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

Welington Batista Lourenço

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em direito pela UNESP. Oficial de Registro.

Resumo: Este estudo tem por objetivo analisar algumas mudanças pelas quais passou nossa Constituição Federal ao longo de seus 37 anos, utilizando-as como amostra do afastamento sofrido pela Carta Magna de seus valores primitivos, destacadamente na área social. O pressuposto é que a Constituição chamada de Cidadã, devido ao seu forte viés de proteção social, foi sendo reformada ao longo dos anos, com o objetivo de aproximar-se mais dos interesses de grupos econômicos organizados, perdendo parte de sua essência. As emendas escolhidas para demonstrar este fenômeno foram: EC n.º 6 – Desestatização; EC n.º 95 – apelidada de "PEC do Fim do Mundo"; EC n.º 20, 41, 47 e 103 – todas relativas à Previdência Social; e EC n.º 135 e anteriores, que desvinculam receitas de contribuições sociais de suas aplicações sociais. Para o alcance do objetivo proposto, adota-se o método dedutivo, com abordagem qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica e de análise documental das emendas constitucionais selecionadas e de seus respectivos impactos socioeconômicos. Além da introdução, a estrutura da pesquisa divide-se em três partes: a primeira contextualiza o ambiente – doméstico e externo – no qual a CF de 1988 foi promulgada e a classifica segundo a doutrina pacificada; a segunda descreve as emendas escolhidas e avalia seu impacto socioeconômico; e a terceira apresenta as conclusões alcançadas a partir da análise do material.

Palavras-chave: reformas constitucionais; constituição cidadã de 1988; classificação das constituições; retrocesso social.

Abstract: This study aims to analyze certain amendments enacted to the Brazilian Federal Constitution throughout its 37 years, using them as a representative sample of the document's gradual departure from its foundational values, particularly within the social sphere. The underlying premise is that the Constitution—popularly known as the "Citizen Constitution" due to its robust social protection framework—has undergone successive reforms over the years, increasingly aligning itself with the interests of organized economic groups and thereby forfeiting a significant portion of its original essence. The constitutional amendments selected to substantiate this phenomenon are: Constitutional Amendment No. 6 (Privatization);

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.29

No. 95 (colloquially referred to as the “Doomsday Amendment”); Nos. 20, 41, 47, and 103, all about the Social Security system; and No. 135 and its predecessors, which sever the earmarking of social contribution revenues from their intended social allocations. The study adopts a deductive method with a qualitative approach, based on bibliographical research and documentary analysis of the selected amendments and their socioeconomic impacts. Following the introduction, the article is structured into three parts. The first contextualizes the domestic and international environment in which the 1988 Constitution was promulgated, classifying it in accordance with established legal doctrine. The second offers a descriptive examination of the selected amendments and assesses their socioeconomic impacts. Finally, the third part presents the conclusions drawn from the analysis of this material.

Keywords: constitutional amendments; 1988 citizen constitution; classification of constitutions; social retrogression.

INTRODUÇÃO

Nossa Constituição foi promulgada, analisando-se o cenário externo, em uma época em que a Europa abandonava um modelo de desenvolvimento chamado de *welfare state* (Estado de bem-estar) para um novo modelo baseado nas diretrizes do Consenso de Washington (Williamson, 1990), no qual a atuação do Estado foi redefinida e o “mercado” passou a ser entendido como principal ator do desenvolvimento. Os argumentos que legitimaram essas mudanças nos países centrais foram o elevado endividamento dos Estados, a inflação alta e o baixo crescimento que, segundo a corrente dominante do pensamento econômico à época, eram resultado de um Estado excessivamente intervencionista. O conceito era de uma mudança do papel do Estado na economia e na sociedade.

Não obstante, no Brasil o debate entre progressistas e liberais já era intenso quando da convocação da Assembleia Constituinte. Diferentemente do que ocorria na Europa, o Poder Constituinte Originário elaborou uma Carta Magna que buscou equilibrar a liberdade econômica com a atuação do Estado, mantendo-o como ator relevante das políticas econômicas e sociais – não apenas como regulador –, em coerência com a concepção de constituição dirigente (Canotilho, 1982; Bercovici, 2005). Soma-se a isso o fato de que nossa Constituição é programática, visto que em seu art. 3.º são citados objetivos da República: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inc. III).

Essa feição programática autoriza enquadrar a Carta de 1988 na categoria das constituições dirigentes, na acepção desenvolvida por Canotilho (1982) e, no constitucionalismo brasileiro, por Bercovici (2005): mais do que organizar o poder e limitar o Estado, a Constituição dirigente fixa fins e impõe tarefas ao legislador e aos órgãos de execução, vinculando juridicamente a atuação futura dos poderes públicos a um projeto de transformação social. Sob essa ótica, os objetivos do art. 3.º não constitui mera exortação retórica, mas verdadeiras imposições constitucionais permanentes, cujo esvaziamento por via de emenda pode ser lido como descumprimento do próprio programa constitucional.[1]

1 A expressão “efeito cliquet” (ou effet cliquet) é originária da doutrina constitucional francesa e designa a propriedade de irreversibilidade dos direitos fundamentais conquistados: assim

Adicionalmente, a visão moderna de Direitos Fundamentais incorporou os direitos positivos a essa categoria. Inicialmente, os Direitos Fundamentais eram sempre negativos, posto que limitavam a ação do Estado em relação a seus cidadãos, notadamente no que diz respeito à liberdade e à propriedade. Indo além, Sarlet *et al.* (2026) classificam os direitos sociais como direitos fundamentais. Se assim considerados, não poderia haver retrocessos nessa categoria de direitos. Vejamos:

> (...) É preciso enfatizar que os direitos sociais somente podem ser compreendidos (e aplicados) de modo adequado a partir de uma análise conjunta e sistemática de todas as normas constitucionais que direta e indiretamente a eles se vinculam, bem como à luz de toda a legislação infraconstitucional e da jurisprudência que os concretiza. Além disso, **na sua condição de direitos fundamentais** (pelo menos esta é a perspectiva adotada), os direitos sociais exigem uma abordagem que esteja em permanente diálogo com a teoria geral dos direitos fundamentais. Assim sendo, fica desde logo esclarecido que, a despeito da opção por uma abordagem (para efeitos didáticos e em homenagem à opção do constituinte no que diz com a distribuição dos direitos fundamentais no Título II) em separado dos direitos sociais, a circunstância de que a Constituição Federal contempla – pelo menos de acordo com a perspectiva adotada e o entendimento dominante no Brasil – um regime comum (embora não idêntico em todos os seus aspectos) para os direitos fundamentais justifica seja feita remissão frequente a outras partes da presente obra, com destaque para a parte geral dos direitos e garantias fundamentais, **na qual, afinal, também (ainda que com algumas peculiaridades) se inserem os direitos sociais** (Sarlet *et al.*, 2026, p. 577, grifos dos autores).

É justamente dessa qualificação que a doutrina extrai o princípio da vedação (ou proibição) do retrocesso social: uma vez concretizado um direito social no plano infraconstitucional, o legislador fica impedido de suprimí-lo ou de reduzi-lo a patamar aquém de seu núcleo essencial, sob pena de afronta à segurança jurídica, à proteção da confiança e à dignidade da pessoa humana. Não se cuida de garantia absoluta – admitem-se ajustes diante de alterações fáticas e da reserva do possível –, mas de um parâmetro que submete qualquer involução em matéria social a rigoroso teste de proporcionalidade.

É à luz desse parâmetro que as emendas examinadas adiante serão qualificadas como retrocesso. Cumpre, todavia, registrar que o próprio princípio é objeto de intensa controvérsia e vem sendo relativizado na prática dos tribunais. Pompeu e Pimenta (2017) observam que, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Tribunal Constitucional português, a vedação do retrocesso tem perdido autonomia, sendo crescentemente absorvida pelos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, invocada apenas em casos-limite, quando atingido o

como o mecanismo mecânico homônimo impede o recuo de uma catraca, o princípio veda o regresso normativo abaixo do patamar já alcançado pelo ordenamento.

núcleo essencial do direito. Esse enfraquecimento do parâmetro protetivo – também referido como efeito *cliquet*[2] – é, ele mesmo, sintoma do afastamento que este estudo investiga: corrói-se não apenas o conteúdo dos direitos sociais, mas a garantia que deveria preservá-los.

Veremos neste estudo que principalmente em termos de seguridade social e também em outros serviços antes promovidos pelo Estado, houve um grande retrocesso em relação aos anseios sociais expressos na Constituição originária.

Para além da análise das emendas selecionadas, é pertinente registrar a magnitude quantitativa das alterações constitucionais desde a promulgação da Carta. Conforme dados da Câmara dos Deputados (2025), foram editadas 138 Emendas Constitucionais em 446 meses – considerando a última EC publicada no Diário Oficial da União em 19 de dezembro de 2025 –, o que representa, em média, uma emenda a cada 3,2 meses. Isso parece contraditório com o conceito de uma constituição rígida como a nossa. Conforme Silva (2015):

> (…) A rigidez das constituições não deve ser absoluta, não pode significar imutabilidade.
> (...) Deve-se assegurar certa estabilidade constitucional, certa permanência e durabilidade das instituições, mas sem prejuízo da constante, tanto quanto possível, perfeita adaptação das constituições às exigências de progresso, da evolução e do bem-estar social (Silva, p. 44, 2015).

O que se questiona, quanto à quantidade de emendas, é se as mesmas contribuíram para o citado progresso, evolução e bem-estar social, ou se foram mudanças que atenderam a demandas de grupos de interesse restritos.

CONTEXTO E CLASSIFICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Para mensurar o quanto a ordem constitucional se afastou de seus propósitos originais, é preciso primeiro fixar com precisão o ponto de partida, reconstituindo, em três planos, as condições em que a Carta de 1988 foi concebida e os instrumentos conceituais que permitem compreendê-la. Do encontro desses planos emerge o paradoxo que orienta toda a investigação – uma Constituição deliberadamente rígida e analítica, vocacionada a proteger seus compromissos sociais, que, ainda assim, viu-os progressivamente esvaziados pela prática política.

Contexto Histórico da CF de 1988

O Brasil viveu sob regime de exceção de 1.º de abril de 1964 – data em que se consumou o golpe de Estado que depôs o presidente João Goulart – até 15 de março de 1985, totalizando 21 anos de supressão das liberdades políticas, restrição da imprensa e sistemática violação de direitos fundamentais. A Constituição de

2 A tensão entre o projeto dirigente original e sua progressiva inversão pelo Poder Constituinte Reformador constitui o fio condutor deste trabalho, retomado na conclusão a partir da tese de Bercovici e Massonetto (2006).

1969, outorgada em 17 de outubro daquele ano, trouxe ainda mais retrocessos nos Direitos Humanos do que a CF de 1967, ela própria outorgada pelo regime militar.

Conforme registra a Assembleia Legislativa de São Paulo (2002):

> Com a assinatura da Emenda Constitucional n.º 1, em 17 de outubro de 1969, foi afinal concretizada a reforma da Constituição de 1967, sustada até então pela doença de Costa e Silva. Entre as mudanças incorporadas ao novo texto estavam a pena de morte e a pena por banimento, em razão do aguçamento das atividades de oposição armada ao regime; a ampliação do estado de sítio, de 60 para 180 dias, com a possibilidade de sua prorrogação por tempo indeterminado; e a limitação do abuso dos direitos políticos, da liberdade de cátedra e de expressão artística. [...] Essa Carta, se comparada com a de 1967, aprofundou o retrocesso político do país, incorporou ao seu texto medidas autoritárias dos Atos Institucionais, consagrando a intervenção federal nos Estados, a cassação da autonomia administrativa das capitais e de outros municípios, a imposição das restrições ao Poder Legislativo e a ampliação das medidas restritivas da Constituição de 1967. Enfim, a Constituição de 1969 não favorecia o ideal dos Direitos Humanos (Assembleia Legislativa de São Paulo, 2002).

Depois de 21 anos sufocada pela força das armas, a principal demanda da sociedade era para que fossem definitivamente assegurados os Direitos Fundamentais de primeira geração, que garantissem liberdade e limitassem o poder do Estado sobre os cidadãos. Estes direitos estão no art. 5.º é cláusula pétrea, ou seja, não pode ser reduzida, somente ampliada.

Para a elaboração desta Constituição foram eleitos deputados constituintes, que formaram a Assembleia Nacional Constituinte, desfeita após a promulgação da Carta Magna. O pressuposto era que essa Assembleia seria totalmente independente dos poderes já constituídos: Executivo, Legislativo e Judiciário. O Congresso Nacional e a Assembleia Constituinte funcionavam de forma concomitante, sendo que o Congresso ficava responsável pelas leis ordinárias enquanto a Assembleia cuidava da Constituição (Lima, 2013).

No dia 1.º de fevereiro de 1987, sob a presidência do ministro José Carlos Moreira Alves, presidente do Supremo Tribunal Federal, instalou-se, em sessão solene, a Assembleia Nacional Constituinte. A distribuição dos 559 constituintes pelos 13 partidos era a seguinte: PMDB — 303; Partido da Frente Liberal (PFL) — 135; PDS — 38; Partido Democrático Trabalhista (PDT) — 26; Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) — 18; Partido dos Trabalhadores (PT) — 16; Partido Liberal (PL) — sete; Partido Democrata Cristão (PDC) — seis; Partido Comunista Brasileiro (PCB) — três; Partido Comunista do Brasil (PCdoB) — três; Partido Socialista Brasileiro (PSB) — dois; Partido Social Cristão (PSC) — um; e Partido Municipalista Brasileiro (PMB) — um (CPDOC, s.d.).

Classificando o PFL, o PDS, o PL, o PDC e o PSC como de perfil liberal/conservador, havia 187 constituintes com esse perfil ideológico.[3] Colocando como partidos de centro o PMDB, o PTB e o PMB, totalizavam 322 constituintes com um perfil mais moderado. Os partidos com pautas progressistas – de esquerda, como eram denominados à época – eram o PT, o PDT, o PCB, o PCdoB e o PSB, com 50 constituintes.

Apesar da vantagem numérica dos liberais/conservadores, a Carta original tinha perfil bastante progressista, sendo o Estado um ator importante tanto na economia quanto nas agendas sociais.

Todavia, o perfil do Congresso foi mudando ao longo do tempo, sendo que o Poder Constituinte Reformador foi alterando a percepção do papel do Estado na sociedade e na economia, cedendo aos pleitos dos agentes econômicos que financiaram suas campanhas e regredindo em relação aos princípios de redução da desigualdade e desenvolvimento social.

Classificação das Constituições e Enquadramento da Carta de 1988: Vantagens e Desvantagens

Existem diferentes formas de classificar as constituições, de acordo com o doutrinador. Nenhuma é melhor ou pior, boa ou ruim – o que importa é a utilidade, baseada em premissas verdadeiras. A classificação adotada neste trabalho é extraída da obra de Bulos (2015). Para ele, as constituições podem ser classificadas quanto à origem, à essência, à sistematização, à ideologia, à extensão, ao conteúdo, à forma e ao processo de mudança.

Tabela 1 - Sintetiza as categorias classificatórias e o enquadramento da CF de 1988.

Critério	Categorias	CF/1988	Implicação analítica
Origem	Histórica / Democrática / Outorgada / Cesarista	Democrática (promulgada)	Legitimidade popular do processo constituinte
Essência	Normativa / Nominal / Semântica	Nominal (constata-se)	Distância entre programa constitucional e realidade política
Sistematização	Unitária / Variada	Unitária	Disciplina todos os temas constitucionais em um único diploma
Ideologia	Ortodoxa / Eclética	Eclética	Múltiplos pensamentos convivem no texto
Extensão	Sintética / Analítica	Analítica	Dificulta emendas, mas amplia os alvos de reforma

3 A classificação dos partidos constituintes em blocos ideológicos adota critérios aproximativos, reconhecendo-se que as fronteiras entre esquerda, centro e direita no contexto brasileiro pós-ditadura eram fluidas. A análise visa ilustrar a correlação de forças no Plenário Constituinte, sem pretensão taxonômica exaustiva.

Critério	Categorias	CF/1988	Implicação analítica
Conteúdo	Material / Formal	Formal	Codificada; organiza o Estado e define o rito de alteração
Forma	Escrita / Não escrita	Escrita	Previsibilidade normativa; vulnerabilidade à emenda formal
Mutabilidade	Rígida / Flexível / Semirrígida / Fixa / Imutável	Rígida	Quórum qualificado — necessário, mas insuficiente ante interesses organizados

Fonte: Elaboração própria com base em Bulos (2015).

Quanto à Constituição brasileira de 1988, ela é classificada como democrática, nominal (quando se constata que o processo político não segue propósitos como a eliminação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, expressos no texto), unitária, eclética, analítica, formal, escrita e rígida.

Exceto pela classificação como nominal – quando o desejável seria normativa –, nossa Carta classifica-se no melhor de cada aspecto. Existem críticas à sua extensão, talvez analítica em demasia, mas o objetivo do Poder Constituinte Originário foi dificultar a mudança dos conteúdos caros àquela sociedade no momento de sua promulgação. Quando algo é tratado em uma constituição rígida, espera-se que a mudança ocorra após ampla discussão e com participação mais representativa da sociedade, por meio de seus representantes no Congresso Nacional.

É fato que os anseios da sociedade mudam e a lei – inclusive a Constituição – deve adequar-se às novas demandas. Emendas constitucionais não são algo contrário à rigidez constitucional. O que é contrário aos propósitos da nossa Constituição são mudanças que prejudicam a maioria da sociedade e tornam cada vez mais distantes os objetivos de uma sociedade mais justa.

A constatação é que a rigidez constitucional presente em nossa Carta não foi capaz de impedir os retrocessos documentados neste estudo.

Grupos de Interesse e a Economia Política da Reforma Constitucional

A pergunta que atravessa este estudo – por que uma Constituição rígida e analítica não impediu o recuo de seu próprio programa social? – encontra resposta menos no direito constitucional do que na economia política, e é a teoria dos grupos de interesse que fornece o mecanismo explicativo. Em sua formulação seminal, Mancur Olson (1965) demonstrou que a capacidade de ação coletiva é assimétrica: grupos pequenos e coesos, cujos membros têm interesses concentrados e elevado ganho per capita – o setor financeiro, as concessionárias de serviços públicos, os grandes grupos econômicos – organizam-se e pressionam o poder político com eficiência; já os grupos numerosos e dispersos, de interesses difusos e ganho individual reduzido – aposentados, assistidos, contribuintes, a generalidade dos cidadãos – são vítimas do problema do carona (*free rider*) e mobilizam-se mal, ainda que seu interesse agregado seja muito superior. É essa assimetria que faz

prevalecer, na arena legislativa, o interesse organizado da minoria sobre o interesse difuso da maioria.

Desse núcleo derivam três contribuições que iluminam o caso brasileiro. Buchanan e Tullock (1962) lançaram as bases da teoria da escolha pública (*public choice*), demonstrando que agentes políticos agem movidos por interesse próprio, tal como atores de mercado. A partir desse quadro, Krueger (1974) cunhou o conceito de *rent-seeking* (busca de renda): o emprego de recursos não na produção, mas na obtenção de privilégios, transferências e reservas de mercado junto ao Estado. E Olson (1982), em obra posterior, mostrou que o acúmulo de coalizões distributivas produz uma esclerose institucional que enrijece o Estado e drena o crescimento. Lidas sob essas lentes, as emendas examinadas na seção seguinte – da desestatização ao teto de gastos, passando pelas reformas da previdência e pela desvinculação de receitas sociais – deixam de parecer eventos isolados e revelam-se como a institucionalização sucessiva de rendas em favor de coalizões concentradas, com destaque para o setor financeiro na condição de credor do Estado.

Esse padrão não é exclusividade brasileira. Em análise da experiência indiana, Sekhar (2005) demonstra que o próprio intervencionismo estatal – o planejamento e a industrialização por substituição de importações – engendrou grupos de interesse poderosos (indústrias protegidas, uma burocracia rentista, sindicatos do setor público e *lobbies* agrários), que passaram a capturar a política pública e a resistir às reformas que lhes contrariassem os privilégios. Mais relevante para a presente investigação é o mecanismo que o autor identifica: como os partidos dependem dos grupos dominantes para financiar campanhas, suas escolhas de política são guiadas pelos financiadores, ficando os grupos vulneráveis e difusos sistematicamente fora das prioridades decisórias. É exatamente o processo que se observa no Brasil quando o Poder Constituinte Reformador cede aos pleitos dos agentes econômicos que financiaram suas campanhas. A convergência entre os dois países sugere que não se trata de acidente conjuntural, mas de viés estrutural: a combinação entre assimetria de organização e dependência partidária de financiamento opera contra os beneficiários difusos da política social.

Sekhar (2005) extrai daí uma conclusão que dialoga diretamente com a hipótese deste trabalho. As reformas de orientação liberal acertam ao reduzir o excesso de intervenção estatal na esfera estritamente econômica; erram, porém, ao deixar insuficiente e ineficaz a atuação do Estado na esfera social – educação, saúde, seguridade, justiça distributiva –, perpetuando a pobreza e a privação. Essa dupla face – recuo onde o Estado deveria dirigir a transformação social e blindagem onde se protege a lógica financeira – é a tradução empírica da constituição dirigente invertida retomada na conclusão. O autor acrescenta um argumento decisivo: a capacidade social (na esteira da abordagem das capacidades de Sen e Nussbaum) é precondição não apenas do desenvolvimento, mas da própria participação política dos mais pobres, que, instruídos e assistidos, poderiam contrabalançar a pressão dos grupos organizados. A erosão dos direitos sociais, portanto, não empobrece apenas materialmente: enfraquece a voz política dos prejudicados e aprofunda a assimetria de origem, num ciclo que se retroalimenta.

O alcance dessa leitura pode ser aferido pelo diálogo com a tradição liberal-igualitária, tal como sistematizada por Scaloppe (2014) em seu estudo sobre a participação política em Rawls e Dworkin. O autor demonstra que esses pensadores não tratam o mercado como ordem imune à crítica: reconhecem as injustiças distributivas que ele produz e propõem mecanismos para corrigi-las, a ponto de Dworkin identificar no dinheiro a raiz da degradação da política contemporânea e advertir que governantes dominados por interesses financeiros conduzem a democracia da imperfeição à hipocrisia. A denúncia da captura da política pelo poder econômico, portanto, não é exclusividade do pensamento crítico: encontra eco no interior do próprio liberalismo de princípios.

Há, contudo, um limite que Scaloppe (2014) identifica com precisão e que interessa diretamente a esta investigação: tanto Rawls quanto Dworkin subestimam o poder econômico como fator de distorção da participação. Rawls atribui os riscos à igualdade política a falhas procedimentais e morais, e não a desigualdades econômicas; Dworkin, ao sustentar que o voto iguala ricos e pobres, tampouco dimensiona adequadamente a influência do poder econômico sobre as decisões. Reconhece-se que a teoria de Rawls é mais nuançada do que a síntese aqui proposta – o Princípio da Diferença, por exemplo, admite desigualdades apenas quando beneficiam os menos favorecidos –, mas, como Scaloppe (2014) demonstra, sua tradução em mecanismos institucionais concretos subestima a influência das desigualdades econômicas sobre os processos decisórios. Esse ponto cego é precisamente o que a teoria dos grupos de interesse permite iluminar: onde o liberalismo pressupõe a igualdade formal da participação, a economia política revela a desigualdade material entre o interesse concentrado, que se organiza e financia o reformador, e o interesse difuso, que dispõe apenas do voto.

Compreende-se, assim, por que a rigidez constitucional foi insuficiente. A exigência de quórum qualificado eleva o custo de alterar a Constituição e deveria, em tese, proteger os compromissos sociais difusos pactuados em 1988; mas, quando os interesses concentrados estão organizados e financiam o reformador, esse custo é transposto, ao passo que a maioria difusa não logra organizar-se para defender o pacto constitucional. O afastamento dos propósitos da Carta original não exprime, pois, uma repactuação popular contra o projeto de 1988, e sim a sua captura por minorias organizadas — conclusão que a teoria dos grupos de interesse permite enunciar com rigor analítico.

AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

Estabelecido o referencial teórico – a Carta de 1988 como constituição dirigente, a vedação do retrocesso como parâmetro de aferição e a economia política dos grupos de interesse como chave explicativa – passa-se à análise do material empírico. Esta seção examina quatro conjuntos de emendas constitucionais, escolhidos não por esgotarem o rol de reformas, mas por constituírem amostra representativa do afastamento sofrido pela Carta em sua dimensão econômico-social. Sob justificativas técnicas diversas, repete-se em todos eles um mesmo

movimento de fundo: a redução do papel do Estado como provedor de direitos sociais e a correlata liberação de recursos públicos em favor do setor financeiro, na condição de principal credor do Estado. A seção organiza-se em quatro subseções temáticas: privatizações (2.1), reformas da previdência (2.2), desvinculação das receitas da União (2.3) e teto dos gastos públicos (2.4).

Lida isoladamente, cada emenda pode parecer resposta pontual a uma exigência fiscal; lidas em conjunto e à luz da teoria dos grupos de interesse, revelam um padrão coerente, no qual o interesse concentrado e organizado prevalece, de forma reiterada, sobre o interesse difuso da maioria. É esse padrão – e o consequente distanciamento dos propósitos originais da Carta – que as subseções seguintes procuram evidenciar.

Privatizações

A Emenda Constitucional n.º 6, de 1995, obteve o feito de colocar em prática a proposta de privatizações. Uma mudança singela no texto da Carta Magna modificou a redação do parágrafo primeiro do art. 176, para que passasse a vigorar com a seguinte redação:

> A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá condições específicas quando estas atividades se desenvolveram em faixa de fronteira ou terras indígenas (Brasil, 1995, art. 176, § 1.º).

O Poder Constituinte Originário, apenas sete anos antes, havia limitado a exploração de recursos minerais e potenciais de energia elétrica a brasileiros e empresas brasileiras de capital nacional. Pode-se deduzir que o objetivo era evitar a evasão de nossas riquezas. Ainda que se possa alegar que o capital não tem pátria, ao menos os resultados obtidos com a exploração das riquezas naturais antes permaneciam no Brasil. Como os grupos nacionais não tinham recursos para adquirir as maiores estatais, abriu-se oportunidade ao capital externo com esta EC.

As maiores críticas feitas às privatizações estão associadas ao valor de venda, geralmente muito abaixo do valor dos ativos das estatais. Biondi (2003, p. 9) registra: "Antes de vender as empresas telefônicas, o governo investiu 21 bilhões de reais no setor, em dois anos e meio. Vendeu tudo por uma 'entrada' de 8,8 bilhões de reais ou menos – porque financiou metade da 'entrada' para grupos brasileiros".

Em relação aos funcionários, as estatais realizaram demissões em massa antes das privatizações, arcando com custos que deveriam ser absorvidos pelos compradores. Ainda segundo Biondi (2003, p. 13):

> (...) também antes de privatizar, o governo tem feito demissões maciças de trabalhadores das estatais, isto é, tem gasto bilhões com o pagamento de indenizações e direitos trabalhistas, que

> na verdade seriam de responsabilidade dos "compradores". Exemplos: o governo de São Paulo demitiu 10.026 funcionários de sua empresa ferroviária, a Fepasa, de 1995 a 1998. E ficou ainda responsável pelo pagamento a 50 mil (!!!) aposentados da ferrovia. No Rio, o governo do estado, antes da privatização, incumbiu-se de demitir nada menos que a metade – mais exatamente 6.200 – dos 12 mil funcionários do seu banco, o Banerj.

A eficiência, medida pela lucratividade das empresas após a privatização, decorreu basicamente das demissões e dos aumentos de preço das tarifas. Os investimentos foram de pequena monta, comparados ao tamanho dos negócios. Embora defensores das privatizações argumentem que a transferência ao setor privado promoveu ganhos de eficiência operacional (Pinheiro, 1996), os impactos distributivos – especialmente sobre os usuários de menor renda de serviços essenciais como energia e telecomunicações – configuram, para os fins desta análise, retrocesso em relação ao padrão de acesso garantido sob a gestão estatal. Por se tratar de empresas prestadoras de serviços essenciais – como energia e telefonia – o que se observou é que os usuários passaram a bancar o lucro das empresas, antes subsidiado pelo Estado.

Reformas da Previdência

Desde a primeira intervenção normativa nos direitos dos segurados da Previdência Social – tanto do setor público como do privado – ocorrida em 1998, foram editadas quatro emendas constitucionais:

a) Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998;

b) Emenda Constitucional n.º 41, de 19 de dezembro de 2003;

c) Emenda Constitucional n.º 47, de 5 de julho de 2005;

d) Emenda Constitucional n.º 103, de 12 de novembro de 2019.

Adiante serão destacadas as principais mudanças, as mais relevantes, visto que foram muitas e seria necessário muito mais que um tópico para explorá-las. Quanto às motivações, podem sempre ser resumidas em frases curtas: "A Previdência é deficitária". "Se continuar desta forma, daqui a alguns anos não haverá recursos suficientes." "A Previdência consome a maior parte dos gastos primários." "A dívida pública tornar-se-á impagável se a Previdência não for reformada." "A população está envelhecendo." É como se a Previdência fosse a responsável por todos os problemas econômicos do Estado e a sua reforma, a panaceia para resolvê-los.

Adicionalmente, a Reforma da Previdência é sempre tratada como necessária para promover o crescimento, pois trará equilíbrio às contas públicas, dando segurança aos investidores e atraindo recursos.

Primeiro, é necessário fazer uma crítica ao termo "reforma". Normalmente, quando se reforma algo, se atravessa um período crítico para depois colher os benefícios. No caso da Previdência, os benefícios nunca serão colhidos, ao menos para os segurados, que veem a aposentadoria de forma cada vez mais distante.

Observa-se também uma contradição interna: veremos no próximo tópico que foram aprovadas emendas que desvinculam receitas originalmente destinadas ao custeio da Seguridade Social – da qual a Previdência Social faz parte – para que os recursos sejam aplicados em outros destinos, conforme a discricionariedade da Administração Pública. Ora, se a Previdência está deficitária, como podem os recursos a ela destinados ser aplicados em outros fins?

A Constituição Federal, em seu art. 195 define que a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, por meio de contribuições dos empregadores sobre a folha de salários, sobre o lucro e sobre o faturamento, bem como dos trabalhadores de acordo com o salário de contribuição. Quando se diz que a Previdência está deficitária, considera-se apenas a arrecadação das empresas sobre a folha de salários e dos empregados de acordo com o salário de contribuição. Todavia, ainda existem as contribuições das empresas sobre o lucro (CSLL) e sobre o faturamento (PIS e COFINS), que também são destinadas ao custeio da Seguridade Social, da qual a Previdência Social faz parte. De acordo com o Tribunal de Contas da União (2019):

> As contribuições dos segurados cobriram 81,6% das despesas, no regime de previdência dos trabalhadores urbanos; 6,1%, no regime de aposentadoria rural; 38,4%, no regime previdenciário dos servidores federais civis; e 6%, no sistema de inatividade e pensão dos militares da União. Portanto, as contribuições realizadas por trabalhadores e empregadores não são suficientes para cobrir o pagamento de aposentadorias e pensões, o que leva o governo federal a fazer vultosos aportes de recursos para manter os pagamentos. O déficit previdenciário federal totalizou, em 2019, R$ 288,7 bilhões – o equivalente a 4,2% do Produto Interno Bruto (PIB) – e tem crescido, desde 2011, a uma taxa média de 11,9% ao ano (Brasil, TCU, 2019).

O recorte acima deixa claro o que é considerado déficit da Previdência: Contribuições de Segurados menos Despesas. É como se as contribuições dos segurados – parte patronal e parte dos funcionários – fossem as únicas fontes de custeio, o que não corresponde à realidade, pois existem as Contribuições Sociais (citadas acima) que também devem contribuir com o custeio da Seguridade Social.

Serão analisados a seguir os principais retrocessos trazidos pelas ECs n.º 20, 41 e 47, com base em Batich (2010):

a) Substituição do tempo de serviço (35 anos – homem / 30 anos – mulher) por tempo de contribuição, transferindo a comprovação desse tempo do empregador para o empregado;

b) Extinção da aposentadoria proporcional (30 anos – homem / 25 anos – mulher), que permitia entrar para a inatividade com menos tempo de serviço e receber, consequentemente, menor valor do benefício;

c) Restrição das aposentadorias especiais para trabalhadores de empresas com atividades prejudiciais à saúde;

d) Restrição das aposentadorias com 30 anos (homem) / 25 anos (mulher) apenas para professores do ensino infantil, fundamental e médio;

e) Eliminação da fórmula de cálculo do valor do benefício da Constituição, para legislação infraconstitucional;

f) Alteração da forma de cálculo do benefício (por lei infraconstitucional), que antes se dava com base nos últimos 36 meses, para um período muito mais extenso;

g) Adoção do fator previdenciário, que prejudica os que começaram a trabalhar muito cedo, reduzindo o valor da aposentadoria mesmo após o tempo integral de contribuição;

h) Desvinculação do teto do benefício do valor do salário mínimo, que correspondia a dez salários mínimos.

Sobre a EC n.º 103, Silva (2021) aponta para a inconstitucionalidade do estabelecimento de normas que, além da exposição do agente a risco por 15, 20 ou 25 anos, ainda criam idade mínima para a aposentadoria especial. A análise é de que essa regra é inconstitucional, pois implica retrocesso social, vedado pela Constituição.

Para o servidor vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), a EC n.º 103 elevou a idade mínima para concessão da aposentadoria voluntária de 55 para 62 anos no caso das mulheres e de 60 para 65 anos no caso dos homens, cumulada com 30 anos de contribuição para as mulheres e 35 para os homens. Criou também diversas regras de transição, nas quais a obtenção da aposentadoria integral exige atingir determinado número de pontos, calculados pela soma da idade com o tempo de contribuição. Isso faz com que as pessoas permaneçam mais tempo no mercado de trabalho, pressionando-o e dificultando o ingresso dos jovens.

Tudo isso para que sobrem mais recursos para a realização de superávit primário e, consequentemente, mais recursos para o pagamento de juros da dívida.

Desvinculação das Receitas da União

A Emenda Constitucional n.º 135, de 20 de dezembro de 2024, prorroga até 2032 a desvinculação de receitas da União, dos Estados e dos Municípios. Trata-se de uma reedição das EC n.º 27 (2000), 42 (2003), 56 (2007), 68 (2011) e 93 (2016). Porém, desde a EC n.º 93, o Poder Constituinte Reformador foi além das reformas anteriores, ampliando de 20% para 30% o percentual das receitas de contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e taxas que o Poder Executivo poderá aplicar com discricionariedade, livre de afetação, estendendo ainda essa prerrogativa a Estados, Municípios e ao Distrito Federal – para os quais os 30% aplicam-se a impostos, taxas e multas.

Em que pese o fato de permanecerem mantidas as vinculações mínimas da União, dos Estados e dos Municípios para o custeio da saúde e da educação, bem como as receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores, a desvinculação permitiu a aplicação discricionária de recursos

destinados à assistência social, visto que esta não é considerada saúde ou previdência. O Benefício Assistencial ao Idoso, o Bolsa Família e outros programas similares compõem o orçamento da assistência social.

O art. 194 da Carta Magna declina que: "A seguridade social compreende um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social." O art. 195 define as fontes de financiamento desse sistema, entre as quais se encontram as contribuições sociais sobre a receita ou faturamento e o lucro (art. 195, I, "a" e "b").

Três contribuições de elevada arrecadação enquadram-se nessas fontes de custeio: a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e o Programa de Integração Social (PIS). Conforme dados do Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros da Secretaria da Receita Federal, em 2021 foram arrecadados os seguintes valores:

Tabela 2 – Arrecadação das principais contribuições sociais e estimativa de desvinculação – 2021 (R$ mil).

Tributo	Arrecadação Total	30% Desvinculação
CSLL	R$ 163.097	R$ 48.929
PIS	R$ 82.641	R$ 24.792
COFINS	R$ 353.793	R$ 106.138
TOTAL	R$ 599.531	R$ 179.859

Fonte: Elaboração própria. Dados: Receita Federal do Brasil (2021).

Somente em 2021, com base nos dados disponíveis, o montante de quase R$ 180 bilhões foi retirado do custeio da Seguridade Social para ser destinado a outras despesas, possivelmente ao pagamento de juros da dívida. Em um país com sociedade desigual, onde muitos dependem do Estado para necessidades básicas, trata-se de um significativo retrocesso.

Em outro exemplo, oportuno num momento em que o elevado valor dos combustíveis corrói a renda dos mais pobres, a Constituição Federal, em seu art. 177, § 4.º, inciso II, estabeleceu que a lei instituidora de contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação e comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e álcool deverá destinar os recursos ao subsídio do transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados; ao financiamento de projetos ambientais relacionados à indústria de petróleo e gás; e ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes. Todavia, atualmente 30% dos recursos da CIDE são aplicados para custear outras despesas. Em 2021, a arrecadação da CIDE sobre combustíveis alcançou quase R$ 3,396 bilhões, dos quais R$ 1,019 bilhão foi desviado de sua finalidade primitiva.

Teto dos Gastos Públicos

Apesar de revogada pela Emenda Constitucional n.º 126/2022, a Emenda Constitucional n.º 95, de 15 de dezembro de 2016 (PEC do Fim do Mundo), congelou por 20 exercícios financeiros, a partir de 2017, as despesas primárias dos três poderes, além do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, tendo por base as despesas primárias de 2016. Por despesas primárias entendem-se todas as despesas não financeiras, inclusive os investimentos.

O argumento foi a necessidade de conter gastos públicos, reduzir a velocidade de crescimento da dívida pública e, assim, restaurar a confiança do mercado – representado pelo setor financeiro – para estimular o crescimento.

Em 20 anos, a população cresce, o país cresce, a arrecadação cresce. Todavia, os gastos com educação, saúde, habitação, saneamento básico e os investimentos públicos permanecem congelados. Em uma sociedade desigual, onde o Estado precisa intervir para que parte significativa da população tenha um mínimo de dignidade, essa EC configura nítido retrocesso social. Trata-se de medida que beneficia prioritariamente o setor financeiro, os detentores de títulos da dívida, que passam a ter um papel de menor risco.

Durante os seis anos de sua vigência, os efeitos desta EC retiraram recursos da habitação e da seguridade social para garantir o serviço da dívida em favor dos bancos, principais credores do Estado. Mesmo revogada, importa registrar a vontade política manifesta na EC n.º 95, efetivada durante um governo cujo titular não foi eleito democraticamente e que permaneceu durante o governo subsequente (também de orientação liberal). Quando se pensa que a rigidez da Carta deve assegurar certa estabilidade das instituições e que não deve haver retrocessos na agenda social, essa EC demonstra importante fragilidade nesse princípio.

Para o bem da sociedade, a EC n.º 95 foi substituída pelo novo arcabouço fiscal, instituído por Lei Complementar, e não mais por norma constitucional.

Cabe precisar o mecanismo dessa substituição. A revogação da EC n.º 95 não operou em 2022: a Emenda Constitucional n.º 126/2022 – a chamada "emenda da transição" – apenas condicionou a revogação automática do teto à edição de lei complementar instituidora de novo regime fiscal, o que se concretizou com a Lei Complementar n.º 200/2023. Mais relevante para esta análise é que tal deslocamento – da norma constitucional para a lei complementar – configura um típico fenômeno de desconstitucionalização[4] da matéria fiscal: retira-se do texto rígido da Constituição a disciplina do gasto público e transfere-se para diploma de alteração menos custosa. Se, de um lado, isso confere flexibilidade ao ajuste, de outro, fragiliza a estabilidade que a própria rigidez constitucional pretendia assegurar – exatamente o ponto que o presente estudo procura evidenciar.

4 Entende-se por desconstitucionalização o processo pelo qual matérias originalmente disciplinadas no texto constitucional são transferidas para o plano infraconstitucional, sujeitando-se a um rito de alteração menos custoso e perdendo, com isso, a proteção reforçada conferida pela rigidez constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Constituinte Reformador demonstrou notável agilidade na aprovação de emendas constitucionais, a despeito do quórum qualificado exigido. Conforme dados da Câmara dos Deputados (2025), foram editadas 20 ECs entre 1988 e 1998; 37 entre 1999 e 2008; 42 entre 2009 e 2018; e 39 entre 2019 e 2025. A progressão sugere aprendizado institucional na mobilização de maiorias qualificadas. As cláusulas pétreas – especialmente os direitos e garantias individuais do art. 60, § 4.º, IV – funcionaram como freio a reformas mais radicais, embora não tenham sido suficientes para preservar o programa social dirigente, como demonstrado nas seções anteriores.

A Petrobras foi parcialmente privatizada, transformando-se de Empresa Pública em Sociedade de Economia Mista, na qual o Estado detém a maioria do capital social, garantindo-lhe o controle acionário. Ainda assim, enquanto a sociedade paga preços elevados pelo combustível, a empresa reportou lucro líquido de R$ 110 bilhões em 2025 (Petrobras, 2025). Empresas públicas deveriam ter por objetivo principal apoiar o Governo na elaboração das políticas públicas. O lucro não é ruim, mas não é o objetivo primordial do capital público – e sim do capital privado.

As duas maiores tragédias socioambientais da história brasileira – o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana (2015), operada pela Samarco Mineração S.A. (controlada pela Vale e pela BHP Billiton), e o rompimento da barragem do Córrego do Feijão, em Brumadinho (2019), operada pela Vale – ocorreram com empresas já inseridas na lógica do capital privado. A Vale foi privatizada em 1997 por aproximadamente US$ 3,3 bilhões (Biondi, 2003), com financiamento subsidiado do próprio Estado por meio do BNDES, em operação que concentrou ganhos privados e socializou riscos e passivos ambientais.

As privatizações foram benéficas para aqueles que adquiriram o controle ou a participação, porém prejudicaram a sociedade, que viu seu patrimônio dilapidado por preço vil e passou a bancar o lucro das empresas compradoras, pagando tarifas elevadas de combustível, gás, energia elétrica, telecomunicações e água.

Quanto às reformas da Previdência Social, à Desvinculação das Receitas da União e ao Teto dos Gastos Públicos, todas tiveram por objetivo reduzir o papel do Estado como provedor de benefícios à sociedade, aumentando a capacidade de pagamento do principal e dos juros da dívida pública, em benefício do setor financeiro, detentor desses papéis.

Voltamos à introdução, onde citamos que um dos objetivos da República é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Como se espera erradicar a pobreza e a marginalização quando recursos de Contribuições Sociais são desvinculados de seu propósito constitucional para serem utilizados de forma discricionária pelo Governo, inclusive no pagamento de juros da dívida? Como se imagina ser possível reduzir desigualdades sociais quando as despesas do Governo foram congeladas por 20 anos, período em que a

arrecadação cresce, a população cresce, porém os gastos permanecem corrigidos apenas pela inflação? Felizmente, a EC n.º 95 foi revogada, mas poderia estar vigente.

Quando a Assembleia Constituinte elaborou uma constituição analítica e rígida, tinha por objetivo assegurar a estabilidade dos valores caros àquela sociedade. O que se observou ao longo de 37 anos foi um afastamento dos valores da Carta original, em prejuízo de grande parte da sociedade e em favor de grupos de interesse organizados, especialmente o setor financeiro, o mais beneficiado pelas Emendas Constitucionais analisadas neste estudo.

Esse padrão de beneficiamento do setor financeiro encontra formulação teórica precisa na tese da constituição dirigente invertida, de Bercovici e Massonetto (2006), em lugar de a Constituição dirigir a ordem econômica rumo à transformação social prometida em 1988, opera-se uma inversão, em que se blinda a constituição financeira – a lógica do ajuste fiscal, do serviço da dívida e da credibilidade perante o mercado –, enquanto se relega à agonia a constituição econômica e social. As emendas aqui examinadas, do teto de gastos à desvinculação de receitas sociais, são manifestações concretas dessa blindagem: constitucionaliza-se a prioridade do credor e desconstitucionaliza-se a do cidadão.

Cabe uma reflexão crítica final à luz do pensamento liberal. Como demonstra Scaloppe (2014), nem mesmo os liberais de princípios – Rawls e Dworkin – endossam acriticamente o mercado: reconhecem as suas injustiças, elaboram teorias de justiça distributiva e, no caso de Dworkin, identificam no dinheiro a raiz da degradação da política. Disso decorre uma constatação incômoda: as emendas aqui examinadas falhariam até mesmo pelo crivo liberal-igualitário, pois corroem a igualdade material que Dworkin erige em virtude soberana e contrariam o princípio de igual participação que Rawls extrai da liberdade. Uma reforma gestada sob a pressão do interesse concentrado que financia campanhas não realiza a parceria de iguais em que a democracia deveria consistir; e, se até a tradição liberal condena a captura da política pelo poder econômico, o afastamento dos propósitos da Carta de 1988 torna-se ainda mais difícil de justificar.

Há, porém, um limite que esta pesquisa procura superar. O próprio Scaloppe (2014) registra que o liberalismo, ao diagnosticar as distorções, mantém o mercado como pressuposto inquestionável e subestima o poder econômico como fator estrutural – tanto que Rawls atribui os riscos à igualdade política a falhas procedimentais, e não a desigualdades econômicas. É justamente nesse ponto que a leitura aqui proposta avança: não se trata de corrigir distorções pontuais dentro do mercado, mas de reconhecer que a própria lógica financeira foi constitucionalizada, na forma da constituição dirigente invertida. Permanece, com Scaloppe (2014), a pergunta que o caso brasileiro torna urgente: o que, afinal, acreditamos sobre a democracia, quando o poder de reforma, embora cercado de garantias formais, tem servido de modo reiterado ao interesse de poucos?

Em síntese, o conjunto dessas emendas pode ser lido como um processo de erosão silenciosa do projeto dirigente de 1988: sem revogar formalmente o catálogo de direitos sociais nem os objetivos do art. 3.º, o Poder Constituinte Reformador

esvaziou-lhes progressivamente a eficácia, em movimento que a teoria constitucional ora identifica como retrocesso social, ora como desconstitucionalização. A rigidez, nesse cenário, revelou-se garantia necessária, porém insuficiente: protegeu a forma do texto, mas não impediu o afastamento de seus propósitos – resposta que esta pesquisa oferece à indagação de quanto nos distanciamos da Carta original.

Como agenda de pesquisa futura, este trabalho abre três linhas de investigação: (i) a análise comparativa do padrão de erosão constitucional em outros países latino-americanos que adotaram constituições dirigentes; (ii) o estudo empírico do comportamento dos parlamentares em relação a grupos de financiamento e sua correlação com o voto em emendas de retrocesso social; e (iii) a aferição, por meio de indicadores socioeconômicos, da magnitude do retrocesso material causado especificamente pela desvinculação de receitas de contribuições sociais no período pós-EC n.º 93/2016.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE SÃO PAULO. **Constituição da Junta Militar imposta em 1969.** São Paulo, 2002. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=266569. Acesso em: 11 abr. 2022.

BATICH, Mariana. **O Brasil sob a nova ordem: a economia brasileira contemporânea.** In: MARQUES, Rosa Maria; FERREIRA, Mariana Ribeiro Jansen (org.). O Brasil sob a nova ordem. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. **A constituição dirigente invertida: a blindagem da constituição financeira e a agonia da constituição econômica.** Boletim de Ciências Econômicas, Coimbra, 2006.

BIONDI, Aloysio. **O Brasil privatizado: um balanço do desmonte do Estado**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003. (Coleção Brasil Urgente)

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Discurso proferido na Sessão de 5 de outubro de 1988**. Diário da Assembleia Nacional Constituinte (DANC), 5 out. 1988. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988. Acesso em: 10 maio 2026.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Emendas Constitucionais.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2025. Disponível em: https://www.camara.leg.br. Acesso em: 20 dez. 2025.

BRASIL. Ministério da Economia – Secretaria da Receita Federal. **Análise da Arrecadação das Receitas Federais**. Brasília: RFB, 2022. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2025/01/arrecadacao-2025-relatorioreceita-25.jan_.2025.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2026.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resultados dos regimes de previdência pública.** Brasília: TCU, 2019. Disponível em: https://sites.tcu.gov.br/contas-do-governo-2019/resultado-previdenciario.htm. Acesso em: 15 abr. 2022.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy.** Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/1063/0102.03_Bk_Sm.pdf. Acesso em: 29 de maio de 2026.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL (CPDOC). **Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, [s. d.]. Disponível em: https://www18.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/assembleia-nacional-constituinte-de-1987-88. Acesso em: 29 maio 2026.

KRUEGER, Anne O. **The political economy of the rent-seeking society.** The American Economic Review, v. 64, n. 3, p. 291-303, 1974. Disponível em: https://assets.aeaweb.org/asset-server/files/9452.pdf. Acesso em: 27 de maio de 2026.

LIMA, João Alberto de Oliveira. **A gênese do texto da Constituição de 1988.** Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

OLSON, Mancur. **The logic of collective action: public goods and the theory of groups**. Cambridge: Harvard University Press, 1965. Disponível em: https://users.ssc.wisc.edu/~peoliver/SOC924/Articles/olsonlogic.pdf. Acesso em: 22 de maio de 2026.

OLSON, Mancur. **The rise and decline of nations: economic growth, stagflation, and social rigidities**. New Haven: Yale University Press, 1982.

PETROBRAS. **Relatório de Resultados 2025.** Rio de Janeiro: Petrobras, 2025.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Privatização no Brasil: por quê? Até onde? Até quando?** In: GIAMBIAGI, Fábio; MOREIRA, Maurício Mesquita (orgs.). A economia brasileira nos anos 90. Rio de Janeiro: BNDES, 1996.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. **O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI**. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 216-237, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2026.

SCALOPPE, Luiz Alberto Esteves. A participação política no pensamento liberal: Rawls e Dworkin. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 16, n. 110, p. 799-822, 2014.

SEKHAR, C. S. C. **Economic growth, social development, and interest groups.** Economic and Political Weekly, v. 40, n. 50, p. 5338-5347, 2005. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/4417527. Acesso em: 23 de maio de 2026.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Marcelo Gonçalves. EC 103 e a violação de uma conquista social: a inconstitucionalidade do restabelecimento da idade mínima para aposentadoria especial. **Revista Brasileira de Direito Social**, 2021. Disponível em: https://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/116.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971. Disponível em: https://bfi.uchicago.edu/wp-content/uploads/2023/02/3003160.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2026.

WILLIAMSON, John. **What Washington means by policy reform.** In: WILLIAMSON, John (ed.). Latin American adjustment: how much has happened? Washington: Institute for International Economics, 1990. p. 7-40.

Capítulo 30

Entre o Algoritmo e a Constituição: Jurisdição Constitucional Dialógica, Poder Privado Transnacional e Democracias Defeituosas na Era Digital

Between the Algorithm and the Constitution: Dialogical Constitutional Jurisdiction, Transnational Private Power, and Defective Democracies in the Digital Age

Otniel Servilha Torres

Advogado. Graduado em Direito. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER e Mestrando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo.

Richard Maciel de Sá

Auditor Público Externo do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, Graduado em Ciências Econômicas pela UFMA, Especialista em Direito Público pela FGV, Contabilidade Pública e Administração Tributária pela Estácio de Sá, Mestrando em Função Social do Direito pela FADISP.

Resumo: O presente estudo examina a convergência entre o direito processual constitucional como técnica e poder, o constitucionalismo digital como resposta normativa à disrupção tecnológica e os desafios da jurisdição constitucional em democracias defeituosas. Sustenta-se que a tecnologia digital reconfigura o equilíbrio constitucional ao investir corporações transnacionais de poder regulatório historicamente reservado ao Estado. Em democracias defeituosas, a inércia legislativa crônica transfere esse ônus ao Judiciário, com risco de ativismo ilegítimo. Propõe-se uma jurisdição constitucional dialógica — orientada à reconstrução democrática, à inclusão das minorias desfavorecidas e à limitação tanto do poder estatal quanto do corporativo, sem suplantar o legislador.

Palavras-chave: constitucionalismo digital; democracias defeituosas; jurisdição constitucional dialógica; poder privado transnacional; ativismo judicial.

Abstract: This study examines the convergence between constitutional procedural law as a technique and power, digital constitutionalism as a normative response to technological disruption, and the challenges of constitutional jurisdiction in defective democracies. It argues that digital technology reconfigures the constitutional ecosystem by vesting transnational corporations with regulatory power historically held by the State. In defective democracies, chronic legislative inertia transfers this burden to the judiciary, risking illegitimate activism. The article proposes a dialogic constitutional jurisdiction — oriented toward democratic reconstruction, the inclusion of disadvantaged minorities, and the limitation of both state and corporate power, without supplanting the legislature.

Keywords: digital constitutionalism; defective democracies; dialogic constitutional jurisdiction; transnational private power; judicial activism.

INTRODUÇÃO

Vivemos um momento constitucional singular. A tecnologia digital não apenas transformou as formas de comunicação e produção — ela deslocou as estruturas de

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.30

poder sobre as quais o constitucionalismo moderno foi erguido. Algoritmos definem o que é visto, dito e compartilhado por bilhões de pessoas; contratos de adesão corporativos substituem a deliberação legislativa; e plataformas de alcance global exercem sobre os cidadãos um poder que, em qualquer compreensão séria de direito constitucional, deveria estar sujeito a controle democrático.

Esse desafio torna-se ainda mais grave nas chamadas democracias defeituosas. Nesses países — marcados por desigualdade estrutural, concentração de poder e parlamentos que evitam as decisões difíceis —, o vazio regulatório sobre as plataformas digitais não é acidental. É, em boa parte, uma escolha política. E o custo dessa omissão recai sobre quem já é mais vulnerável.

O Judiciário, nesse cenário, é pressionado a ocupar o espaço que o legislador deixou vago. Cortes constitucionais são instadas a decidir questões de regulação tecnológica que demandariam amplo debate legislativo. O problema é que, ao fazer isso sem a cautela devida, os tribunais arriscam exatamente o que deveriam proteger: a legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Este estudo parte desse dilema para propor um modelo alternativo — a jurisdição constitucional dialógica. A escrita percorre os seguintes pontos: o caráter político do direito processual constitucional; a inseparabilidade entre constituição e justiça constitucional; as transformações que a tecnologia digital impôs ao ecossistema constitucional; a sistematização teórica do constitucionalismo digital; os traços que definem as democracias defeituosas; os riscos do ativismo judicial; a natureza multinível da jurisdição constitucional; e o diálogo constitucional como resposta legítima a esses desafios.

Em suma, o presente estudo analisa como a codificação do processo constitucional pode servir de ponte entre a teoria tradicional e os desafios do constitucionalismo digital. O objetivo é demonstrar que um código robusto não deve ser visto como uma negação do poder judiciário, mas como o instrumento democrático definitivo para alinhar a técnica jurisdicional aos objetivos políticos da Constituição, assegurando uma democracia deliberativa e resiliente frente às transformações tecnológicas.

O DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL ENTRE A TÉCNICA E O PODER

Existe uma tendência, especialmente entre os processualistas, de tratar o direito processual constitucional como uma disciplina essencialmente técnica. Isso é um equívoco. As normas que regulam a jurisdição constitucional não são instrumentos neutros de organização processual — elas atuam diretamente nas relações de poder entre os órgãos do Estado.

Tavares e Herani (n.d., p. 4), retomando a lição clássica de Häberle (2004), mostram que essas normas têm um duplo sentido: são, ao mesmo tempo, “direito constitucional concretizado” e instrumento pelo qual a Justiça Constitucional “concretiza a Constituição”. Em outras palavras, a forma processual não serve

apenas ao bom andamento do processo — ela define quem controla quem e de que modo.

Essa natureza bifronte explica a disputa sobre a localização enciclopédica da matéria, oscilando entre o Direito Constitucional, o Direito Processual e uma disciplina autônoma (Tavares; Herani, n.d., p. 4). Mais do que uma questão acadêmica, o debate revela posturas diferentes sobre o peso político dessas normas. Quem as vê apenas como técnica tende a subestimar as consequências de cada escolha processual sobre o equilíbrio entre os Poderes.

No Brasil, Tavares e Herani (n.d., p. 19-20) identificam três movimentos que revelam essa dimensão política com clareza. O STF preenche lacunas legislativas com sua própria jurisprudência (construtivismo jurisdicional). O Congresso, em seguida, ratifica essas posições em lei sem exercer deliberação autônoma (chancela das orientações jurisprudenciais). E o Legislativo transfere deliberadamente ao Judiciário temas que prefere não enfrentar (transferência estratégica).

A relação entre Constituição processual e Constituição material também aprofunda essa análise. Como observam os autores, “enquanto o processo serve à efetividade da Constituição, a Constituição serve como garantia do processo” (Reyes, 2007, p. 13). Essa simbiose transforma cada decisão processual em uma decisão política — o que exige, especialmente no ambiente digital, uma consciência redobrada sobre as implicações do que se decide e de como se decide.

Para alguns autores, a técnica pode ser utilizada para estabelecer limites ao poder, escolhas metodológicas podem, por exemplo, diminuir a intensidade da intervenção judicial para respeitar outros órgãos e processos políticos.

Segundo Marioni (2022), a técnica do minimalismo e o chamado second look permitem à corte decidir de forma mais parcimoniosa, protegendo direitos enquanto se aguarda deliberação popular ou legislativa.

No entendimento de Silveira Filho (2025), o devido processo e as garantias procedimentais são concebidos como metodologia do constitucionalismo que limita o poder ao assegurar acesso à jurisdição e regras formais de controle.

Silva e Silva (2022), além de Marioni (2022), ressaltam a importância do diálogo institucional e entendem que as decisões dialógicas buscam preservar a separação de poderes e estimular resposta legislativa, funcionando como um freio contra a usurpação de funções políticas pela magistratura.

CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: UMA RELAÇÃO INSEPARÁVEL

Se o direito processual constitucional é ao mesmo tempo técnica e poder, a pergunta que se impõe é simples: a serviço de que esse poder deve estar? A resposta de Aragón Reyes é direta — a serviço da Constituição e, por consequência, do Estado democrático de direito.

O ponto de partida do autor é que constituição e justiça constitucional são, por exigência da teoria e confirmação da prática, realidades inseparáveis (Aragón, 2019, p. 13). A Constituição é norma jurídica suprema — e não há direito sem garantia judicial de seu cumprimento. Aceitar que a Constituição é direito é aceitar que ela precisa de juízes que a façam valer. A justiça constitucional é, em síntese, a aplicação jurisdicional da Constituição (Aragón, 2019, p. 14).

Essa inseparabilidade tem uma implicação que os críticos da revisão judicial frequentemente ignoram: a justiça constitucional não contradiz a democracia — ela a torna possível. Para compreender o porquê, Aragón Reyes (2019) distingue dois planos. No plano constituinte, opera a democracia do consenso: os direitos e estruturas fundamentais fixados pelo poder soberano não estão à disposição das maiorias cambiantes. No plano do poder constituído, opera a regra da maioria — mas sempre dentro dos limites que o constituinte traçou (Aragón, 2019, p. 22).

A justiça constitucional garante exatamente isso: que o poder constituído não ultrapasse o que o poder constituinte decidiu. Quem opõe democracia e controle de constitucionalidade confunde a maioria parlamentária com a soberania popular — e elas não são a mesma coisa (Aragón, 2019, p. 23).

Mas Aragón Reyes vai além. Ele deixa claro que o problema da relação entre democracia e justiça constitucional não está na existência dos tribunais constitucionais, e sim no modo como atuam. Sua única legitimidade repousa na fundamentação jurídica das decisões — uma argumentação razoada, que possa ser contrastada e criticada pela comunidade jurídica, e que decorra do direito, não da vontade política do julgador (Aragón, 2019, p. 23).

A TECNOLOGIA DIGITAL E A RECONFIGURAÇÃO DO ECOSSISTEMA CONSTITUCIONAL

Celeste (2021, p. 65) usa a expressão "momento constitucional" para descrever o que a tecnologia digital fez com as estruturas jurídicas contemporâneas. Não se trata de metáfora. É uma transformação real que atingiu as duas funções básicas de qualquer ordenamento constitucional: a proteção de direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes.

O lado positivo é real. A tecnologia amplia de modo extraordinário a capacidade de indivíduos exercerem seus direitos — liberdade de expressão, liberdade de reunião, acesso à informação (2021, p. 65). Uma manifestação política que antes dependia de praças públicas e panfletos pode hoje alcançar, em segundos, audiências globais.

O lado negativo, porém, é igualmente real. A mesma infraestrutura que amplia direitos também os ameaça. Vigilância em massa, bloqueio de transmissões, tratamento não autorizado de dados pessoais e disseminação de discursos de ódio são fenômenos constitutivos — não acidentes — do ambiente digital (Celeste, 2021, p. 65-66).

O que Celeste (2021, p.65-66) chama de terceira alteração é a mais estrutural. As empresas que produzem e gerenciam serviços de tecnologia emergiram como novos atores dominantes, ao lado dos Estados-Nação. Elas definem o que é permitido nas plataformas, como os dados são tratados, quem pode falar e para quem. Exercem, na prática, uma função regulatória sobre direitos fundamentais — sem que os mecanismos tradicionais de controle, desenhados para conter o arbítrio estatal, estejam preparados para alcançá-los (Celeste, 2021, p. 66).

É esse descompasso entre o poder real das corporações digitais e os instrumentos jurídicos disponíveis para controlá-las que cria a urgência do constitucionalismo digital.

O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL: PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO TEÓRICA

O conceito de "constitucionalismo digital" circula na literatura com sentidos variados. Celeste (2021, p. 69-78), após mapear as contribuições de Fitzgerald, Berman, Suzor e do grupo de Gill, Redeker e Gasser, propõe uma sistematização que merece atenção.

A distinção central é entre constitucionalismo digital e constitucionalização do ambiente digital. O primeiro é uma ideologia — um conjunto de valores e princípios, não um conjunto de leis. Trata-se da ideologia que "visa estabelecer e assegurar a existência de um quadro normativo para a proteção de direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes no ambiente digital" (Celeste, 2021, p. 79). O segundo é o processo concreto de produção de normas que traduzem esses valores em instrumentos jurídicos.

Essa distinção tem consequências práticas. O constitucionalismo digital não é o Marco Civil da Internet, não é o Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu e não é uma declaração de direitos para a internet. É a ideologia que informa todos esses instrumentos — e que impõe a produção de novos quando o equilíbrio constitucional é ameaçado (Celeste, 2021, p. 81).

Sobre o objetivo do constitucionalismo digital, Celeste é igualmente preciso. Não há razão para restringi-lo à limitação do poder público ou do poder privado, isoladamente (Celeste, 2021, p. 80-81). No ambiente digital, tanto o Estado quanto as corporações podem violar direitos fundamentais. O constitucionalismo digital precisa, portanto, libertar-se da lógica estadocêntrica e alcançar ambas as categorias de poder.

As respostas normativas concretas organizam-se em três dimensões. A dimensão nacional clássica abrange constituições, legislação ordinária com valor constitucional e decisões de cortes supremas. A dimensão transnacional estadocêntrica envolve tratados, regulamentos e decisões de cortes internacionais. E a dimensão não estadocêntrica — a mais inovadora — inclui as cartas de direitos da internet, as decisões de mecanismos de resolução de disputas de organizações

como a ICANN e as próprias regras internas das corporações (Celeste, 2021, p. 82-85).

Esse terceiro grupo merece destaque especial. Os termos de serviço das grandes plataformas e suas políticas de moderação de conteúdo funcionam na prática como regulação — e afetam bilhões de pessoas. Celeste denomina esse fenômeno "constitucionalização compensatória": normas que emergem fora do Estado para compensar as lacunas deixadas pelas estruturas tradicionais (Celeste, 2021, p. 87).

DEMOCRACIAS DEFEITUOSAS: CARACTERÍSTICAS, DÉFICITS E VULNERABILIDADES DIGITAIS

Gargarella (2019, p. 153) define as democracias defeituosas como sistemas políticos baseados em eleições periódicas, mas gravemente comprometidos por uma história secular de desigualdade. A expressão não é pejorativa — é descritiva. Ela captura um conjunto específico de disfunções que se manifestam, com variações, em grande parte da América Latina e de outras regiões.

A primeira e mais fundamental dessas disfunções é a desigualdade. A América Latina é a região mais desigual do mundo, e essa desigualdade não é apenas econômica — ela produz opressão política e exclusão social que os cidadãos percebem como fundamentalmente injustas (Gargarella, 2019, p. 153).

A segunda é o que Gargarella (2021, p. 153-154) chama de "dissonância democrática": a tensão entre as altas expectativas da cidadania e as limitadas oportunidades reais de participação. O sistema representativo latino-americano privilegiou controles internos em detrimento de controles populares externos, gerando uma estrutura marcada pela hipertrofia de práticas contramajoritárias[1].

A terceira é a concentração de poder no Executivo — o chamado hiper-presidencialismo. Ele corrói o sistema de freios e contrapesos e cria as condições para que estados de exceção virem instrumento rotineiro de governo, com graves consequências para os direitos civis (Gargarella, 2019, p. 154).

O quarto traço é o descompasso entre a generosidade das declarações constitucionais de direitos sociais e a incapacidade das estruturas de poder de implementá-los. Gargarella (2019, p .154) chama isso de "o problema da sala de máquinas": as constituições latino-americanas são progressistas na fachada, mas a engenharia interna do poder permanece antiquada e concentrada.

Completam o quadro o perfeccionismo moral — a tentação das autoridades de impor valores conservadores na esfera privada dos cidadãos (Gargarella, 2019, p. 154)— e os altos níveis de violência política e social, produto direto da exclusão e da pobreza extrema (Gargarella, 2019, p. 157).

1 A expressão "hipertrofia de práticas e acordos contramajoritários" é de Unger R. What should legal analysis become? New York: Verso; 1996. p. 72. (Apud ref. 7, p. 154.)

No ambiente digital, essas disfunções criam uma dupla vulnerabilidade. As minorias já marginalizadas politicamente são também as mais expostas ao poder regulatório unilateral das plataformas digitais — e as que menos têm recursos para contestá-lo. Ao mesmo tempo, a inércia legislativa crônica deixa sem regulação adequada os temas mais sensíveis do ambiente digital, pressionando o Judiciário a suprir essa lacuna.

Tavares e Herani (n.d., p. 30-31) descrevem bem essa dinâmica no contexto brasileiro. O legislador renuncia à sua posição de fonte autônoma das regras de controle, deixando o STF preencher os vazios — seja pela inércia calculada, seja pela chancela subserviente das orientações jurisprudenciais, seja pela transferência deliberada de temas polêmicos ao Judiciário. É o que os autores chamam de "transferência estratégica": o Congresso transfere o ônus político, o STF assume a decisão, e ninguém responde democraticamente por isso.

JUDICIALIZAÇÃO DA MEGAPOLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E SEUS LIMITES

A combinação de inércia legislativa e pressão social por regulação digital produz, nas democracias defeituosas, o que Gargarella (2019, p.153) — seguindo Ran Hirschl — chama de "judicialização da megapolítica ou da política pura"[2]. As cortes constitucionais passam a decidir questões claramente políticas: legitimidade de regimes, identidades coletivas, direitos que dividem comunidades inteiras.

Esse processo raramente é inocente. Gargarella (2019, p. 155) identifica nele uma transferência conveniente promovida pelos próprios atores políticos, que preferem que as cortes arquem com o ônus de decisões divisivas. No Brasil, Tavares e Herani (n.d., p. 30) documentam essa lógica em assuntos como a criminalização da homofobia, o casamento homoafetivo, a descriminalização do uso de drogas e a demarcação de terras indígenas — todos "despejados" no STF por uma classe política que não teve coragem política de decidir.

A regulação das plataformas digitais segue o mesmo padrão. Limites à moderação de conteúdo, responsabilidade civil das redes sociais e proteção de dados em contextos de vigilância massiva são temas que os parlamentos, especialmente nas democracias defeituosas, têm sistematicamente evitado enfrentar.

Diante disso, a tentação das cortes de avançar é compreensível. Mas precisa ser resistida com rigor. Aragón Reyes (2007, p. 15) é preciso ao definir o que deve ser criticado: não as decisões com impacto político — estas são inevitáveis —, mas o ativismo que consiste na "lassidão interpretativa dos textos jurídicos e na suplantação das competências de outros poderes do Estado" .

O autor identifica duas formas principais de ativismo problemático. A primeira é fazer a Constituição ou a lei dizer o contrário do que dizem, transformando a interpretação em modificação disfarçada (Aragón, 2019, p. 15-16). A segunda é

2 A expressão "judicialização da megapolítica" é atribuída por Gargarella a Ran Hirschl.

a das "sentenças estruturais"[3]: decisões que formulam programas detalhados de políticas públicas e obrigam os Poderes Executivo e Legislativo a executá-los (Aragón, 2019, p. 16-17). Embora a experiência colombiana mostre que essas sentenças têm um apelo real em situações de omissão grave, elas carregam o risco de desnaturalizar a função jurisdicional, que existe para controlar os outros poderes — não para substituí-los.

O critério de Aragón Reyes (2019, p. 17) para distinguir o legítimo do ilegítimo é claro: os tribunais podem determinar "as medidas apropriadas para a conservação" de um direito, mas não podem "impor um programa detalhado de regulação geral" desse direito. Quanto mais concreta e detalhada a determinação judicial, menor tende a ser sua eficácia — e maior o risco de usurpação.

A legitimidade dos tribunais constitucionais repousa, exclusivamente, na qualidade jurídica de sua argumentação (Aragón, 2019, p. 23). Uma decisão que o cidadão comum não entende, que a comunidade jurídica não consegue criticar e que não se sustenta nos textos e princípios do direito é, na prática, um ato de vontade política — independentemente de quantas páginas tenha o acórdão.

A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL MULTINÍVEL NO AMBIENTE DIGITAL

Nenhuma corte nacional, por mais ativa que seja, pode sozinha conter o poder de corporações que operam em escala global e que podem, a qualquer momento, migrar servidores, alterar termos de serviço ou simplesmente escolher a jurisdição mais conveniente. A questão não é apenas de vontade judicial — é de arquitetura institucional.

Aragón Reyes (2019, p.14) aponta que as transformações decorrentes da globalização e da supraestatalização não suprimem a justiça constitucional, mas obrigam-na a operar em âmbitos mais extensos e complexos. Emerge daí uma "justiça constitucional multinível", que exige cooperação leal e diálogo contínuo entre órgãos internos e instâncias internacionais ou supranacionais (Aragón, 2019, p. 31). Longe de enfraquecer as cortes nacionais, essa globalização pode reforçá-las — desde que ela se sustente em uma comunidade de valores e regras que enriqueça a função que cada jurisdição desempenha (Aragón, 2019, p. 31).

Celeste complementa essa visão ao descrever o processo de constitucionalização do ambiente digital como intrinsecamente multinível. As três dimensões que ele identifica — nacional clássica, transnacional estadocêntrica e não estadocêntrica — não operam em paralelo isoladas; elas se sobrepõem, dialogam e às vezes entram em tensão (Aragón, 2019, p. 82-84).

Em democracias defeituosas, onde o acesso dos cidadãos a fóruns internacionais é frequentemente bloqueado por barreiras econômicas e institucionais, o peso das cortes nacionais nesse sistema multinível é desproporcional. Elas são,

3 Para o uso da terminologia "sentenças estruturais", o autor remete a Rodríguez Garavito C, Rodríguez Franco D. (Apud ref. 5, p. 16.)

muitas vezes, a única instância real de controle disponível para quem tem seus direitos digitais violados por uma corporação transnacional.

Isso não amplia a competência das cortes para além do que a Constituição autoriza — amplia, sim, a responsabilidade com que devem exercer o que a Constituição já lhes conferiu. O diálogo entre as jurisdições, nacional e supranacional, não é opcional: é uma necessidade estrutural do constitucionalismo na era digital.

O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL COMO RESPOSTA: RECONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA NA ERA DIGITAL

Como conciliar a necessidade de controle do poder corporativo transnacional com os limites que uma jurisdição constitucional legítima deve observar? A resposta mais convincente encontra-se no modelo do diálogo constitucional, desenvolvido por Gargarella (2019) especificamente para contextos de democracia defeituosa.

O "diálogo constitucional" é definido pelo autor como uma conversação aberta e contínua entre os diferentes ramos do governo e o povo, com o objetivo de interpretar a Constituição (Gargarella, 2019, p. 153). Seu pressuposto normativo é a democracia deliberativa — a ideia habermasiana[4] de que as decisões públicas legítimas resultam de uma discussão aberta entre todos os potencialmente afetados (Gargarella, 2019, p. 153).

O que torna os juízes relevantes nessa conversação é sua posição institucional única. Eles são obrigados a ouvir quem se sente maltratado pelo processo decisório majoritário e a dar uma resposta fundamentada em razões públicas (Gargarella, 2019, p. 155). Essa posição os torna interlocutores privilegiados de quem está excluído da arena democrática — e é precisamente aí que reside o valor da jurisdição constitucional nas democracias defeituosas.

Gargarella (2019) organiza a agenda dialógica em quatro eixos. O primeiro é a reconstrução democrática: as cortes não devem apenas preservar o sistema democrático existente, mas atuar para reparar as partes que já não funcionam (Gargarella, 2019, p. 156-157). No ambiente digital, isso pode significar exigir que grupos afetados sejam consultados quando decisões corporativas relevantes atingem seus interesses, ou convocar audiências públicas para garantir que os setores mais vulneráveis participem da definição dos marcos regulatórios digitais.

O segundo eixo é a salvaguarda das condições deliberativas. Os tribunais devem garantir que os processos de decisão — tanto legislativos quanto corporativos — não sejam capturados por grupos de interesse (Gargarella, 2019, p. 158). A experiência da Corte Constitucional colombiana, que anulou decisões legislativas aprovadas sem debate deliberativo suficiente, é um modelo relevante (Gargarella, 2019, p. 158-159). Transposto ao ambiente digital, isso significa que as cortes podem exigir que políticas corporativas de uso de dados e moderação de conteúdo sejam construídas de modo transparente e fundamentado.

4 A referência habermasiana remete a Habermas J. Between facts and norms. Cambridge: The MIT Press; 1998. (Apud ref. 7, p. 153.)

O terceiro eixo é a inclusão das vozes silenciadas. As cortes devem garantir que os grupos historicamente marginalizados tenham voz nos processos decisórios que os afetam (Gargarella, 2019, p. 159-160). No ambiente digital, isso se traduz em exigir que as plataformas demonstrem como suas políticas afetam diferentemente os grupos mais vulneráveis — e que esses grupos tenham canais reais de contestação.

O quarto eixo é a proteção dos direitos sociais como condições materiais da democracia. Não se pode falar em democracia deliberativa quando vastos setores da população não têm acesso às plataformas em que os debates públicos ocorrem (Gargarella, 2019, p. 162). A exclusão digital é uma forma de exclusão política — e as cortes têm responsabilidade de nomeá-la como tal.

Esses quatro eixos têm uma implicação prática clara para a regulação das plataformas: as cortes não devem elaborar programas detalhados de regulação tecnológica. Isso seria ativismo. Mas podem e devem exigir processos abertos, transparentes e inclusivos. A diferença entre as duas posições é a diferença entre substituir o legislador e forçar o legislador a fazer seu trabalho.

Essa perspectiva dialógica conecta-se, de modo natural, com a proposta de Tavares e Herani (1, p. 46) de um Código de Processo Constitucional concebido como "diálogo dos diálogos" — construído democraticamente pela mobilização de todos os atores do sistema político, com o propósito de reduzir o hiato entre os objetivos da Constituição e a realidade social. No ambiente digital, esse diálogo precisa incluir os usuários das plataformas, especialmente os mais vulneráveis à regulação corporativa unilateral.

Vale sublinhar o papel que Celeste (2021, p. 87) atribui ao fenômeno da "constitucionalização compensatória": normas que emergem fora do Estado para compensar as lacunas das estruturas tradicionais. As cartas de direitos da internet e os termos de serviço das plataformas não substituem a constitucionalização estadocêntrica — elas a completam. E as cortes nacionais, em diálogo com instâncias internacionais e supranacionais, têm o papel de garantir que esses novos instrumentos sirvam à democracia, e não apenas ao poder corporativo.

Outro ponto importante é que a literatura aponta que os tribunais e as instituições, em especial as privadas, não devem atuar isoladamente; o diálogo institucional combina padrões processuais, instrumentos normativos e interação com a sociedade para enfrentar desafios digitais. Esse diálogo pode ser operacionalizado mediante critérios de participação, prerrogativas de proteção e interação normativa entre níveis.

Para Suteu (2015, p. 251), há a necessidade de estabelecer padrões de participação, mediante requisitos de meaningful participation e critérios deliberativos para validar inputs digitais nas decisões constitucionais e legislativas. Chaparro e Gerhard (2025) enfatizam a importância das ações judiciais serem dialogantes, fazerem uso de decisões jurisprudenciais que reconheçam a eficácia horizontal de direitos fundamentais no ambiente digital e que provoquem resposta legislativa e regulatória com o propósito de salvaguardar esses direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ambiente digital transformou a gramática do poder. Ele investiu corporações transnacionais de uma capacidade regulatória que nenhuma constituição moderna havia previsto e que nenhum sistema de controle tradicional estava preparado para conter. Ao mesmo tempo, deixou as democracias defeituosas — onde o Estado já era fraco e o Legislativo já era omisso — ainda mais vulneráveis.

Quatro conclusões emergem do percurso traçado por este estudo. A primeira é que o direito processual constitucional nunca é politicamente neutro. Suas normas refletem e condicionam relações de poder. Ignorar essa dimensão é deixar que ela opere às escuras.

A segunda é que o constitucionalismo digital — como ideologia orientada à proteção de direitos fundamentais e ao equilíbrio de poderes no ambiente digital — exige uma jurisdição constitucional capaz de alcançar tanto o Estado quanto as corporações. O poder privado transnacional não está fora do alcance do constitucionalismo; está fora do alcance de um constitucionalismo que ainda pensa exclusivamente em termos estadocêntricos.

A terceira é que o ativismo judicial — entendido como lassidão interpretativa e suplantação de competências legislativas — corrói a única coisa que sustenta a legitimidade dos tribunais constitucionais: a qualidade jurídica de suas decisões. Cortes que legislam não ganham autoridade democrática; perdem-na.

A quarta e central conclusão é que o modelo adequado é a jurisdição constitucional dialógica. As cortes não devem recuar diante do poder corporativo, nem avançar a ponto de substituir o legislador. Devem usar sua posição institucional para forçar que os processos decisórios — estatais e corporativos — sejam abertos, fundamentados e inclusivos.

O algoritmo pode ser mais rápido que a lei. Mas não pode ser mais legítimo que a Constituição. E é precisamente essa afirmação — feita com rigor jurídico e abertura democrática — a missão da justiça constitucional na era digital (Aragón, 2019, p. 30-31).

REFERÊNCIAS

ARAGÓN Reyes M. **El futuro de la justicia constitucional.** Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. 2019; 23(1):11-41. doi:10.18042/cepc/aijc. 23.01.

CELESTE E. **Constitucionalismo digital: mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital.** Santarém PRS, trad.; Azevedo G, rev. Direitos Fundamentais & Justiça. 2021;15(45):63-91.

CHAPARRO JVN, GERHARD DC. O poder e algoritmo: o constitucionalismo digital na era das big techs. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação.** 2025. doi:10.51891/rease.v11i12.23417.

GARGARELLA R. La revisión judicial en democracias defectuosas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. 2019;9(2):153-69. doi:10.5102/rbpp.v9i2.6220.

HÄBERLE P. El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. 2004;(1):15-44.

MARINONI LGB. **Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor.** Suprema. 2022;2(1). doi:10.53798/suprema.2022.v2.n1.a147.

REYES Astudillo C.I. Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.** 2007;(8):41-87. (Apud ref. 1, p. 13.)

SILVA BO, SILVA FGDCE. Decisões manipulativas e dialógicas no controle de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Direito Processual.** 2022;30(119):1-19. doi:10.52028/rbdpro.v30i119.220602al.

SILVEIRA FILHO ES. O constitucionalismo como método e as garantias processuais como metodologia. **Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal.** 2025;6(3). doi:10.64760/rdpdf.v6i3.251.

SUTEU S. **Convenções constitucionais na era digital: lições da Islândia e da Irlanda.** Boston College International and Comparative Law Review. 2015;38(2):251.

TAVARES AR, HERANI RG. **Direito processual constitucional: como técnica e como poder.** In: Tavares AR, Gama MFL, orgs. Um código de processo constitucional para o Brasil. p. 3-48.

Capítulo 31

Novos Rumos do Direito Sucessório: A Retirada do Cônjuge do Rol de Herdeiros Necessários no Projeto de Lei nº 4/2025

New Directions in Succession Law: Removing the Spouse from the List of Necessary Heirs in Bill No. 4/2025

Veridiana Toczeki Santos
Pietra Rosa Zuchi

Resumo: O Projeto de Lei nº 4/2025 propõe uma das mais significativas alterações do Direito das Sucessões brasileiro desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002: a retirada do cônjuge e do convivente do rol dos herdeiros necessários. A proposta modifica a estrutura da legítima, altera a ordem de vocação hereditária e introduz mecanismos compensatórios voltados à proteção do sobrevivente. O presente estudo analisa os fundamentos históricos, dogmáticos e práticos da reforma, examinando os argumentos favoráveis e contrários à mudança, suas repercussões para o planejamento sucessório e os desafios constitucionais relacionados à proteção da família e à autonomia privada.

Palavras-chave: direito das sucessões; herdeiro necessário; cônjuge; projeto de lei nº 4/2025; legítima; planejamento sucessório.

Abstract: Bill No. 4/2025 proposes one of the most significant changes to Brazilian succession law since the 2002 Civil Code came into force: the removal of the spouse and the domestic partner from the list of forced heirs. The proposal modifies the structure of the forced share, alters the order of succession, and introduces compensatory mechanisms aimed at protecting the surviving partner. This study analyzes the historical, doctrinal, and practical foundations of the reform, examining arguments for and against the change, its repercussions for estate planning, and the constitutional challenges regarding family protection and private autonomy.

Keywords: succession law; forced heir; spouse; Bill No. 4/2025; forced share; estate planning

INTRODUÇÃO

A reforma do Código Civil proposta pelo Projeto de Lei nº 4/2025 reacendeu um debate clássico do Direito das Sucessões: qual deve ser o grau de proteção sucessória conferido ao cônjuge sobrevivente? O sistema instituído pelo Código Civil de 2002 elevou o cônjuge à condição de herdeiro necessário, assegurando-lhe participação obrigatória na legítima e concorrência sucessória com descendentes e ascendentes em diversas hipóteses. A proposta de reforma, contudo, rompe com essa lógica ao limitar a categoria dos herdeiros necessários aos descendentes e ascendentes.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.31

O objetivo do presente trabalho é aprofundar a análise sobre o tema, examinando a evolução histórica da posição sucessória do cônjuge, os fundamentos da legítima, o conteúdo específico do PL nº 4/2025 e os impactos práticos da reforma.

CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Para a compreensão da reforma, é imperativo delimitar o conceito de herdeiro necessário. Sob a égide do sistema atual, os herdeiros necessários são aqueles que detêm o direito à legítima, correspondente a 50% do patrimônio do falecido, parcela que não pode ser livremente afastada por disposição de última vontade. Trata-se de limitação legal à autonomia testamentária, destinada a assegurar proteção mínima aos familiares mais próximos do de cujus. Essa reserva patrimonial possui fundamento histórico na ideia de solidariedade familiar e na presunção de que determinadas relações merecem tutela especial, independentemente da vontade do autor da herança.

A concorrência sucessória, por sua vez, refere-se à participação do cônjuge ou companheiro na herança juntamente com os descendentes ou ascendentes. Na sistemática atualmente vigente, o cônjuge sobrevivente pode concorrer com os filhos ou com os pais do falecido, a depender do regime de bens adotado e das características do patrimônio deixado. A introdução dessa concorrência pelo Código Civil de 2002 representou significativa inovação em relação ao sistema anterior, que atribuía ao cônjuge posição sucessória mais restrita. A finalidade da alteração foi justamente reforçar a proteção patrimonial do sobrevivente, reconhecendo a relevância econômica e afetiva do vínculo conjugal.

Ainda é importante distinguir, com clareza, meação de herança. A meação é um direito próprio do cônjuge, decorrente do regime de bens adotado pelo casal, que se concretiza com a dissolução da sociedade conjugal, seja em razão do divórcio, seja em decorrência da morte. A herança, por sua vez, decorre da vocação hereditária e corresponde ao patrimônio transmitido aos sucessores após a apuração da meação eventualmente existente. A reforma proposta pelo PL n. 4/2025 não atinge a meação, que permanece resguardada conforme o regime de bens pactuado e, inclusive, é ampliada, como se verá adiante. Assim, na comunhão parcial, por exemplo, o sobrevivente mantém seu direito à metade dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento, independentemente de sua exclusão da qualidade de herdeiro necessário.

A distinção entre meação e herança revela-se particularmente relevante para a compreensão dos efeitos práticos da reforma. Não raras vezes, os institutos são confundidos, o que conduz à equivocada conclusão de que a retirada do cônjuge do rol dos herdeiros necessários implicaria sua completa exclusão patrimonial após a morte do consorte. Na realidade, a meação continua sendo assegurada de forma autônoma, de modo que o patrimônio comum formado durante o casamento permanece protegido. A discussão proposta pelo PL n. 4/2025 concentra-se, essencialmente, na participação do cônjuge no patrimônio hereditário, especialmente nos bens particulares deixados pelo falecido.

Além disso, a própria noção de herdeiro necessário vem sendo objeto de crescente debate. Parte dos estudiosos sustenta que a ampliação da autonomia privada e as profundas transformações ocorridas nas estruturas familiares contemporâneas justificariam uma redução das limitações impostas ao direito de testar. Nesse contexto, argumenta-se que a manutenção do cônjuge no rol dos herdeiros necessários refletiria uma concepção patrimonial e familiar construída em realidade social diversa da atual, marcada por famílias recompostas, maior independência econômica entre os consortes e crescente valorização da liberdade individual. Em sentido oposto, há quem sustente que a permanência do cônjuge nessa categoria continua sendo instrumento essencial de proteção contra situações de vulnerabilidade econômica, especialmente em relações de longa duração nas quais um dos cônjuges tenha contribuído de forma não remunerada para a formação do patrimônio familiar.

Dessa forma, a compreensão dos conceitos de legítima, concorrência sucessória e meação constitui pressuposto indispensável para a análise crítica da reforma proposta. É precisamente a partir da redefinição desses institutos que o PL n. 4/2025 promove uma alteração paradigmática no sistema sucessório brasileiro, deslocando o eixo da proteção patrimonial do cônjuge da esfera sucessória para mecanismos de natureza patrimonial e assistencial, cuja suficiência e efetividade ainda são objeto de intenso debate.

A MUDANÇA PROPOSTA E A ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

A alteração central reside na nova redação do art. 1.845 do PL n. 4/2025, que dispõe: “São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.” Ao suprimir o cônjuge deste dispositivo, o legislador retira-lhe a garantia da legítima. Complementarmente, o art. 1.829 reestrutura a ordem de vocação hereditária, colocando o cônjuge ou convivente na terceira classe, após descendentes e ascendentes. O cônjuge passa a ser um herdeiro facultativo, assemelhando-se aos colaterais, porém com prioridade na ordem de vocação.

Na ausência de testamento, a ordem de vocação hereditária proposta mantém o cônjuge em posição privilegiada, mas altera a concorrência. Se o falecido deixar descendentes ou ascendentes, o cônjuge não mais concorrerá com eles na herança. A lógica é que o cônjuge já é protegido pelo regime de bens (meação) e por novos mecanismos assistenciais. Caso não existam descendentes ou ascendentes, o cônjuge continua sendo o herdeiro universal na sucessão legítima, mas ele poderá ser totalmente excluído caso o autor da herança deixe um testamento destinando seus bens a terceiros ou o exclua expressamente.

A justificativa para a mudança de paradigma, segundo Flávio Tartuce, relator-geral da Comissão de Juristas para atualização do Código Civil, decorre das críticas dirigidas ao modelo instituído pelo Código Civil de 2002, especialmente quanto à concorrência sucessória entre cônjuges e descendentes ou ascendentes.

Argumenta-se que, em determinadas situações, o sistema vigente permite que o cônjuge sobrevivente participe da sucessão de bens que foram construídos por gerações anteriores da família do falecido, como imóveis herdados, participações societárias familiares ou patrimônio recebido por doação, ainda que não tenha contribuído diretamente para sua formação. Sob essa perspectiva, a reforma buscaria prestigiar a autonomia privada e a preservação do patrimônio na linha familiar originária.

A proposta também está relacionada às profundas transformações verificadas nas estruturas familiares contemporâneas. A concorrência sucessória introduzida pelo Código Civil de 2002 foi concebida em um contexto social diverso do atual, marcado por relações conjugais mais duradouras, menor autonomia econômica dos cônjuges e reduzida complexidade patrimonial. Atualmente, entretanto, multiplicam-se as famílias recompostas, os segundos e terceiros casamentos, os relacionamentos de menor duração e os arranjos patrimoniais mais sofisticados, circunstâncias que levaram parte da doutrina a questionar a adequação do modelo sucessório vigente às novas realidades sociais.

Nesse contexto, um dos principais objetivos da reforma consiste em eliminar a concorrência sucessória entre cônjuge e descendentes, considerada pela Comissão de Juristas uma das fontes mais recorrentes de conflitos familiares e litígios sucessórios. A própria justificativa do anteprojeto menciona a existência de forte rejeição social à atual sistemática, especialmente nos casos envolvendo o regime da separação convencional de bens, em que os cônjuges manifestaram expressamente a intenção de manter autonomia patrimonial durante a vida, mas ainda assim podem ser chamados a concorrer na herança após a morte. A reforma procura harmonizar a disciplina sucessória com a escolha patrimonial realizada pelos próprios consortes durante o casamento.

Outro aspecto relevante é que a alteração não elimina completamente a proteção sucessória do cônjuge, mas modifica sua natureza jurídica. Atualmente, essa proteção decorre de um direito sucessório indisponível, garantido pela condição de herdeiro necessário. Com a reforma, a tutela do sobrevivente passa a depender da vontade do autor da herança ou da incidência de mecanismos legais específicos, como o usufruto judicial, o direito real de habitação e as regras ampliadas de meação. Há, portanto, uma mudança de eixo: abandona-se um sistema baseado na reserva hereditária obrigatória em favor de um modelo que privilegia a liberdade e autonomia na disposição patrimonial.

Não obstante os fundamentos apresentados pela Comissão de Juristas, a proposta tem despertado intenso debate entre os operadores do direito. Seus defensores sustentam que a alteração corrige distorções históricas e prestigia a autonomia privada, permitindo que o titular do patrimônio determine livremente seu destino após a morte. Por outro lado, seus críticos alertam que a exclusão do cônjuge do rol dos herdeiros necessários pode fragilizar a proteção patrimonial do sobrevivente, sobretudo em uniões de longa duração nas quais um dos consortes tenha contribuído para a construção da riqueza familiar por meio de trabalho doméstico, cuidado dos filhos ou apoio indireto à atividade profissional do falecido.

AS CONTRAPARTIDAS: USUFRUTO JUDICIAL, DIREITO DE HABITAÇÃO E AMPLIAÇÃO DA MEAÇÃO

Como forma de mitigar o risco de desamparo decorrente da retirada do cônjuge do rol de herdeiros necessários, o PL n. 4/2025 estrutura um conjunto de contrapartidas de natureza sucessória e patrimonial, que buscam deslocar a proteção do campo da legítima para mecanismos mais funcionais e condicionados. Nesse sentido, observa-se a transição de um modelo de proteção automática para um sistema de proteção dependente de verificação concreta de necessidade, especialmente em situações de vulnerabilidade econômica do sobrevivente.

No que se refere ao direito real de habitação, o Art. 1.831 mantém sua previsão em favor do cônjuge ou convivente sobrevivente, assegurando-lhe a permanência no imóvel destinado à residência da família, desde que este seja o único bem a inventariar. Contudo, a redação proposta introduz uma limitação relevante ao seu exercício, ao prever a cessação do direito quando o titular possuir renda suficiente para sua própria moradia ou quando constituir nova entidade familiar. Essa condicionante altera substancialmente a natureza tradicionalmente estável do instituto, que passa a ter caráter mais transitório e condicionado, aproximando-se de uma tutela assistencial sujeita à reavaliação de circunstâncias pessoais.

A inovação mais significativa do projeto, entretanto, reside no Art. 1.850, § 1º, ao dispor sobre o usufruto judicial. Este mecanismo confere ao magistrado a possibilidade de constituir usufruto sobre determinados bens do espólio, com a finalidade de assegurar a subsistência do cônjuge ou convivente sobrevivente que demonstre insuficiência de recursos. Essa técnica legislativa representa uma ampliação da discricionariedade judicial na conformação da proteção sucessória, deslocando parte relevante da segurança jurídica do regime legal para a análise casuística do juiz, o que pode gerar maior flexibilidade, mas também maior imprevisibilidade decisória.

Sob a perspectiva prática, o usufruto judicial apresenta desafios relevantes, especialmente no que tange à prova da hipossuficiência econômica. O ônus probatório recai integralmente sobre o sobrevivente, que deverá expor detalhadamente sua condição financeira em juízo, o que pode representar um fator de constrangimento e de exposição excessiva da vida privada. Além disso, a previsão do §2º do mesmo artigo, ao estabelecer a extinção do usufruto — assim como do direito de habitação — em caso de constituição de nova família ou superação da condição de insuficiência de recursos, cria uma situação de vigilância jurídica prolongada sobre a vida pessoal do beneficiário, potencialmente incentivando conflitos contínuos com os herdeiros proprietários e aumentando o grau de litigiosidade no âmbito sucessório.

Por fim, a reforma busca compensar a retirada do cônjuge do status de herdeiro necessário por meio de uma reconfiguração da meação e do regime de bens. No regime de comunhão parcial, amplia-se o conceito de patrimônio comum, incluindo verbas trabalhistas, FGTS e valorização de participação societária, o que representa um aumento relevante da base partilhável. Já no regime de separação

total, introduz-se a possibilidade de reconhecimento de direito à partilha em razão de contribuição financeira direta, bem como de compensação pelo trabalho doméstico e de cuidado. Essas alterações indicam uma tentativa de deslocar a proteção do direito sucessório clássico para uma lógica de compensação patrimonial fundada na contribuição efetiva durante a vida em comum, aproximando o sistema de uma racionalidade mais econômica e menos formalista da sucessão.

REFLEXÃO CRÍTICA: AUTONOMIA PRIVADA VS. VULNERABILIDADE

O PL n. 4/2025 evidencia a mudança de paradigma ao fortalecer a autonomia privada no âmbito sucessório. Ao retirar o cônjuge do rol de herdeiros necessários, a proposta amplia a liberdade do titular do patrimônio para decidir sobre a destinação de seus bens após a morte, privilegiando a manifestação de vontade individual em detrimento das limitações impostas pela legítima. Parte-se da premissa de que a proteção patrimonial do cônjuge não depende exclusivamente da herança, uma vez que outros mecanismos, como a meação e as compensações econômicas previstas pela reforma, permanecem disponíveis.

A alteração, contudo, não está livre de controvérsias. Diversos juristas apontam que a exclusão do cônjuge da condição de herdeiro necessário pode gerar situações de vulnerabilidade, especialmente em casamentos ou uniões de longa duração nos quais não houve formação significativa de patrimônio comum ou em que o regime de bens limita os direitos patrimoniais do sobrevivente. Nesses casos, a inexistência de disposição voluntária por parte do falecido poderá resultar em significativa redução da proteção econômica do parceiro sobrevivente.

Nesse contexto, a proposta desloca o foco da proteção legal automática para a responsabilidade individual e para o planejamento patrimonial. A segurança econômica do cônjuge sobrevivente deixa de ser garantida prioritariamente pela lei e passa a depender, em maior medida, das escolhas realizadas pelo titular do patrimônio ainda em vida. A mudança exige maior conscientização sobre os efeitos jurídicos e patrimoniais das relações familiares.

Como consequência, o planejamento sucessório assume papel central no novo modelo. Instrumentos como testamentos, legados, seguros de vida e previdência privada passam a ser ferramentas fundamentais para assegurar a proteção do parceiro sobrevivente, especialmente quando houver intenção de lhe destinar parcela do patrimônio após a morte.

Conclui-se, portanto, que o equilíbrio entre a ampliação da liberdade de testar e a proteção da família dependerá cada vez mais da atuação preventiva dos próprios indivíduos. A reforma prestigia a autonomia privada, mas também impõe aos cidadãos o dever de planejar sua sucessão de forma consciente, evitando que a liberdade de disposição patrimonial resulte em situações de desamparo para aqueles que compartilharam a vida em comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A retirada do cônjuge do rol dos herdeiros necessários constitui uma das alterações mais profundas propostas para o sistema sucessório brasileiro. O debate não se resume à distribuição patrimonial, mas envolve escolhas legislativas sobre família, autonomia individual, solidariedade e proteção dos vulneráveis. Independentemente da posição adotada, a proposta evidencia a crescente importância do planejamento sucessório como instrumento de concretização da vontade e de proteção familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 jun. de 2026.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 15 jun. de 2026.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4/2025 (Reforma do Código Civil).** Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9889356&disposition=inline. Acesso em 15 jun. de 2026.

TARTUCE, Flávio. **A reforma do Código Civil e a sucessão legítima.** Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessões/414057/a-reforma-do-código-civil-e-a-sucessão-legítima. Acesso em 15 jun. de 2026.

Capítulo 32

Uso da Internet por Crianças e Adolescentes: Responsabilidade dos Pais ou Responsáveis Legais Sob a Ótica da Tutela Jurídica a Partir da Lei Geral de Proteção de Dados

Uso da Internet por Crianças e Adolescentes: Responsabilidade dos Pais ou Responsáveis Legais Sob a Ótica da Tutela Jurídica a Partir da Lei Geral de Proteção de Dados

Andressa Carolyne Vasconcelos Braga
Larissa Braga Lima

Resumo: O objetivo deste estudo é discutir a responsabilidade dos pais ou responsáveis legais (sejam estes os tutores, guardiões responsáveis judiciais e/ou afins que estejam desempenhando esta função) sob a ótica da tutela jurídica à luz da literatura e das legislações. Os procedimentos metodológicos utilizados na construção deste estudo classificam a pesquisa como qualitativa, com objetivos exploratórios, construída mediante uma revisão bibliográfica e documental, a qual foi amparada pelo suporte de artigos científicos, livros, doutrinas e legislações vigentes. Os resultados indicam que a compreensão da tutela a partir da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD é uma oportunidade para que o Poder Público possa identificar as lacunas bem como todas as circunstâncias que ainda existem e norteiam os textos jurídicos, fomentando assim, desta forma, uma maior segurança para crianças e adolescentes na internet em relação a proteção de dados, bem como também, cabe aos pais ou responsáveis legais assegurar os direitos das crianças e adolescentes e, em casos da violação desses direitos, podem ser punidos pela à luz da legislação. Conclui-se então que a internet é um espaço que pode ser utilizado por diferentes finalidades, mas pessoas más intencionadas podem aplicar crimes contra incapazes, expondo a urgência para discutir a proteção dos seus direitos sob o viés jurídico, ou seja, sobre a letra da lei, onde o Direito Civil em suas mais vastas ramificações abrange meios legais e eficientes e os assegura, logo os dá um amparo jurídico vindo a surgir uma proteção legal com dado amparo jurídico.

Palavras-chave: internet; tecnologia; tutela jurídica; lei geral de proteção de dados; responsabilidade civil.

Abstract: This study aims to discuss the responsibility of parents or legal guardians (including tutors, custodians, court-appointed guardians, and others performing this role) from the perspective of legal guardianship in light of the literature and current legislation. The methodological procedures adopted characterize the research as qualitative and exploratory, based on a bibliographic and documentary review supported by scientific articles, books, legal doctrines, and existing laws. The findings indicate that understanding guardianship from the perspective of the Brazilian General Data Protection Law (LGPD) provides an opportunity for public authorities to identify existing gaps and circumstances that still shape legal texts, thereby promoting greater protection and security for children and adolescents on the Internet regarding personal data protection. Furthermore, parents or legal guardians are responsible for ensuring the rights of children and adolescents, and violations of these rights may result in legal sanctions. It is concluded that the Internet is a space that can be used for various

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.32

purposes; however, malicious individuals may commit crimes against minors, highlighting the urgency of discussing the protection of their rights from a legal perspective. Civil Law, through its various branches, provides effective legal mechanisms that ensure and safeguard these rights, thereby establishing a framework of legal protection.

Keywords: internet; technology; legal guardianship; General Data Protection Law; civil liability.

INTRODUÇÃO

De forma indubitável, a tecnologia acarretou transformações significativas nas relações sociais, bem como também interferiu no próprio convívio social, sobretudo na área da comunicação, mas ao mesmo tempo trouxe consigo litígios jurídicos e sociais, ou seja, controvérsias jurídicas e sociais, associados ao tratamento dos dados que são coletados no ambiente virtual (Yandra; Silva; Santos, 2020). Um recorte do público que é afetado pelo tratamento, que é composto por crianças e adolescentes, é considerado nativo digital, pois cresceu nesse espaço virtual; assim, sugere-se um reforço para a proteção de dados sensíveis, como, por exemplo, a exposição da origem racial, convicções políticas e informações sobre a saúde que podem ser utilizados por cibercriminosos (Botelho, 2020; Sarlet; Ruaro, 2021).

Ao analisar a referida seara, faz-se necessária a compreensão da forma com que o ordenamento jurídico lida com essa lide, ou seja, com este conflito, pois esse público demanda proteção, mesmo que inconscientemente, já que é incapaz perante a lei. Dito isso, há um aspecto relevante que se destaca: a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, aprovada a partir da Lei n. 13.709 (Brasil, 2018).

Onde a doutrina nos expõe que consiste na orientação de normas que visam o tratamento de dados pessoais, seja no espaço físico ou virtual, logo quando os incapazes, crianças e adolescentes estão expostos aos perigos é necessário estabelecer incumbências para os pais ou responsáveis legais, como a tutela jurídica, uma vez que é dever destes garantir total proteção dos incapazes, inclusive no espaço virtual e tão grandioso como é o caso da internet, do cenário virtual.

A tutela jurídica da criança ou adolescente integra as atividades nos meios virtuais, logo, o seu descumprimento pode ser caracterizado como negligência e os responsáveis poderão responder criminalmente (Faria, 2023). Por outro lado, é relevante destacar que a forma como os dados serão tratados deve ser clara e acessível para aqueles que são responsáveis pela tutela jurídica desse grupo, como consta na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Yandra; Silva; Santos, 2020).

Dito isso, é relevante enfatizar que a criança e o adolescente encontram-se em uma posição de vulnerabilidade natural em virtude do seu desenvolvimento físico e intelectual, logo, estes não apresentam condições para a compreensão das consequências relativas ao tratamento dos dados na internet, por isso, é primordial a orientação fornecida pela LGPD (Botelho, 2020), diferentemente daqueles que detêm a tutela para zelar pelos direitos fundamentais, como determina a Constituição Federal (Faria, 2023).

Observa-se, desse modo, que a proteção abrange não só medidas de segurança tecnológica, como também a efetividade do poder público, evidenciando uma reflexão da tutela para que ocorra esse cenário.

Diante disso, questiona-se: qual a responsabilidade da tutela jurídica na proteção dos dados de crianças e adolescentes na internet? O objetivo do estudo é discutir a responsabilidade dos pais ou responsáveis legais sob a ótica da tutela jurídica à luz da literatura.

A justificativa para investigar a temática supracitada constitui-se por ser atual e urgente em função do crescimento de crimes cometidos contra crianças e adolescentes na internet, aflorando a necessidade de intervenção jurídica e a discussão para entender as obrigações dos pais ou responsáveis legais. Portanto, a nossa pesquisa auxilia na elucidação de como essa temática pode ser útil tanto para a sociedade civil como para a academia.

METODOLOGIA

A natureza é do tipo qualitativa. No estudo qualitativo, segundo Ferrer e Dias (2023), o pesquisador não se preocupa com a aferição dos resultados, mas com a compreensão, afastando-se da natureza quantitativa. Em relação aos objetivos, são do tipo exploratório, definidos por Lakatos e Marconi (2017) como uma investigação que possibilita elevar a familiaridade do autor com o tema, auxiliando no aprofundamento do objeto de estudo.

Para a construção da pesquisa, foi adotado como procedimento uma pesquisa bibliográfica e documental a partir da coleta de artigos, livros e legislações. O estudo possui uma estrutura que visa tratar da responsabilidade dos pais ou responsáveis legais quanto ao uso da internet por crianças e adolescentes, com o cerne da tutela jurídica após a promulgação da LGPD.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

O ser humano, por natureza, é um ser social, logo é comum buscar relações que apresentem interações similares entre indivíduos, independentemente da idade. Essas relações no atual momento podem ser encontradas na internet, que permite a comunicação de forma instantânea entre sujeitos, não havendo limites geográficos para essas situações. Contudo, é necessário destacar que há usuários mal-intencionados que utilizam a aptidão de conhecimentos tecnológicos para, a partir da ingenuidade e imaturidade do incapaz, cometer crimes (Faria, 2023).

Imaginar a dimensão da internet e prever quais os tipos de usuários estão do outro lado da tela é uma tarefa complexa, pois demanda diversas variáveis, como, por exemplo, os recursos ofertados pela rede mundial de computadores. Nessa seara, podem ser apontadas as redes sociais que são recursos que ofertam conteúdo multimídia através da interação dinâmica entre usuários com perfis, como

Instagram, Facebook e Whatsapp (Maciel; Edler, 2022). A construção de perfis serve para humanizar as relações, embora as informações possam não ser verídicas, contribuindo para a construção de um ambiente incerto.

Além das interações entre indivíduos, é relevante mencionar que as redes sociais podem ser utilizadas com fins comerciais. Faria (2023) comenta que as plataformas se beneficiam dos inúmeros recursos, como a postagem de produtos no feed, a possibilidade de divulgar serviços nos stories que expiram no prazo superior a 24 horas, a promoção de marcas através do engajamento de influencers.

Na prática, os usuários que acessam as redes sociais, que estão inseridas na internet, recebem um alto volume de informações capazes de interferir em diversas áreas, como social, econômica e psicológica, e, para algumas faixas etárias, vem sendo discutida a responsabilidade dos pais ou tutores legais, bem como a atuação de uma legislação que vise proteger os incapazes (Maciel; Edler, 2022). Por outro lado, enfatizamos que a internet não se limita às redes sociais.

Acerca da proteção dos menores, há diversos textos jurídicos que já abordaram esse assunto. A Convenção sobre os direitos das Crianças, elaborada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), é datada de 1989 e é concebida como um dos primeiros instrumentos jurídicos a fornecer diretrizes para a tutela de crianças e adolescentes, cabendo a essa responsabilidade a família e o Estado (Maciel; Edler, 2022). No final dos anos 90, a internet era pouco popular e, apesar do texto da ONU não estabelecer menções à proteção dos incapazes na rede mundial de computadores, define a importância da tutela.

Ao prosseguir, no território brasileiro, promulgada a partir da Lei n. 12.965 (Brasil, 2014), o Marco Civil definiu princípios, garantias e deveres em relação ao uso da internet por crianças e adolescentes mediante o art. 29 ao mencionar:

> O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 — Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 2014).

O texto anterior faz menção ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990, uma importante conquista brasileira destinada à proteção, assim como estipulou um mecanismo no qual o usuário poderá ativar o controle parental de modo a impedir que determinado conteúdo, que possa ser classificado como impróprio, seja acessado por filhos menores de idade.

Ressalta-se que, apesar do Marco Civil ser uma norma legal com orientações quanto ao uso da internet e que posteriormente serviu de inspiração para outras legislações, como a própria LGPD, inovou ao aludir à atuação do ECA no presente momento em que a rede mundial de computadores está presente no nosso cotidiano, emergindo a necessidade de proteção desse público.

Ao adentrar a temática de tutela jurídica, a nossa pesquisa segue outros caminhos similares, pois evoca as responsabilidades dos pais ou responsáveis legais que merecem ser discutidas, com foco na internet.

A família é um importante elemento da sociedade que serve de apoio para o desenvolvimento da criança e do adolescente, mas ocorre que, em função das atividades laborais que devem ser cumpridas pelos pais, é comum que essa atenção, que deveria ter sido fornecida de forma adequada, possa prejudicar a parentalidade (Rodrigues; Santana, 2022).

Partindo dessa premissa, a internet se torna um refúgio para que os menores possam acessar. Todavia, "os riscos e oportunidades relacionados com o envolvimento dos menores no ambiente digital mudam a depender de sua idade e estágio de desenvolvimento" (Teffé, 2021, p. 344).

Em síntese, ao mesmo tempo que esse público é exposto a informações veiculadas pela internet, está propenso a consequências que podem ser difíceis de serem revertidas.

Para ampliar o pensamento de Teffé (2021), encontramos em outros estudos a ampliação dessas consequências direcionadas à tutela, que é o objeto do nosso estudo. Rodrigues e Santana (2022) afirmam que a legislação brasileira é clara ao estabelecer que os pais possuem a responsabilidade de não abandonar o menor e correm o risco de sofrerem sanções civis, administrativas e penais.

Portanto, cria-se uma analogia com a internet, pois o menor, abandonado digitalmente, ficará suscetível a perigos, obrigando a aplicação da legislação aos responsáveis.

O Código Civil - CC (Brasil, 2002) em seu art. 186 define que, na omissão voluntária, na negligência ou na imprudência, ao ser praticada, o indivíduo comete um ato ilícito. Ao transpor essa matéria para o nosso objeto de estudo, infere-se que o abandono digital configura-se como um ato que prejudica a criança ou adolescente, enfatizando a violação dos direitos fundamentais pelos responsáveis, bem como o art. 932 (Brasil, 2002), inciso I, que aborda a reparação civil aos pais ou tutores, seja sob sua responsabilidade ou de sua companhia.

Portanto, é primordial elencar quais são as responsabilidades dos pais ou tutores. Para Lima e Viana (2024), cabe aos responsáveis o ato de vigiar de forma ativa e educar, pois assim fornece uma maior proteção a esse público, como também esclarecer aos jovens os perigos do ambiente virtual. Esses atos, baseados em prevenção, podem ser um recurso valioso, já que não atribuem às legislações, como o ECA e a LGPD, o dever de cuidar e amparar.

Os autores também apontam a responsabilidade dos provedores de serviços de internet e das plataformas sociais contra crimes cibernéticos, assim, as políticas de segurança reforçam a proteção daqueles que acessam a internet, entre elas, as crianças. Não obstante, entendemos nesse estudo a urgência de um sistema justo e efetivo que proteja as vítimas.

Dito isso, o ordenamento jurídico preza por um conjunto de ações que devam ser cumpridas na internet, como a coleta e o tratamento dos dados dos usuários sob a responsabilidade dos pais ou responsáveis legais. Teffé (2021) alerta que "mostra-se fundamental definir critérios e garantias que ampliem a tutela oferecida a dados sensíveis e a tratamentos que revelem informações sensíveis de menores".

A tutela jurídica no âmbito virtual possibilita que sejam aplicados instrumentos legais que fornecerão autonomia para que os usuários possam escolher a forma mais adequada para controlar os seus dados pessoais. Com a LGPD, a legislação trouxe regras com uma maior clareza quanto ao processo de coleta, armazenamento, bem como também o compartilhamento de informações, e aqueles que de algum modo violam os direitos da personalidade podem ser punidos (Soares; Santos; Jesus, 2021).

É válido mencionar que quem detém a tutela deve assegurar que os dados pessoais de crianças e adolescentes não sejam violados diante do crescimento das tecnologias da informação e da comunicação.

Para compreender melhor a atuação da LGPD, recorremos ao pensamento da autora Pinheiro (2021, p. 336) que diz:

> A regulamentação trouxe a exigência de uma nova figura, o Data Protection Officer (DPO), que atua como porta-voz da organização junto aos clientes e à autoridade fiscalizadora. Pode ser uma pessoa física ou jurídica, interna ou terceirizada, mas, por centralizar as informações, precisa reunir conhecimentos híbridos sobre gestão de dados, cibersegurança e Direito Digital.

Constata-se, portanto, uma maior proteção do ambiente virtual acessado pela criança ou adolescente com a implementação da LGPD, já que esse conjunto de medidas gera um maior rigor para a gestão de dados. Contudo, não exime os pais ou tutores da responsabilidade na internet. A autora conclui a sua fala ao apontar que a privacidade de dados é uma preocupação em inúmeros países e que essa realidade está aumentando, criando condições para que os operadores do Direito possam atuar na área digital.

Em síntese, as novas relações sociais e de comunicação têm se expandido cada vez mais na era digital, na internet, no ambiente virtual, penetraram na internet e hoje tornaram-se uma plataforma acessível e é acessada por crianças e adolescentes – que, apesar de incapazes, são expostos aos perigos do ambiente virtual, enquanto pais ou responsáveis legais enfrentam o desafio e recorrem a meios que possam fornecer proteção e assegurar os seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, a internet representa uma tecnologia revolucionária que transformou profundamente as relações sociais e consequentemente, apresenta desafios cada vez mais expressivos que demanda do Direito, especialmente ao tocante que diz respeito a adoção de medidas para proteger os direitos das crianças e adolescentes, visto que estão cada vez mais inseridos no ambiente virtual, necessita uma proteção especial ao que diz respeito a proteção de seus dados, principalmente considerando o nicho de faixa etária, visto que estes não tem capacidade plena de compreender as complexas implicações do tratamento de seus dados pessoais na rede, com

base no tratamento de dados que ocorre no espaço virtual, pois esse público não é capaz de compreender as consequências.

Assim, cabe aos pais ou responsáveis legais o dever de proteger e assegurar os direitos destes. Logo, o objetivo foi discutir a responsabilidade dos pais ou responsáveis legais sob a ótica da tutela jurídica à luz da literatura.

Os resultados revelam que a compreensão da tutela a partir da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD é uma oportunidade para que o Poder Público possa identificar as lacunas e todos os vieses que ainda existem nos textos jurídicos, sejam estes na legislação, nas doutrinas e afins, fomentando, assim, uma maior segurança para crianças e adolescentes na internet em relação à proteção de dados. O papel da tutela jurídica com o advento da LGPD propicia fornecer medidas atuais, urgentes e necessárias como forma de garantir, assistir e assegurar a proteção contra cibercriminosos.

O estudo também demonstrou que a responsabilidade está atribuída a diversos atores nessa relação jurídica. Os pais ou responsáveis legais são incumbidos de assegurar os direitos das crianças e adolescentes e, em caso de violação desses direitos, podem ser punidos pela legislação; por outro lado, o surgimento de textos jurídicos como o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA e a própria Lei Geral de Proteção de Dados –LGPD sugere o reconhecimento daqueles que precisam ser amparados.

Para futuras pesquisas, é sugerido um estudo quantitativo para identificar os custos que os provedores dos serviços de internet possuem para aprimorar as políticas de segurança após o vigor da LGPD que beneficiam os pais ou responsáveis legais de crianças e adolescentes no controle de dados, bem como também explanar meios para que o Judiciário consiga assistir melhor todas as lacunas pré-existentes que os pais ou responsáveis legais possuam afim de aperfeiçoarem e garantirem o seu pleno entendimento a respeito da referida Lei.

REFERÊNCIAS

BOTELHO, M. C. A. A LGPD e a proteção ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas– Unifafibe,** v. 8, n. 2, p.18, 2020. Disponível em: https://apphotspot.com.br/wp- content/uploads/elementor/forms/Botelho,Marcos-C%C3%A9sar-A-LGPD-e-prote%C3%A7%C3%A3o-dados-crian%C3%A7as-e-adolescentes-artigo.pdf. Acesso em: 03 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasil: Brasília, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 dez. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasil: Brasília, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 04 dez. 2024.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).** Brasil: Brasília, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2018/Lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 03 dez. 2024.

FARIA, J. G. F. O. O cuidado virtual no uso da internet por crianças e adolescentes: uma nova perspectiva de dever parental. **Ciências Sociais Aplicadas em Revista**,v. 26, n. 46, p. 52-68, 2023. DOI: https://doi.org/10.48075/csar.v26i46.30142.

FERRER, W. M. H.; DIAS, J. A. **Manual prático de metodologia da pesquisa científica: noções básicas**. Marília: Unimar, 2023. Disponível em: https://oficial.unimar.br/wp-content/uploads/2024/01/MANUAL-PRATICO-DE-METODOLOGIA-DA-PESQUISA-CIENTIFICA.-NOCOES-BASICAS.pdf. Acesso em: 03 dez. 2024.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Metodologia científica.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LIMA, J. M.; VIANA, J. R. Crimes cibernéticos: aumento de crimes virtuais contra crianças e adolescentes pós-pandemia no Brasil. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação,** v. 10, n. 5, p. 2051–2067, 2024. DOI: 10.51891/rease.v10i5.13976.

MACIEL, F. M. S.; EDLER, G. O. B. Redes sociais: o direito de acesso da criança e do adolescente e a necessidade de sua regulamentação específica. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação,** v. 8, n. 5, p. 2240–2257, 2022. DOI: 10.51891/rease.v8i5.5650.

PINHEIRO, P. P. **Direito Digital.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RODRIGUES, C. T.; SANTANA, V. C. P. Abandono digital de crianças e adolescentes e a responsabilidade parental. **Revista de Direito,** v. 14, n. 2, p. 1-26, 2022.

SARLET, G. B. S.; RUARO, R. L. A proteção de dados sensíveis no sistema normativo brasileiro sob o enfoque da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)–L. 13.709/2018. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia,** v. 26, n. 2, p. 81-106, 2021. DOI: https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v26i22172.

SOARES, E. A. G.; SANTOS, P. O. S.; JESUS, T. S. M. LGPD e a Proteção de Dados pessoais das crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro: o dilema da coleta de dados e a obrigatoriedade do consentimento dos pais. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 8, p. 76759–76774, 2021. DOI: 10.34117/bjdv7n8-072.

TEFFÉ, C. S. **Dados sensíveis de crianças e adolescentes: aplicação do melhor interesse e tutela integral.** Privacidade e proteção de dados de crianças e adolescentes. In: LATERÇA, P. *et al.* Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro; Obliq, 2021. E-book.

YANDRA, B. F. F.; SILVA, A. C. A.; SANTOS, J. G. **Lei Geral de Proteção de Dados e a tutela dos dados pessoais de crianças e adolescentes: a**

efetividade do consentimento dos pais ou responsáveis legais. Internet e Sociedade, v. 1, n. 1, p. 230-249, 2020. Disponível em: https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/02/Lei-Geral-De-Protec%CC%A7a%CC%83o-De-Dados.pdf.Acesso em: 02 dez. 2024.

Capítulo 33

Os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal no Século XXI: A Necessidade de Reestruturação das Vagas de Ministros pelo Pluralismo na Composição de Carreiras Essenciais à Justiça e a Fixação de Mandatos como Pilares de Modernização

The Superior Courts and the Brazilian Federal Supreme Court in the 21st Century: The Need to Restructure the Justices' Seats Through Pluralism in the Composition of Careers Essential to Justice and the Establishment of Fixed Terms as Pillars of Modernization

José Marconi Moreira Filho

Advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Estado do Amazonas - OAB/AM sob o nº 9.552. Mestrando em direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília/SP (UNIVEM).

Flaide Flaviane Galvão Ferreira

Advogada, inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional do Estado do Amazonas - OAB/AM sob o nº 19.806.

Denison Melo de Aguiar

Pós-Doutor UniSalento (Itália-2024), doutor em Direito. Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD/UFMG). Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA/UEA). Advogado. Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Lattes: http://lattes.cnpq.br/9956374214863816 . Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5903-4203

Resumo: O presente estudo examina criticamente o modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores à luz do princípio da oxigenação institucional, do Quinto Constitucional (art. 94 da CF/1988) e do debate contemporâneo sobre a substituição da vitaliciedade por mandatos fixos. A pesquisa, de natureza qualitativa e fundamentada em revisão bibliográfica, doutrinária e em análise de direito comparado, contrasta o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal com aquele adotado por Cortes Constitucionais da Alemanha, de Portugal, da França, da Espanha e dos Estados Unidos da América. Discute-se ainda a representatividade de gênero e de raça na Suprema Corte, bem como a politização das nomeações e o denominado pacto silencioso entre os Poderes. Conclui-se que a convergência entre o Quinto Constitucional e a fixação de mandatos não renováveis representa medida de modernização capaz de fortalecer a legitimidade democrática da jurisdição constitucional brasileira.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; quinto constitucional; mandatos fixos; reforma do Judiciário; representatividade.

Abstract: This study critically examines the Brazilian model for the composition of the Federal Supreme Court and the Superior Courts in light of the principle of institutional oxygenation, the Constitutional Fifth (Article 94 of the 1988 Federal Constitution), and the contemporary debate on replacing life tenure with fixed terms. The research, qualitative in nature and grounded in bibliographic and doctrinal review and comparative law analysis, contrasts the institutional

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.33

design of the Brazilian Supreme Court with that adopted by the Constitutional Courts of Germany, Portugal, France, Spain and the United States of America. It also addresses gender and racial representativeness on the Supreme Court, as well as the politicization of appointments and the so-called silent pact among the branches of government. It concludes that the convergence between the Constitutional Fifth and the establishment of non-renewable fixed terms constitutes a modernization measure capable of strengthening the democratic legitimacy of Brazilian constitutional jurisdiction.

Keywords: federal supreme court; constitutional fifth; fixed terms; judicial reform; representativeness.

INTRODUÇÃO

No Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 70 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, exigindo-se aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, na forma do artigo 84, inciso XIV, e do parágrafo único do artigo 101 da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Trata-se de um modelo de composição fortemente marcado pela discricionariedade política da indicação presidencial e pela vitaliciedade mitigada, uma vez que os Ministros permanecem no cargo até a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade. Essa estrutura, embora historicamente associada à garantia de independência judicial, tem sido objeto de crescente questionamento no constitucionalismo contemporâneo, sobretudo diante da centralidade assumida pelo Supremo Tribunal Federal na definição de temas sensíveis da vida política, social e institucional brasileira (Brasil, 1988).

Ocorre que a Suprema Corte brasileira permanece como exceção dentro da própria arquitetura do Poder Judiciário nacional, pois não se submete a uma lógica de composição plural por classes ou carreiras jurídicas. Enquanto diversos tribunais brasileiros adotam mecanismos de oxigenação institucional, como o Quinto Constitucional previsto no artigo 94 da Constituição Federal (Brasil, 1988), o Supremo Tribunal Federal mantém um sistema aberto de escolha, no qual inexiste reserva de vagas para magistrados de carreira, membros do Ministério Público ou representantes da advocacia. Essa ausência de simetria institucional reforça o debate sobre a necessidade de reorganização do modelo de composição da Corte, especialmente para torná-la mais plural, representativa e coerente com os compromissos democráticos assumidos pela Constituição de 1988 (Brasil, 1988).

Nesse contexto, o objeto do presente estudo consiste na análise crítica do modelo brasileiro de composição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, delimitando-se o estudo à necessidade de reestruturação das vagas de Ministros a partir de dois eixos centrais: a ampliação do pluralismo institucional, por meio da incorporação da lógica do Quinto Constitucional, e a substituição da vitaliciedade por mandatos fixos e não renováveis. O estudo também examina a representatividade de gênero e de raça na Suprema Corte, a politização das nomeações, o papel do Senado Federal no processo de aprovação dos indicados

e os efeitos democráticos decorrentes da excessiva concentração de poder interpretativo em uma composição pouco renovável e socialmente pouco diversa.

A justificativa científica do estudo encontra fundamento na necessidade de aprofundar o debate acadêmico sobre a modernização das Cortes Constitucionais no século XXI. Embora a doutrina nacional já discuta separadamente temas como vitaliciedade, mandatos fixos, escolha presidencial e representatividade judicial, ainda se mostra relevante articular essas dimensões em uma análise integrada, capaz de relacionar estrutura institucional, legitimidade democrática, pluralismo jurídico e confiança pública no sistema de justiça. A pesquisa, portanto, busca contribuir para o desenvolvimento de reflexão crítica sobre os limites do atual desenho constitucional brasileiro e sobre as possibilidades de sua reformulação à luz de experiências estrangeiras e de demandas sociais contemporâneas.

A justificativa institucional revela-se igualmente evidente, pois o Supremo Tribunal Federal ocupa posição de vértice no sistema constitucional brasileiro, exercendo não apenas a função de guarda da Constituição, mas também papel decisivo na mediação de conflitos entre os Poderes, na definição de políticas públicas e na proteção de direitos fundamentais. Dessa forma, a composição da Corte não pode ser compreendida como tema meramente interno ou administrativo, mas como elemento diretamente relacionado à qualidade da jurisdição constitucional e à estabilidade do Estado Democrático de Direito. Uma Corte Constitucional mais plural, periodicamente renovada e socialmente representativa tende a fortalecer sua autoridade simbólica e sua legitimidade perante a sociedade.

Sob o ponto de vista social, a pesquisa justifica-se pela constatação de que a forma de composição dos tribunais superiores impacta diretamente a maneira como o Direito é interpretado e aplicado. A reduzida presença de mulheres e pessoas negras no Supremo Tribunal Federal evidencia a permanência de barreiras históricas, institucionais e culturais no acesso aos espaços mais elevados de poder jurídico. Por essa razão, discutir a composição da Corte não significa apenas tratar de técnica constitucional, mas enfrentar o problema da democratização do Judiciário, da representatividade institucional e da necessidade de que a Suprema Corte dialogue, de forma mais concreta, com a pluralidade social brasileira.

Diante desse cenário, formula-se o seguinte problema de pesquisa: o atual modelo de composição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores brasileiros, baseado na livre indicação presidencial e na vitaliciedade mitigada, mostra-se compatível com os princípios democráticos de pluralidade, representatividade, oxigenação institucional e renovação periódica exigidos pelo constitucionalismo contemporâneo?

Parte-se da hipótese de que o modelo atualmente adotado no Brasil contribui para a concentração de poder interpretativo, para a politização das nomeações e para a baixa renovação institucional das Cortes Superiores, comprometendo parcialmente sua legitimidade democrática. Em contraposição, sustenta-se que a adoção de mecanismos de pluralismo judicial, mediante participação mais equilibrada da magistratura, da advocacia e do Ministério Público na composição do Supremo Tribunal Federal, aliada à instituição de mandatos fixos e não renováveis,

constitui medida apta a fortalecer a legitimidade constitucional, promover maior oxigenação institucional e aproximar o sistema brasileiro das melhores experiências democráticas contemporâneas.

O objetivo geral do estudo consiste em analisar criticamente o modelo de composição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores brasileiros, examinando a viabilidade democrática e institucional da adoção do pluralismo judicial e dos mandatos fixos como instrumentos de modernização da jurisdição constitucional. Como objetivos específicos, busca-se examinar o princípio da oxigenação institucional pelo Quinto Constitucional; analisar a tendência internacional de substituição da vitaliciedade por mandatos temporários; compreender a geometria da composição judicial brasileira em comparação com modelos estrangeiros; investigar os impactos da ausência de representatividade racial e de gênero na Suprema Corte; e discutir os efeitos da politização das nomeações e da relação entre os Poderes na legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal.

Para alcançar tais objetivos, a pesquisa adota metodologia qualitativa, de natureza exploratória, bibliográfica e documental, utilizando o método dedutivo. Parte-se da análise dos princípios constitucionais, da doutrina especializada e das propostas de reforma em tramitação no Congresso Nacional, especialmente aquelas voltadas à limitação temporal dos mandatos de ministros, para compreender criticamente o modelo brasileiro. Também se recorre ao Direito Comparado, mediante exame dos modelos adotados por Cortes Constitucionais da Alemanha, Portugal, França, Espanha e Estados Unidos da América, com o objetivo de identificar tendências institucionais relativas à duração dos mandatos, renovação das Cortes e pluralidade de composição. A análise desenvolve-se sob uma perspectiva crítico-hermenêutica, buscando demonstrar de que modo a reestruturação das vagas e a fixação de mandatos podem contribuir para uma jurisdição constitucional mais democrática, plural e compatível com as transformações sociais do século XXI.

PRINCÍPIO DA OXIGENAÇÃO INSTITUCIONAL PELO QUINTO CONSTITUCIONAL

A aplicação do Quinto Constitucional, prevista no artigo 94 da Constituição Federal (Brasil, 1988), ao Supremo Tribunal Federal eliminaria o isolamento da Corte, garantindo a distribuição de suas vagas, além de juízes de carreira, também a membros do Ministério Público e da Advocacia. Com isso, o Tribunal deixaria de ser um corpo estranho à simetria que já rege os Tribunais Estaduais e Regionais e os Tribunais Superiores, como o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (Trilhante, s.d.).

A finalidade do dispositivo do artigo 94 é dúplice: visa, em primeiro lugar, arejar o Poder Judiciário em suas instâncias superiores com profissionais que já atuaram em áreas distintas da magistratura e que, por isso, possuam visão calcada em outra formação e em outros princípios; e, em segundo lugar, fortalecer a legitimidade democrática da Corte, ao incorporar diferentes sensibilidades profissionais (Anamatra, 2005).

A experiência brasileira demonstra que a pluralidade de origens profissionais enriquece a hermenêutica constitucional, trazendo a visão prática da defesa e da fiscalização da lei para o centro do debate jurisdicional, o que se revela elemento central para a qualidade decisória da Corte.

O FIM DA VITALICIEDADE: UMA TENDÊNCIA DAS DEMOCRACIAS MADURAS

O modelo brasileiro atual, que permite a um Ministro permanecer na Corte Suprema e nos Tribunais Superiores por décadas, até a aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos, gera petrificação da jurisprudência e o que se pode denominar loteria biológica na sucessão das cadeiras. Para corrigir essa distorção, propõe-se a instituição de mandatos fixos e não renováveis, modelo discutido no Brasil por meio das PECs nº 16/2019 e nº 51/2023 (Senado Federal, 2024).

Ao se observar o Direito Comparado, percebe-se que a vitaliciedade é, hoje, mais uma exceção do que regra nas cortes constitucionais de maior prestígio.

O Paradoxo Estadunidense (EUA)

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte adota a vitaliciedade (life tenure). Esse modelo, contudo, tem sido alvo de críticas severas por parte da doutrina contemporânea, especialmente em razão da politização extrema das indicações e do fato de que juízes podem permanecer trinta ou quarenta anos no cargo, produzindo um tribunal que demora a refletir as mudanças sociais da nação (Consinter, 2022).

Cerca de dois terços dos cidadãos estadiunidense são contrários ao mandato vitalício na Suprema Corte, e diversos juristas defendem a adoção de mandatos fixos de dezoito anos, a fim de equilibrar as nomeações entre as diferentes presidências (Consinter, 2022). No Brasil, replicar o modelo estadunidense de vida toda, sem os freios e contrapesos próprios da cultura jurídica norte-americana, tem-se mostrado fator de risco à alternância de poder interpretativo e estímulo a interpretações fortemente partidárias.

O Modelo Europeu: Eficiência e Renovação

A Europa Ocidental oferece os melhores parâmetros para a reforma brasileira. A lógica europeia prioriza a independência do magistrado por meio de mandatos longos, porém finitos. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) opera com mandato improrrogável de doze anos, ou até a idade limite de sessenta e oito anos, sendo expressamente vedada a recondução (Migalhas, 2025; Federal Constitutional Court, 2024). Em Portugal, o Tribunal Constitucional possui juízes com mandato de nove anos, também não renováveis (Tribunal Constitucional de Portugal, 2023). Na França, o Conselho Constitucional adota mandato de nove anos, vedada a recondução. Na Espanha, o Tribunal Constitucional, igualmente, fixa mandato de nove anos, com proibição de recondução.

O mandato vitalício dos Ministros dos Tribunais Superiores e da Suprema Corte assegura que o exercício da função se dê com independência, pois inexiste expectativa de recondução. Ao mesmo tempo, contudo, não garante a renovação periódica das teses jurídicas, podendo perpetuar a hegemonia de um único pensamento por gerações.

Síntese da Reforma: Legitimidade e Temporalidade

A convergência entre o Quinto Constitucional e o mandato de oito a doze anos transformaria os Tribunais Superiores e o Supremo Tribunal Federal em uma instituição mais responsiva e menos personalista, alcançando três objetivos centrais:

a) pluralidade: a estrutura do pluralismo na composição judicial, materializada no Quinto Constitucional, traz para a Corte o pensamento das carreiras essenciais à justiça;

b) oxigenação: a fixação de mandatos para os Ministros impede a perpetuação de um único grupo de influência, vinculado ao período político de sua indicação;

c) segurança jurídica: mandatos escalonados garantem que a jurisprudência evolua de forma gradual, e não por rupturas biológicas súbitas.

A GEOMETRIA DA COMPOSIÇÃO JUDICIAL NO BRASIL: DO QUINTO CONSTITUCIONAL À EXCEPCIONALIDADE DO STF

Para melhor compreender a necessidade de reforma proposta, imperativo analisar como o constituinte de 1988 (Brasil, 1988) desenhou a pluralidade nas diversas instâncias do Poder Judiciário. A estrutura de composição não é uniforme, alternando entre critérios de antiguidade e merecimento, próprios da magistratura de carreira, e o ingresso de membros externos por meio das classes da Advocacia e do Ministério Público (Amaral Júnior, 2019).

Tribunais de Justiça (TJs) e Tribunais Regionais (TRFs e TRTs)

Nesses órgãos de segunda instância, a oxigenação institucional é garantida pelo Quinto Constitucional. Conforme o artigo 94 da Constituição Federal (Brasil, 1988), vinte por cento das vagas são destinadas a membros do Ministério Público e a advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de exercício profissional. As demais vagas, equivalentes a oitenta por cento, são preenchidas por juízes de carreira, alternando-se os critérios de antiguidade e merecimento (Brasil, 1988).

Superior Tribunal de Justiça (STJ): o Tribunal da Cidadania

O Superior Tribunal de Justiça adota a lógica do Terço Constitucional, sendo composto por, no mínimo, trinta e três Ministros, distribuídos da seguinte forma: um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais; um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça; e um terço, em partes iguais, dentre

advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal, alternadamente (Brasil, 1988).

Tribunais Superiores Especializados (TST, TSE e STM)

A especialização dessas Cortes reflete-se em composições híbridas. O Tribunal Superior do Trabalho (TST), composto por vinte e sete ministros, segue a regra do Quinto Constitucional, destinando um quinto das vagas a advogados e a membros do Ministério Público do Trabalho, enquanto as demais pertencem a magistrados de carreira da Justiça do Trabalho.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) possui composição rotativa e sui generis, com sete membros: três Ministros do STF, dois Ministros do STJ e dois advogados nomeados pelo Presidente da República a partir de lista tríplice elaborada pelo STF.

Já o Superior Tribunal Militar (STM), composto por quinze ministros vitalícios, é o tribunal com maior presença leiga e militar: três oficiais-generais da Marinha, quatro do Exército, três da Aeronáutica e cinco civis, dos quais três advogados, um juiz da Justiça Militar e um membro do Ministério Público Militar.

Supremo Tribunal Federal (STF): o Déficit de Simetria Institucional

Diferentemente dos demais tribunais, o STF não possui reserva de vagas para as carreiras essenciais à Justiça (Advocacia e Ministério Público) ou para a magistratura de carreira. Seus onze Ministros são escolhidos livremente pelo Presidente da República, desde que atendidos os requisitos de idade entre trinta e cinco e setenta anos, notável saber jurídico e reputação ilibada, sob aprovação do Senado Federal (Legale Educacional, 2025).

Como destacado, o Supremo Tribunal Federal permanece como a única Corte que não se submete ao princípio da oxigenação por classes, permitindo indicação puramente discricionária e politicamente orientada, o que reforça a urgência de alinhar sua estrutura ao pluralismo que já rege os demais Tribunais (Gonçalves; Rockemback, 2024).

A REPRESENTATIVIDADE COMO IMPERATIVO DEMOCRÁTICO: IGUALDADE DE GÊNERO E RACIAL NO STF

A discussão em torno da composição do Supremo Tribunal Federal deve ser compreendida para além de uma perspectiva estritamente técnico-jurídica. A legitimidade de uma Corte Constitucional, em um Estado Democrático de Direito, também se relaciona com sua capacidade de refletir, ainda que de modo não proporcional, a pluralidade social que subjaz à ordem constitucional (Gomes, 2016).

Nesse cenário, o debate sobre a representatividade racial no STF adquire especial relevância, sobretudo em um país cuja formação histórica foi profundamente

marcada pela escravidão, pelo racismo estrutural e pela sistemática exclusão da população negra dos espaços institucionais de poder (Freitas, 2023).

A passagem do Ministro Joaquim Barbosa pela Corte, entre 2003 e 2014, constitui marco incontornável. Além de ter sido o primeiro homem negro a presidir o Supremo sob a égide da Constituição de 1988, sua presença rompeu, ao menos simbolicamente, com uma tradição institucional de homogeneidade racial nas instâncias mais elevadas do Judiciário brasileiro (Memorial da Democracia, s.d.). Mais do que uma conquista individual, sua nomeação representou a visibilização de uma demanda histórica por inclusão racial nos centros decisórios do Estado.

Embora a historiografia jurídica por vezes mencione nomes como Hermenegildo de Barros e Pedro Lessa, no início do século XX, como referências possíveis nesse percurso, é necessário reconhecer que os parâmetros de identificação racial, autodeclaração e percepção social então vigentes eram substancialmente distintos dos marcos contemporâneos, o que recomenda cautela hermenêutica na análise retrospectiva dessas trajetórias.

Por essa razão, Joaquim Barbosa permanece como o principal referencial contemporâneo da representatividade racial no STF. Ainda assim, a excepcionalidade de sua presença evidencia, por contraste, a persistência de um padrão institucional excludente.

A reduzida inserção de pessoas negras na composição da Suprema Corte demonstra que a democratização do Poder Judiciário brasileiro segue incompleta e que a universalidade proclamada pelo discurso jurídico nem sempre se traduz em abertura efetiva à diversidade racial da sociedade. Nessa perspectiva, a ampliação da presença de pessoas negras no STF não deve ser compreendida como medida meramente simbólica ou identitária, mas como exigência vinculada à própria densidade democrática da jurisdição constitucional, à pluralização dos horizontes interpretativos e ao fortalecimento da confiança pública nas instituições (Oliveira, 2023).

Em outras palavras, a representatividade racial, longe de comprometer a excelência da Corte, contribui para a construção de uma justiça constitucional mais sensível às desigualdades históricas e mais coerente com os fundamentos republicanos e igualitários da Constituição.

A QUEBRA DE PARADIGMAS E O LEGADO HISTÓRICO

A história do Supremo Tribunal Federal também pode ser lida a partir das ausências que marcaram sua composição ao longo do tempo, especialmente no que diz respeito à presença feminina. Durante grande parte de sua trajetória institucional, a Corte foi formada exclusivamente por homens, o que revela não apenas uma tradição jurídica masculina, mas também a permanência de estruturas de poder que, por décadas, dificultaram o acesso das mulheres aos espaços mais elevados de decisão no Estado brasileiro.

Nesse contexto, o ingresso de Ellen Gracie no STF representou inflexão histórica de enorme relevância. Sua nomeação não significou apenas o preenchimento de uma vaga por uma mulher, mas a quebra de um paradigma institucional profundamente enraizado, segundo o qual os lugares de maior autoridade jurídica e política seriam naturalmente reservados aos homens (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2024).

Ao tornar-se a primeira mulher a integrar e, posteriormente, a presidir a Suprema Corte, Ellen Gracie inaugurou precedente que ultrapassou sua biografia pessoal e passou a simbolizar a possibilidade concreta de inserção feminina em uma esfera historicamente fechada à diversidade de gênero.

Contudo, a importância desse marco não deve obscurecer o fato de que ele permaneceu, por muito tempo, como exceção em vez de representar o início de uma transformação estrutural. A posterior nomeação de Cármen Lúcia e Rosa Weber certamente reforçou o avanço institucional da presença feminina no Supremo, mas também evidenciou o quão lento e descontínuo tem sido esse processo.

Cada uma dessas ministras, a seu modo, contribuiu para consolidar a imagem da mulher como sujeito plenamente apto ao exercício da jurisdição constitucional em seu mais alto nível, afastando qualquer leitura implícita de que a presença feminina seria meramente simbólica ou secundária.

Suas trajetórias demonstraram elevada densidade técnica, independência funcional, capacidade de liderança e protagonismo em momentos decisivos da vida institucional do Tribunal, desmontando, na prática, preconceitos historicamente associados à exclusão das mulheres dos centros de poder jurídico. Ainda assim, o dado de que apenas três mulheres ocuparam assento no STF em toda a sua história permanece eloquente e revela que a inclusão feminina, embora relevante, ainda não se converteu em traço ordinário da composição da Corte (Freitas, 2023).

É justamente aí que o debate sobre representatividade de gênero ganha maior profundidade. A questão não se limita a reconhecer que mulheres já chegaram ao Supremo, mas exige indagar por que sua presença continua sendo tão rarefeita em uma instituição que deveria espelhar, ao menos em alguma medida, os compromissos constitucionais com igualdade, pluralismo e não discriminação.

A sub-representação feminina no STF não decorre da ausência de mulheres qualificadas no campo jurídico brasileiro, mas de barreiras históricas, institucionais e culturais que continuam operando, ainda que de maneira mais sutil do que no passado.

Trata-se de obstáculos relacionados à distribuição desigual de oportunidades, ao predomínio masculino nas redes de poder e prestígio e à persistência de uma cultura política e jurídica que, muitas vezes, ainda associa autoridade, neutralidade e comando a atributos masculinos. Dessa forma, quando uma mulher alcança a Suprema Corte, sua nomeação frequentemente é tratada como acontecimento extraordinário, e não como manifestação natural de uma sociedade democrática composta igualmente por homens e mulheres.

Por isso, o legado de Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Rosa Weber deve ser compreendido em uma dupla dimensão. Em primeiro lugar, possui inequívoco valor histórico, pois rompeu uma tradição excludente e abriu caminho para que novas gerações de juristas mulheres possam visualizar, de forma concreta, a possibilidade de ocupar o ápice do Poder Judiciário nacional, assim como a Suprema Corte do Estado Democrático de Direito.

Em segundo lugar, esse mesmo legado evidencia a insuficiência dos avanços já alcançados, pois a raridade dessas presenças femininas demonstra que a igualdade de gênero ainda não foi internalizada como princípio efetivo de formação da Corte.

A representatividade, nesse caso, permanece mais próxima de uma conquista episódica do que de uma política institucional consolidada. Assim, a presença de mulheres no STF não deve ser lida como concessão graciosa do sistema, nem como elemento periférico diante da qualificação técnica exigida para o cargo, mas como componente indispensável da legitimidade democrática de uma Corte que interpreta a Constituição de uma sociedade plural.

Enquanto a inclusão feminina continuar ocorrendo de forma esparsa e excepcional, o Supremo carregará consigo a contradição de ser guardião formal da igualdade sem, contudo, realizá-la plenamente em sua própria estrutura interna.

A Trajetória Feminina na Suprema Corte brasileira

Ministra Ellen Gracie Northfleet (2000–2011)

O Supremo Tribunal Federal, em seus mais de cem anos, teve apenas três mulheres como ministras. A primeira mulher a integrar a Corte foi Ellen Gracie, nomeada em 23 de novembro de 2000, fato que se tornou um marco para a participação efetiva das mulheres no Judiciário (Fundação FHC, 2020).

Ellen Gracie assumiu a vaga deixada pela aposentadoria do Ministro Octávio Gallotti, sendo reconhecida como a primeira mulher a integrar o Supremo Tribunal Federal e a primeira a presidir a Corte, no biênio 2006-2008. Aposentou-se em 2011, após carreira pioneira que incluiu a presidência do TRF da 4ª Região e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2024).

Participou, como relatora, de julgamentos significativos, como a extradição do traficante Nestor Chaparro, a possibilidade de votação com documento oficial em substituição ao título eleitoral e a isenção de ICMS em free shops de aeroportos.

Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha (2006–2029)

A Ministra Cármen Lúcia tomou posse em junho de 2006, seis anos após o ingresso de Ellen Gracie no STF. Foi a segunda mulher a integrar o Tribunal e a segunda a presidi-lo, no biênio 2016-2018, tornando-se também a primeira mulher à frente do STF a assumir a Presidência da República em razão da ausência dos demais líderes da linha sucessória.

Durante seu biênio à frente da Suprema Corte, priorizou o julgamento de ações relacionadas à crise do sistema carcerário e à Operação Lava Jato. No exercício da Presidência, assumiu interinamente a Presidência da República por cinco vezes em 2018.

Presidiu o Tribunal Superior Eleitoral em 2012, sendo a primeira mulher a comandar eleições no País. Recentemente, exerceu nova presidência no TSE, tendo anunciado a antecipação de sua saída do Tribunal Eleitoral em abril de 2026 para se dedicar à elaboração de um código de conduta no STF.

Sua gestão como Presidente do Supremo ficou marcada pelos temas que pautou: paternidade socioafetiva; ensino religioso nas escolas; garantia da posse de terras às comunidades quilombolas; registro civil para pessoas transgênero; restrição de foro especial para parlamentares federais; condução coercitiva de réu ou investigado; e impedimento de réu na linha sucessória da Presidência da República. Em março de 2026, destacou-se por cobrar publicamente a presença de mais mulheres na Corte, na qual atualmente é a única magistrada.

Ministra Rosa Maria Pires Weber (2011–2023)

Com carreira consolidada na Justiça do Trabalho, a Ministra Rosa Weber foi a terceira mulher a assumir vaga no STF. Tendo ingressado na Corte em 2011, firmou sua atuação como relatora de casos de grande repercussão, como a possibilidade de suspensão dos serviços de mensagens pela internet por descumprimento de ordens judiciais, a descriminalização do aborto, a alienação parental e a questão do uso do amianto crisotila.

Rosa Weber assumiu a presidência do STF em setembro de 2022, sucedendo a Luiz Fux. Aposentou-se compulsoriamente em 30 de setembro de 2023, ao atingir a idade limite de setenta e cinco anos. Antes de sua saída, pautou temas sensíveis, como a descriminalização do aborto até a décima segunda semana e a paridade de gênero nos tribunais, esta última pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O IMPACTO SOCIAL: A HERMENÊUTICA DA VIVÊNCIA

A pluralidade étnica e de gênero na composição dos tribunais, especialmente no Supremo Tribunal Federal, não possui apenas valor simbólico ou estatístico, mas repercute concretamente na forma como o Direito é interpretado, aplicado e legitimado socialmente.

Isso porque a atividade jurisdicional, embora comprometida com parâmetros normativos e técnicos, não é exercida em abstração da vida real. Magistrados e magistradas não decidem a partir de um vazio histórico ou social; ao contrário, levam consigo trajetórias, experiências, sensibilidades institucionais e compreensões formadas no interior de uma sociedade marcada por desigualdades profundas.

A presença de pessoas oriundas de grupos historicamente sub-representados amplia o horizonte hermenêutico da jurisdição constitucional, permitindo que temas

como racismo estrutural, desigualdade de gênero, violência doméstica, feminicídio e discriminação institucional sejam examinados com maior densidade humana e maior aderência à realidade concreta.

A diversidade na magistratura contribui, assim, para evitar uma racionalidade decisória excessivamente formalista, distante das experiências sociais efetivamente vividas pela população, e favorece a construção de uma jurisprudência mais atenta às assimetrias que atravessam o tecido social brasileiro. No caso específico das mulheres, sua presença na Suprema Corte e nos mais diversos tribunais do País assume importância ainda mais expressiva diante da persistência da violência de gênero como fenômeno estrutural no Brasil.

A inserção feminina em espaços de poder jurisdicional não deve ser compreendida apenas como realização do princípio da igualdade, mas também como instrumento institucional de enfrentamento qualificado a práticas históricas de opressão, entre elas o feminicídio. Isso ocorre porque a ocupação desses espaços por mulheres fortalece, no interior do próprio sistema de justiça, uma leitura mais concreta, sensível e comprometida com a gravidade da violência letal baseada no gênero.

A presença feminina nos tribunais ajuda a romper tradições interpretativas marcadas por invisibilização, relativização ou tratamento secundário das violências sofridas por mulheres, contribuindo para que o feminicídio deixe de ser percebido como mero desdobramento de conflitos privados e passe a ser enfrentado como expressão extrema de uma cultura de dominação e eliminação.

Trata-se, portanto, de uma presença que não apenas representa, mas transforma: transforma o ambiente institucional, transforma os referenciais de interpretação e transforma a própria capacidade do Judiciário de responder, com seriedade constitucional, a uma das mais graves violações de direitos humanos da contemporaneidade.

Além disso, a visibilidade de figuras como Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Ellen Gracie produz efeitos que ultrapassam os limites internos das Cortes. Há, nesse processo, uma dimensão pedagógica e democratizante de grande relevância.

Quando pessoas negras e mulheres passam a ocupar posições de prestígio e autoridade no sistema de justiça, elas não apenas alteram a composição formal dessas instituições, mas também desconstroem imaginários históricos que reservaram tais lugares a perfis masculinos, brancos e socialmente homogêneos.

Esse movimento exerce influência concreta sobre as novas gerações, incentivando estudantes, advogados, promotores, defensores e magistrados pertencentes a grupos historicamente marginalizados a reconhecerem esses espaços como também seus.

A representatividade, nesse ponto, produz pertencimento, amplia expectativas de acesso e combate mecanismos silenciosos de exclusão, como o chamado teto de vidro institucional. Por isso, a diversidade na composição dos tribunais não deve ser tratada como pauta acessória ou identitária em sentido restrito, mas como

elemento indispensável à democratização do Poder Judiciário, ao aperfeiçoamento da hermenêutica constitucional e à construção de uma justiça mais próxima da vida, da dor e das demandas reais da sociedade brasileira.

O DIREITO EM MUTAÇÃO E A REFORMA INSTITUCIONAL

Se o Direito não é uma estrutura imóvel, mas uma construção histórica permanentemente atravessada pelas transformações da vida social, então também não pode permanecer inalterado o modo de organização e acesso às suas instituições mais elevadas.

A sociedade humana está em constante mudança cultural, política e moral; ao longo do tempo, reelabora valores, amplia horizontes de reconhecimento, incorpora novos saberes sociais e reformula sua compreensão acerca de justiça, igualdade e dignidade.

Esse processo contínuo de amadurecimento coletivo transforma a base de todo o ecossistema sociocultural, influenciando as relações sociais, a produção normativa e a própria interpretação constitucional. Nesse cenário, não se mostra legítimo que a Suprema Corte de um Estado permaneça estanque em sua lógica de composição, como se estivesse apartada da dinâmica histórica que conforma a própria experiência jurídica.

Uma Corte constitucional excessivamente fechada em padrões tradicionais de recrutamento e representação corre o risco de comprometer a evolução do Direito, na medida em que enfraquece sua capacidade de dialogar com as novas demandas sociais, com os conflitos emergentes e com os sujeitos historicamente invisibilizados pelo sistema institucional.

É justamente por isso que o debate sobre reforma institucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal se revela tão relevante. Propostas que discutem alterações no modelo de ingresso na Corte, como aquelas relacionadas ao Quinto Constitucional e à adoção de mandatos fixos, a exemplo do que é analisado por Marconi Filho, não devem ser percebidas apenas como rearranjos procedimentais ou técnicos, mas como oportunidade concreta de repensar democraticamente a estrutura do Tribunal.

Mais do que reformar mecanismos de nomeação, trata-se de refletir sobre quais valores devem orientar a composição da instância máxima do Poder Judiciário em uma sociedade plural, desigual e em permanente transformação. Nesse contexto, a inclusão de critérios de paridade de gênero e equidade racial deixa de ser uma pauta periférica para assumir a condição de medida coerente com a historicidade do Direito e com a exigência de que as instituições acompanhem a complexidade social do tempo em que atuam.

A modernização do STF, portanto, não pode ser reduzida à discussão sobre duração de mandatos ou redistribuição de competências, embora esses temas sejam relevantes. Ela exige, em sentido mais profundo, uma reconfiguração institucional

capaz de tornar a Corte mais permeável à diversidade humana, social e cultural que compõe o Brasil.

Alinhar a composição da Suprema Corte à realidade demográfica do País significa reconhecer que a legitimidade da jurisdição constitucional não decorre somente do saber técnico de seus membros, mas também de sua capacidade de representar, em termos institucionais, a pluralidade do corpo social submetido à autoridade de suas decisões. Em outras palavras, uma Corte que se pretende guardiã da Constituição não pode permanecer alheia às mutações da sociedade que essa mesma Constituição visa ordenar e transformar.

Assim, ao incorporar critérios que promovam maior equilíbrio de gênero e maior justiça racial em sua composição, o Estado não apenas atualiza o Judiciário, mas reafirma, em plano concreto, o projeto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A abertura institucional do STF às mudanças culturais e aos novos saberes sociais não representa ruptura com a tradição jurídica, mas seu aperfeiçoamento democrático. Afinal, quando a sociedade evolui, o Direito precisa evoluir com ela; e, para que isso ocorra de forma legítima, também as Cortes constitucionais devem abandonar qualquer pretensão de estagnação histórica, sob pena de se distanciarem da realidade social e comprometerem a força transformadora do próprio ordenamento jurídico.

O PACTO DO SILÊNCIO: A POLITIZAÇÃO DA ESCOLHA NO STF E A SIMBIOSE ENTRE PODERES

A Gênese Política: O Vínculo de Origem e a Expectativa de Alinhamento

A gênese da nomeação de Ministros ao Supremo Tribunal Federal, embora formalmente inserida em procedimento jurídico-constitucional, possui inegável dimensão política, que não pode ser ignorada em uma análise crítica sobre a composição da Corte (Carmo, 2024).

A escolha presidencial, ainda que condicionada pelos requisitos constitucionais do notável saber jurídico e da reputação ilibada, decorre de ato marcadamente discricionário, no qual o Chefe do Executivo, em regra, não busca apenas um jurista tecnicamente qualificado, mas também alguém cuja compreensão constitucional, trajetória institucional e visão de mundo revelem certo grau de compatibilidade com o projeto político que sustenta o governo. Nesse sentido, a indicação deixa de ser ato meramente técnico para assumir contornos estratégicos, por meio dos quais o Executivo projeta, ainda que indiretamente, sua influência sobre a interpretação futura da Constituição.

A toga, assim, embora simbolize neutralidade, independência e compromisso com a ordem jurídica, nasce frequentemente vinculada a um contexto político específico, que lhe confere uma marca de origem difícil de dissociar.

Essa vinculação inicial não significa, necessariamente, submissão automática ou fidelidade permanente ao mandatário responsável pela escolha, mas cria um ambiente institucional em que se pode reconhecer, ao menos em tese, expectativa de afinidade hermenêutica e de sensibilidade em relação às pautas do grupo político que viabilizou a ascensão do magistrado à Corte.

A vitaliciedade, por sua vez, concebida como garantia de independência funcional, nem sempre é suficiente para dissipar completamente essa percepção, sobretudo porque o processo de nomeação pode produzir uma espécie de vínculo simbólico de gratidão institucional ou de proximidade ideológica presumida.

Assim, o Supremo Tribunal Federal corre o risco de ser compreendido não apenas como instância de guarda imparcial da Constituição, mas também como espaço em que se projetam, ainda que de forma sutil e juridicamente mediada, os reflexos das disputas de poder travadas no âmbito do Executivo, convertendo-se, em determinadas circunstâncias, em anteparo institucional sensível às conveniências políticas do governo de ocasião.

O papel do Senado e as Chancelas de Conveniência

O papel atribuído ao Senado Federal no processo de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal foi concebido, em teoria, como um dos mais relevantes mecanismos de contenção dentro da lógica dos freios e contrapesos, precisamente porque funcionaria como instância de controle político-institucional apta a impedir que a escolha presidencial se reduzisse a mero ato de conveniência pessoal ou partidária (Senado Federal, 2026).

A sabatina e a aprovação pelo Senado, nesse contexto, deveriam operar como filtros republicanos destinados a aferir não apenas a qualificação técnica do indicado, mas também sua autonomia, sua postura institucional e sua capacidade de exercer, com independência, a função contramajoritária que caracteriza a jurisdição constitucional.

Na prática, contudo, o que frequentemente se observa é o esvaziamento substancial dessa etapa, transformada, em muitos casos, em procedimento marcadamente protocolar, no qual o debate crítico cede espaço à formalidade política e a arguição pública assume contornos mais ritualísticos do que propriamente fiscalizatórios.

A recorrente aprovação de nomes por margens amplas, muitas vezes quase unânimes, revela que o controle senatorial nem sempre se desenvolve sob a lógica da prudência institucional, mas pode ser atravessado por arranjos de conveniência e por interesses recíprocos que enfraquecem sua função contramajoritária originária.

Isso porque os Senadores, enquanto atores inseridos no mesmo sistema político que produz as indicações, não estão imunes a cálculos estratégicos, especialmente em cenário em que parte significativa da classe política convive, com maior ou menor intensidade, com investigações, processos judiciais ou potenciais controvérsias constitucionais que, em algum momento, podem alcançar a apreciação da própria Suprema Corte.

Nesse ambiente, a aprovação do indicado pode deixar de significar apenas concordância com sua aptidão jurídica e passar a representar também forma indireta de investimento institucional em relações futuras de deferência, sensibilidade ou compreensão ampliada acerca das prerrogativas parlamentares e das garantias processuais dos agentes políticos.

É nesse ponto que se delineia um pacto implícito, não necessariamente expresso, mas perceptível na dinâmica de funcionamento do sistema: o Senador que chancela hoje a ascensão de determinado nome à Corte pode nutrir, ainda que silenciosamente, a expectativa de que amanhã esse mesmo Ministro revele orientação jurisprudencial garantista, moderada ou particularmente cautelosa quando estiver em jogo a esfera de atuação do Legislativo ou a responsabilização de seus membros.

Não se trata, evidentemente, de afirmar relação automática de troca direta, mas de reconhecer que o processo político de aprovação pode ser permeado por racionalidades de autopreservação institucional e pessoal, as quais enfraquecem o ideal de controle rigoroso e independente que justificaria a participação do Senado.

A configuração constitucional que deveria funcionar como barreira à politização excessiva da Corte corre o risco de transformar-se em mero ato de chancela formal, legitimando escolhas que, longe de serem efetivamente escrutinadas, acabam absorvidas por um sistema de conveniências mútuas, em que Executivo e Legislativo se encontram menos para proteger a autonomia do Supremo e mais para acomodar expectativas recíprocas dentro da engrenagem do poder.

O Pacto Silencioso e a Preservação Mútua

A noção de pacto silencioso entre os atores responsáveis pela composição e pela sustentação institucional do Supremo Tribunal Federal não se revela, em regra, por meio de compromissos expressos, declarações públicas ou arranjos formalmente assumidos, mas sim por mecanismos mais sutis de acomodação recíproca, perceptíveis no modo como as instituições se comportam em momentos de tensão política (Pighini; Gomes, 2016).

Trata-se de pacto indireto precisamente porque sua existência não depende de combinações explícitas, mas da convergência prática de interesses voltados à preservação do sistema que, em última instância, sustenta simultaneamente a autoridade da Corte, a estabilidade do Executivo e a sobrevivência política do Legislativo.

Sob essa ótica, o Supremo não atua apenas como árbitro externo dos conflitos entre os Poderes, mas também como parte de uma engrenagem institucional que, embora formalmente autônoma, opera em contato permanente com as lógicas de conservação do arranjo político vigente.

Uma das manifestações mais evidentes desse pacto difuso pode ser identificada naquilo que se pode chamar de autocontenção seletiva. Em vez de romper frontalmente com as estruturas de poder que viabilizam a sua própria centralidade institucional, o Tribunal, por meio de alguns de seus integrantes, tende,

por vezes, a adotar soluções moderadoras, calibradas de modo a evitar abalos demasiado profundos sobre o sistema político que lhe dá contexto.

Não se trata de simples prudência judicial em sentido neutro, mas de contenção que pode se revelar seletiva justamente porque não se distribui de maneira uniforme em todos os casos, incidindo com maior intensidade quando determinadas decisões têm potencial para desorganizar a governabilidade, produzir rupturas institucionais severas ou atingir, de forma estrutural, os atores centrais do jogo político.

Nessa perspectiva, a preservação da estabilidade passa a funcionar como valor de contenção decisória, e a Corte, ao moderar o alcance de suas intervenções, preserva não apenas o equilíbrio formal entre os Poderes, mas também as condições de sua própria autonomia e permanência como instituição de vértice.

Forma-se, assim, relação de reciprocidade implícita: a Corte evita, em determinados contextos, movimentos que possam implodir o sistema, e o sistema, por sua vez, tolera e resguarda a ampla autoridade institucional do Supremo. Além disso, a chamada judicialização da política também pode ser compreendida como elemento constitutivo dessa dinâmica de preservação mútua (Rodrigues; Armani, 2023).

À medida que questões centrais da vida política passam a ser decididas no âmbito judicial, especialmente aquelas que envolvem atos do Executivo, investigações criminais de parlamentares, disputas eleitorais, prerrogativas institucionais e conflitos entre órgãos de poder, os ministros do Supremo deixam de ser apenas intérpretes da Constituição e assumem posição estratégica dentro da própria arquitetura de negociação do sistema.

O poder de decidir sobre o destino jurídico de figuras centrais da República converte a jurisdição constitucional em instrumento de elevada pressão política, ainda que exercido sob linguagem técnica e fundamentação jurídica. Nesse ambiente, cada julgamento relevante possui não apenas efeito normativo, mas também impacto institucional sobre o equilíbrio das forças políticas, o que mantém Executivo e Legislativo em estado permanente de observação, cautela e negociação indireta com a Corte.

Essa centralidade judicial produz efeito ambivalente. De um lado, reforça a importância do Supremo como guardião da Constituição e instância de resolução dos impasses mais sensíveis da ordem democrática. De outro, insere seus membros em espaço de poder no qual a decisão jurisdicional pode funcionar, ainda que não declaradamente, como moeda institucional de pressão, contenção ou acomodação.

Quando um ministro decide sobre a liberdade de um parlamentar, a validade de um ato presidencial, a extensão de uma prerrogativa legislativa ou a continuidade de determinada política governamental, ele não apenas aplica o direito ao caso concreto, mas também interfere diretamente no ritmo de funcionamento do sistema político.

Isso faz com que a judicialização, em vez de ser apenas fenômeno de expansão do direito sobre a política, passe a integrar uma lógica mais ampla de interdependência entre instituições, na qual todos os atores compreendem que o

exercício do poder jurisdicional repercute sobre a sobrevivência, a estabilidade e a margem de ação dos demais.

É justamente nessa interdependência que o pacto silencioso se torna mais perceptível. A ausência de acordos explícitos não elimina a existência de comportamentos estratégicos voltados à autopreservação institucional. Pelo contrário, é justamente o caráter informal, difuso e não declarado dessas dinâmicas que lhes confere maior sofisticação e permanência. O pacto se mantém não porque haja promessas abertas de proteção, mas porque cada instituição compreende, dentro de certos limites, que a destruição completa da outra implicaria também abalo sobre si mesma.

O Supremo, portanto, ao mesmo tempo em que controla juridicamente os demais Poderes, também se move, em determinadas conjunturas, com a consciência de que sua força depende da manutenção mínima do arranjo político que o cerca. Assim, a preservação mútua não decorre de submissão, mas de cálculo institucional recíproco, em que a tensão entre independência e estabilidade se converte em uma das marcas mais complexas da atuação da Corte em contextos de intensa politização.

Consequências para a Democracia

As consequências dessa dinâmica para a democracia são profundas e merecem atenção especial, sobretudo porque não se limitam ao plano interno de funcionamento das instituições, mas alcançam diretamente a confiança pública no sistema de justiça constitucional e na legitimidade do próprio arranjo republicano.

Quando a sociedade passa a perceber que a atuação do Supremo Tribunal Federal não se orienta exclusivamente por critérios jurídicos estáveis, mas também por afinidades políticas, conveniências institucionais ou pela temperatura do ambiente de poder em Brasília, instala-se grave crise de imparcialidade percebida. Ainda que, em muitos casos, as decisões possam ser tecnicamente fundamentadas, o que se deteriora é a crença coletiva de que a Corte decide a partir de uma posição verdadeiramente equidistante dos interesses em disputa.

A toga, que simbolicamente deveria representar neutralidade, independência e compromisso incondicional com a Constituição, passa então a ser lida por parte significativa da opinião pública como expressão de preferências políticas, alinhamentos circunstanciais ou sensibilidades seletivas diante dos conflitos entre os Poderes.

Esse fenômeno é particularmente nocivo porque a legitimidade do Supremo não repousa apenas na força formal de suas competências constitucionais, mas também na confiança social de que sua atuação se pauta por coerência, estabilidade interpretativa e autonomia em relação às pressões do jogo político.

Quando essa confiança é abalada, a Corte deixa de ser percebida como árbitro imparcial dos conflitos constitucionais e passa a ocupar, aos olhos da sociedade, a posição de verdadeiro player político, isto é, de ator inserido na disputa de poder, com interesses institucionais próprios e capacidade de influenciar, condicionar ou reordenar os movimentos dos demais agentes estatais (Bogéa; Miguel, 2020).

Nesse estágio, o problema já não é apenas jurídico, mas democrático, pois a jurisdição constitucional perde parte de sua autoridade simbólica como instância de contenção do arbítrio e passa a ser interpretada como componente ativo da engrenagem de preservação do poder.

A transformação da Corte em ator político de primeira grandeza produz, ainda, efeito de fechamento institucional que tende a favorecer a reprodução de uma elite burocrática fortemente protegida por mecanismos recíprocos de preservação.

Em vez de funcionar como instância de controle externo efetivo sobre os excessos e desvios dos demais Poderes, o Supremo corre o risco de integrar uma lógica de proteção cruzada, na qual Executivo, Legislativo e cúpula do Judiciário, ainda que em permanente tensão, operam dentro de limites implícitos de acomodação mútua.

O resultado dessa engrenagem é a blindagem progressiva das estruturas centrais do poder estatal contra transformações mais profundas, especialmente aquelas capazes de alterar o equilíbrio de forças, reformar os mecanismos de recrutamento das elites institucionais ou reduzir privilégios historicamente consolidados no interior dos três Poderes.

Em tal contexto, o discurso da estabilidade institucional pode passar a ser mobilizado não apenas para proteção da ordem constitucional, mas também para conservação do status quo, convertendo a prudência institucional em instrumento de contenção de mudanças estruturais socialmente relevantes.

A democracia, porém, não se esgota na manutenção formal da ordem; ela também exige abertura à renovação, capacidade de autocrítica institucional e disposição para submeter o poder a controles efetivos e transparentes.

Quando as instituições de cúpula passam a operar prioritariamente sob a lógica da autopreservação, o espaço democrático tende a se estreitar, porque o conflito legítimo e a possibilidade de reforma são progressivamente absorvidos por uma racionalidade de defesa corporativa do sistema.

Diante dessa configuração, a crise de imparcialidade percebida não representa mero problema de imagem ou comunicação institucional, mas sintoma de processo mais profundo de enfraquecimento da confiança democrática.

Se a sociedade passa a enxergar o Supremo como parte de um circuito de proteção recíproca entre elites políticas e burocráticas, em vez de concebê-lo como guardião independente da Constituição, o resultado inevitável é a erosão da legitimidade das decisões judiciais e o aumento do ceticismo em relação à capacidade do Estado de produzir justiça de maneira equânime.

Em longo prazo, esse quadro compromete não apenas a autoridade do Tribunal, mas a própria qualidade da democracia constitucional, que depende, para sua integridade, de instituições fortes, independentes e, acima de tudo, reconhecidas como legítimas pelos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida ao longo deste estudo permitiu responder ao problema inicialmente formulado, no sentido de que o atual modelo de composição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, baseado na livre indicação presidencial e na vitaliciedade mitigada, mostra-se apenas parcialmente compatível com as exigências democráticas contemporâneas de pluralidade, representatividade, oxigenação institucional e renovação periódica. Embora o sistema vigente possua fundamento constitucional e tenha sido historicamente justificado pela necessidade de preservar a independência judicial, sua configuração atual revela fragilidades relevantes, sobretudo diante da crescente centralidade política e institucional assumida pelas Cortes Superiores no Brasil.

Nesse sentido, a premissa do estudo foi relativamente confirmada, pois se verificou que a concentração de poder de indicação no Chefe do Executivo, associada à permanência prolongada dos Ministros nos cargos, pode contribuir para a politização das nomeações, para a baixa renovação institucional e para a percepção social de distanciamento entre a Suprema Corte e a pluralidade da sociedade brasileira.

Não se trata de afirmar que o modelo atual seja integralmente ilegítimo ou incompatível com a Constituição, mas de reconhecer que ele necessita de aperfeiçoamentos capazes de fortalecer sua legitimidade democrática e sua autoridade institucional.

Quanto ao propósito central, conclui-se que a análise crítica do modelo de composição do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores demonstrou a viabilidade jurídica, democrática e institucional da adoção de mecanismos de pluralismo judicial e de mandatos fixos como instrumentos de modernização da jurisdição constitucional. A proposta de reestruturação das vagas, inspirada no Quinto Constitucional, somada à limitação temporal dos mandatos, apresenta-se como alternativa capaz de conciliar independência judicial, renovação periódica e maior abertura da Corte às diferentes carreiras jurídicas e experiências sociais.

Os pontos focais também foram alcançados. O estudo examinou o princípio da oxigenação institucional pelo Quinto Constitucional, demonstrando que sua lógica plural pode contribuir para o enriquecimento hermenêutico das Cortes. Analisou-se, ainda, a tendência internacional de substituição da vitaliciedade por mandatos temporários, constatando que democracias maduras têm buscado modelos de permanência longa, porém limitada. Também se verificou que a geometria da composição judicial brasileira apresenta assimetrias relevantes, especialmente porque o Supremo Tribunal Federal permanece fora da lógica de composição plural aplicada a diversos tribunais. Por fim, foram discutidos os impactos da baixa representatividade racial e de gênero, bem como os efeitos da politização das nomeações na confiança pública e na legitimidade democrática da Corte.

A análise permitiu concluir que a aplicação de mecanismos de pluralismo judicial ao Supremo Tribunal Federal não deve ser compreendida como mera divisão

corporativa de vagas entre magistratura, advocacia e Ministério Público, mas como instrumento de fortalecimento da qualidade decisória e da legitimidade institucional. A presença de diferentes trajetórias profissionais tende a ampliar a sensibilidade da Corte diante dos conflitos constitucionais, evitando a formação de um pensamento institucional excessivamente homogêneo e distante das experiências concretas do sistema de justiça.

Do mesmo modo, a instituição de mandatos fixos, longos e não renováveis surge como medida compatível com a independência judicial e com a necessidade de renovação periódica da jurisdição constitucional. A experiência comparada demonstra uma tendência de afastamento da vitaliciedade absoluta ou excessivamente prolongada, privilegiando modelos que garantem estabilidade ao magistrado, mas impedem a perpetuação pessoal no exercício do poder jurisdicional. No Brasil, a adoção de mandatos entre oito e doze anos poderia contribuir para reduzir a chamada “loteria biológica”, ampliar a previsibilidade das nomeações e evitar que a composição da Corte fique excessivamente vinculada a conjunturas políticas específicas.

No campo da representatividade, verificou-se que a presença reduzida de mulheres e pessoas negras no Supremo Tribunal Federal não constitui apenas dado estatístico, mas expressão de barreiras históricas e institucionais ainda presentes no Poder Judiciário. A democratização da Corte exige que a excelência técnica seja acompanhada de maior abertura à diversidade social brasileira, pois uma jurisdição constitucional legítima não se constrói apenas pela qualidade jurídica de suas decisões, mas também pela capacidade de refletir, ainda que de forma institucionalmente adequada, a pluralidade do povo submetido à autoridade da Constituição.

Como tendência futura, observa-se que o debate sobre a composição das Cortes Constitucionais tende a ganhar ainda mais relevância no Brasil e em outros países democráticos. A ampliação da judicialização da política, o aumento da cobrança social por transparência, a valorização da diversidade institucional e a crítica à permanência prolongada de magistrados em Cortes Supremas indicam que reformas voltadas à limitação de mandatos, à definição de critérios mais objetivos de escolha e à promoção de representatividade tendem a se consolidar como temas centrais da agenda constitucional do século XXI.

Assim, a modernização do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores não deve ser interpretada como ameaça à independência judicial, mas como consequência natural da evolução do Estado Democrático de Direito. Cortes constitucionais fortes não são aquelas imunes à reforma, mas aquelas capazes de preservar sua autonomia ao mesmo tempo em que se abrem à renovação, ao pluralismo e à confiança social. O futuro da jurisdição constitucional brasileira, portanto, dependerá da capacidade de harmonizar tradição institucional e transformação democrática.

Conclui-se, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, deve buscar maior coerência entre os valores que protege e a estrutura institucional que o compõe. Igualdade, pluralismo, republicanismo,

democracia e dignidade da pessoa humana não podem permanecer apenas como fundamentos abstratos das decisões judiciais, devendo também orientar a própria formação da Corte. Dessa forma, cabe ao constituinte derivado e ao legislador ordinário, respeitados os limites materiais da Constituição de 1988 (Brasil, 1988), enfrentar com responsabilidade o debate sobre a reestruturação das vagas, a fixação de mandatos e a ampliação da representatividade, de modo a construir uma Suprema Corte mais plural, renovada, transparente e compatível com os desafios democráticos do século XXI.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Supremo Tribunal Federal: composição, organização e competências. **Revista Jurídica da Presidência,** Brasília, v. 21, n. 124, set. 2019. DOI: 10.20499/2236-3645.rjp2019v21e124-2022. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2022.

ANAMATRA. **O papel do quinto constitucional na renovação do Judiciário**. Brasília: Anamatra, 2005. Disponível em: https://www.anamatra.org.br/artigos/850-o-papel-do-quinto-constitucional-na-renovacao-do-judiciario-09310025208918401.

BOGÉA, Daniel; MIGUEL, Luís Felipe. O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [s.l.], 2020. DOI: 10.1590/3510402/2020. Disponível em: http://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/XVsvWQHJXRSQpVDQfTH8nXc/.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

CARMO, Gabriela Martins. A influência da mídia nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal: uma análise com base na Teoria de Montesquieu. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**, [s.l.], v. 9, n. 2, fev. 2024. DOI: 10.26668/indexlawjournals/2525-9644/2023.v9i2.10035. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/10035.

CONSINTER. Nomeação para a Suprema Corte norte-americana: propostas para o século XXI. **Revista Consinter**, ago. 2022. Disponível em: https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/432/889.

FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT. **Federal Constitutional Court of Germany.** Karlsruhe: Bundesverfassungsgericht, 2024. Disponível em: https://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Constitutional_Court.

FREITAS, Adriana. **A disparidade de gênero e raça na composição dos ministros do Supremo Tribunal Federal: reminiscência da colonialidade do poder no Poder Judiciário**. Brasília: TST – Juslaboris, 2023. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/249156.

FUNDAÇÃO FHC. **Primeira mulher ministra do Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Fundação FHC, 2020. Disponível em: https://fundacaofhc.org.br/linhasdotempo/primeira-mulher-ministra-do-supremo-tribunal-federal/.

GOMES, J. C. S. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. **Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro,** set. 2016. DOI: 10.12957/dep.2016.25237. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25237.

GONÇALVES, P.; ROCKEMBACK, Ana Cláudia. **A (in)coerência no sistema de nomeação para ministros do Supremo Tribunal Federal.** Academia de Direito, Mafra, dez. 2024. DOI: 10.24302/acaddir.v6.5542. Disponível em: https://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/5542.

IANUZZI, Adriana Moutinho Magalhães *et al.* A fixação de mandatos para Ministros do Supremo Tribunal Federal: análise jurídica e propostas de reforma. **Revista FT,** [s.l.], out. 2024. DOI: 10.69849/revistaft/th102410240920. Disponível em: https://revistaft.com.br/a-fixacao-de-mandatos-para-ministros-do-supremo-tribunal-federal-analise-juridica-e-propostas-de-reforma/.

EDUCACIÓN EDUCACIONAL. **Nomeação de Ministros do STF: regras, processo e impactos constitucionais**. São Paulo: Legale, 18 nov. 2025. Disponível em: https://legale.com.br/blog/nomeacao-de-ministros-stf-regras-processo-e-impactos-constitucionais/.

MEMORIAL DA DEMOCRACIA. **Ministro negro quebra tabu no STF.** São Paulo: Memorial da Democracia, [s.d.]. Disponível em: https://memorialdademocracia.com.br/card/ministro-negro-quebra-tabu-no-stf.

MIGALHAS. A**lemanha altera a Constituição para fortalecer o Tribunal.** Coluna German Report, jan. 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/422875/alemanha-altera-a-constituicao-para-fortalecer-o-tribunal.

MIGALHAS. **Mandato fixo para ministros do Supremo? Um olhar comparado.** Coluna de Peso, abr. 2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/454455/mandato-fixo-para-ministros-do-supremo-um-olhar-comparado.

OLIVEIRA, Dennis de. Mérito, notoriedade e representatividade: os dilemas para a indicação ao Supremo Tribunal Federal. **Jornal da USP**, São Paulo, out. 2023. Disponível em: https://jornal.usp.br/articulistas/dennis-de-oliveira/mérito-notoriedade-e-representatividade-os-dilemas-para-a-indicação-ao-supremo-tribunal-federal/.

PIGHINI, Bráulio Chagas; GOMES, M. **Sustentabilidade para governança, Supremo Tribunal Federal e conflito de interesses.** Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 37, n. 73, p. 165-188, ago. 2016. DOI: 10.5007/2177-7055.2016V37N73P165. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n73p165.

PROJURIS. **Supremo Tribunal Federal e modelo de composição dos ministros**. Curitiba: Projuris, 17 dez. 2019. Disponível em: https://www.projuris.com.br/blog/escolha-ministros-do-stf/.

RODRIGUES, Fabiana Alves; ARMANI, Gabriela Fischer. **Controlando a classe política: comportamento judicial, controle criminal e relação entre poderes no Supremo Tribunal Federal**. Política & Sociedade, Florianópolis, v. 21, ago. 2023. DOI: 10.5007/2175-7984.2022.e90213. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/90213.

SENADO FEDERAL. **Fim de mandato vitalício de ministros do STF começa a tramitar, informa Plínio**. Brasília: Agência Senado, 6 mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/03/06/fim-de-mandato-vitalicio-de-ministros-do-stf-comeca-a-tramitar-informa-plinio.

SENADO FEDERAL. **Indicação de Ministro do STF: como é feita a análise no Senado?** Brasília: Assessoria de Imprensa, mar. 2026. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/assessoria-de-imprensa/releases/indicacao-de-ministro-do-stf-como-e-feita-a-analise-no-senado.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. **Tribunal Constitucional com três juízes em funções após o fim do seu mandato.** Lisboa: RTP, mar. 2023. Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/pais/tribunal-constitucional-com-tres-juizes-em-funcoes-apos-fim-do-seu-mandato_n1475153.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Memória: Ellen Gracie Northfleet.** Porto Alegre: Memória do TRF-4, dez. 2024. Disponível em: https://memoria.trf4.jus.br/memoria/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=1242.

TRILHANTE. **Quinto constitucional.** São Paulo: Trilhante, [s.d.]. Disponível em: https://trilhante.com.br/curso/poder-judiciario-aspectos-gerais/aula/quinto-constitucional-1.

Capítulo 34

A Insalubridade Laboral dos Agentes de Endemias: Análise da Efetividade dos Direitos Trabalhistas e da Jurisprudência Brasileira

Occupational Health Hazards Faced by Endemic Disease Control Agents: An Analysis of the Effectiveness of Labor Rights and Brazilian Case Law

Ana Caroline de Sá Landgraf

Faculdade de Nova Andradina

Resumo: O presente estudo analisa a efetividade do direito ao adicional de insalubridade dos Agentes de Combate às Endemias (ACE), considerando a legislação vigente, a jurisprudência trabalhista brasileira e a realidade enfrentada por esses profissionais no exercício de suas atividades. A pesquisa fundamenta-se em revisão bibliográfica, análise da legislação aplicável, da jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas e em pesquisa de campo realizada por meio de questionário aplicado a agentes de endemias do município de Nova Andradina/MS. Os resultados demonstram que, embora exista previsão legal assegurando o direito ao adicional de insalubridade, sua efetivação ainda encontra diversos obstáculos, obrigando muitos trabalhadores a recorrer ao Poder Judiciário para garantir um direito já previsto em lei. Além da exposição constante a agentes químicos, biológicos e físicos, os profissionais enfrentam situações de risco envolvendo violência, resistência da população e condições precárias de trabalho. Conclui-se que há necessidade de maior uniformização da interpretação jurisprudencial, fortalecimento das políticas públicas de proteção ao trabalhador e efetiva valorização dos agentes de combate às endemias, considerando a relevância de suas atividades para a saúde pública.

Palavras-chave: agente de combate às endemias; insalubridade; direito do trabalho; saúde do trabalhador; jurisprudência trabalhista .

Abstract: This study analyzes the effectiveness of the right to the hazardous duty allowance (insalubrity bonus) granted to Endemic Disease Control Agents (ACE), considering the current legislation, Brazilian labor case law, and the reality faced by these professionals in the performance of their duties. The research is based on a literature review, an analysis of the applicable legislation and labor court decisions, and field research conducted through a questionnaire administered to endemic disease control agents in the municipality of Nova Andradina, Mato Grosso do Sul, Brazil. The results demonstrate that, although there is legal provision guaranteeing the right to the hazardous duty allowance, its effective implementation still faces several obstacles, forcing many workers to seek judicial intervention to secure a right already established by law. In addition to constant exposure to chemical, biological, and physical agents, these professionals face risks related to violence, public resistance, and inadequate working conditions. The study concludes that there is a need for greater consistency in judicial interpretation, stronger public policies aimed at worker protection, and effective recognition of endemic disease control agents, considering the importance of their work for public health.

Keywords: endemic disease control agent; hazardous duty allowance; labor law; occupational health; labor case law.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.34

INTRODUÇÃO

Embora estejam responsáveis por regular a atividade dos agentes de endemias o art. 189 da CLT e da Lei 11.350/2006, atividades estas que envolvem trabalhar com risco químico (manuseio de larvicidas tóxicos) e biológico (exposição a zoonoses), o que pode gerar problemas de saúde, tais como os causados por exposição ao malathion, usado no combate ao Aedes aegypti, e que está associado à neuropatia conforme estudo da Fiocruz(2021), o que caracteriza insalubridade de grau máximo conforme a NR-15 (atividades e operações insalubres). Além de problemas causados por outros fatores, como moradores imprevisíveis e animais que podem às vezes se sentir ameaçados pelos agentes que entram nas casas para cumprir com seu trabalho. Todos estes fatores geram um ambiente insalubre e de risco para os agentes de saúde. E ainda assim, a concessão do adicional ainda é judicializada, como demonstram os 1.235 processos no TST entre 2020 e 2023 (Painel da Justiça Trabalhista).

Realizar uma análise dos obstáculos à efetivação do direito ao adicional de insalubridade dos agentes de endemias, com base na jurisprudência trabalhista brasileira, para que não haja o desrespeito desses direitos. Trazer visibilidade ao direito de insalubridade do agente de endemias, demonstrar sua importância e o porquê deste direito deve ser respeitado. Informar que o agente de combate às endemias realiza a prevenção e o controle de doenças transmitidas por vetores, como dengue, vírus Zika, chikungunya e leishmaniose.

O direito ao adicional de insalubridade do agente de endemias é realmente respeitado?

Será realizada a pesquisa através da jurisprudência trabalhista brasileira e de entrevistas/questionários com os próprios agentes de endemias. Direito à insalubridade do agente de endemias.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA INSALUBRIDADE DOS AGENTES DE ENDEMIAS

Conforme dito pelo Ministério Público, o agente de combate às endemias tem a seguinte definição:

> Os Agentes de Combate às Endemias (ACE) são profissionais exclusivos do Sistema Único de Saúde (SUS), desempenhando um papel essencial no combate às endemias e na promoção da saúde pública no Brasil. A atuação dos ACE, integrada às equipes de Saúde da Família (eSF), é fundamental para a eficácia das estratégias de prevenção e controle de doenças endêmicas, bem como para a promoção de ambientes saudáveis (Brasil, 2006).

O agente comunitário de saúde (ACS), apesar de também ter direito à insalubridade, não lida com veneno e, de acordo com o Ministério da Saúde,

seu trabalho é realizar visitas domiciliares; identificar problemas de saúde na comunidade; promover ações educativas e de prevenção, bem como ser um elo entre a equipe de saúde e a população.

A insalubridade é caracterizada quando os trabalhadores são expostos a agentes nocivos à saúde acima dos limites de tolerância estabelecidos.

A fundamentação legal da insalubridade dos agentes de endemias (ACE) baseia-se essencialmente nas normas e regulamentos listados abaixo:

1. A Lei 11.350, de 5 de outubro de 2006, é aquela que regulamenta a profissão de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias e que estabelece suas atribuições e direitos. É uma lei fundamental para garantir que os profissionais citados acima recebam o tratamento adequado e os benefícios que estão previstos em lei, incluindo o adicional de insalubridade.
2. O artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é aquele que define as atividades insalubres como aquelas que expõem os trabalhadores a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em normas regulamentadas, incluindo os agentes de endemias.
3. A Norma Regulamentadora 15 (NR-15) do Ministério do Trabalho e Emprego é aquela que estabelece os limites de tolerância para exposição a agentes químicos, físicos e biológicos que podem causar doenças ocupacionais. A NR-15 é uma norma crucial para que se possa determinar o grau de exposição e a necessidade de medidas de proteção e adicionais de insalubridade.

De acordo com o Ministério da saúde os agentes de endemias tem como função realizar visita domiciliar e a vistoria de depósitos, terrenos baldios e estabelecimentos comerciais para buscar focos endêmicos, inspeção, cuidados de caixas d'água, calhas e telhados, com o objetivo de prevenir e controlar doenças como Dengue, Malária, Leishmaniose e Doença de Chagas; controle de roedores e prevenção de acidentes por cobras, escorpiões e aranhas; ações de prevenção e controle da raiva, com a vacinação de cães e gatos.

Os agentes de endemia sofrem com riscos químicos que são causados pelo uso de agentes nocivos, como por exemplo, o inseticida *Malathion Emulsão Aquosa* (EA 44%), o larvicida *Pyriproxyfen* (0,5 G) e o inseticida *Bendiocarb* PM 80 (Carbamato) e podem causar graves efeitos à saúde do agente de endemias, os riscos biológicos causados pelo contato com fungos, vírus, bactérias, parasitas, bacilos e protozoários e condições de saneamento ambiental precárias em certas localidades. Além dos riscos físicos que podem ser causados por raios solares e exposição a ruídos.

Estes riscos podem ser confirmados de acordo com estudos realizados, um deles sendo a instituição Fiocruz (Fundação Oswaldo Cruz), citado no site de notícias SINDSEP-AM:

> [...] Um estudo da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) aponta que agentes de combate às endemias que trabalham com o carro

> do fumacê têm tido doenças graves por conta das substâncias venenosas usadas para o controle de mosquitos. A pesquisa durou 6 anos (Vidal, 2026).

Segundo Gurgel e Gurgel (2019, p. 324) e Pereira Lima *et al.* (2007), tais riscos são um problema que foi ignorado por um longo tempo, sem nenhuma consideração pelos agentes, conforme trechos transcritos abaixo:

> [...] Esses problemas se expressam claramente entre os trabalhadores que atuam no controle vetorial no âmbito do sistema de saúde pública, chamados popularmente de "Guardas Sanitários" ou de "Agentes de Combate às Endemias" (ACEs), que denunciam há décadas o problema da exposição a químicos tóxicos, em seu cotidiano laboral. Um verdadeiro descuido por parte daqueles que deveriam zelar pela saúde da população.
> [...] Desde a década de quarenta, o controle vetorial e de outras espécies consideradas pragas no Brasil é feito principalmente por meio de praguicidas.

Mesmo com o direito à insalubridade para o agente de endemias sendo claramente expresso pela jurisprudência legal que garante o direito a este benefício, eles ainda têm que entrar com processo judicial para conseguir o adicional por insalubridade, pois, embora na teoria o direito à insalubridade seja garantido e de fácil acesso, na prática não é tão fácil assim.

A REALIDADE LABORAL E OS OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

Além de terem de lidar com manipulação de agentes nocivos durante suas atividades de trabalho, situações com moradores hostis, contato com saneamento ambiental precário, os agentes de endemias (ACE) ainda têm que lidar com a luta para conseguir seu adicional por insalubridade, sendo obrigados a recorrer à Justiça, abrindo um processo judicial, conforme comprovado pelos mais de 1.235 processos no Tribunal Superior do Trabalho (TST) (2020-2023).

Devido a isto, foi decidida a realização de pesquisa quantitativa por meio de um questionário, método escolhido como instrumento de coleta de dados, sendo um dos tipos mais comuns de pesquisa.

O questionário em questão contém perguntas a respeito de gênero, idade, tempo trabalhado como agente de endemias (ACE), tempo trabalhado enquanto o sujeito realizava o manuseio de substância nociva como ferramenta de trabalho, se há o uso de Equipamento de Proteção Individual (EPI) durante tal manuseio, com quais tipos de substância nociva já manuseou durante seu tempo trabalhando como agente de endemias (ACE) se durante suas atividades de trabalho enfrenta problemas com moradores hostis ou animais, se já teve que entrar com processo judicial para conseguir adicional por insalubridade ou outro direito garantido.

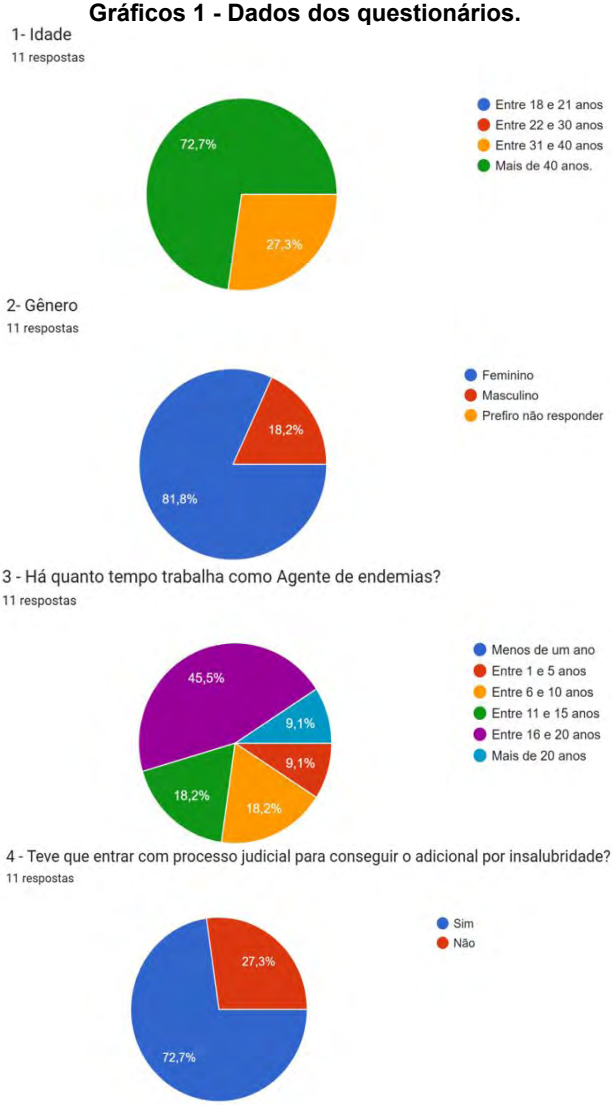
Visando coletar dados dos agentes de endemias (ACE) da cidade de Nova Andradina no Estado de Mato Grosso do Sul, local de moradia dos agentes em

questão que estiverem dispostos a responder o questionário elaborado para fins acadêmicos.

Esta pesquisa está sendo feita para trazer atenção às condições de trabalho dos agentes de endemias (ACE) e, assim, facilitar seu acesso ao adicional de insalubridade.

Os dados coletados através do questionário, composto de 14 perguntas, que foi disponibilizado do dia 08 ao dia 11 de setembro de 2025, corroboram as informações narradas neste tópico. Foram coletadas 11 respostas conforme disposto nos gráficos a seguir:

Gráficos 1 - Dados dos questionários.



Fonte: autoria própria.

De acordo com os que responderam “sim”, um processo judicial para conseguir o adicional por insalubridade pode variar entre 5 e 10 anos.

Gráfico 2 - Dados dos questionários.



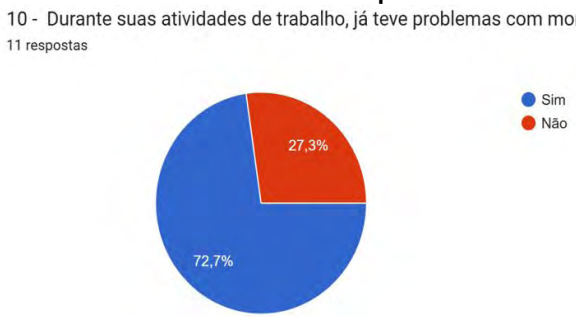
Fonte: autoria própria.

Os equipamentos de proteção individual mais mencionados foram luva, máscara, protetor solar, entre outros.

Todos os agentes de endemias que responderam à pesquisa marcaram “sim” para o uso de substância nociva no seu meio de trabalho.

As substâncias nocivas mencionadas nesta parte do questionário foram as seguintes: Cielo, Alfa cipermetrina, Fludora, BTi, VectoBac. Embora a maioria tenha respondido apenas realizar uso de larvicida.

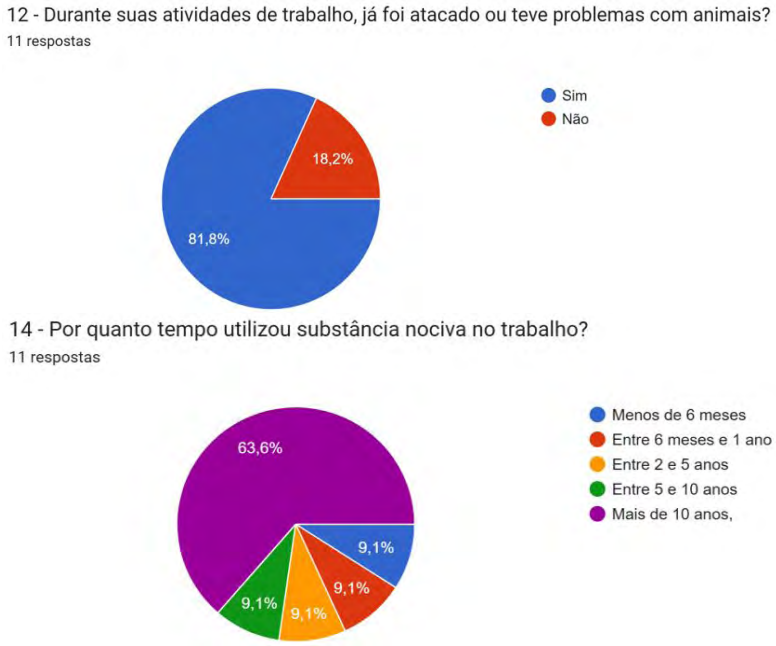
Gráfico 3 - Dados dos questionários.



Fonte: autoria própria.

Houve respostas do tipo “Morador não deixar entrar na residência, assédio moral e desacato” e até alguns mais preocupantes como “Não permite entrada no domicílio e ameaça com arma de fogo por executar nosso serviço e ter encontrado foco”

Gráficos 4 - Dados dos questionários.



Fonte: autoria própria.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E ENTRAVES NA CONCESSÃO DO ADICIONAL

O entendimento do Tribunal Regional do Trabalho (TRT, 2016) a respeito da insalubridade dos agentes de endemias é o seguinte:

> [...] A partir da vigência da Lei nº 13.342/2016, os agentes comunitários de saúde têm direito ao adicional de insalubridade, em grau médio, independentemente de laudo técnico pericial, em razão dos riscos inerentes a essa atividade.

Conforme tese transcrita acima, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT) entende que, desde 2016, os Agentes de Combate às Endemias (ACE) têm direito ao recebimento do adicional de insalubridade; basta realizar a perícia e apresentar o laudo técnico pericial.

> [...] § 3º O exercício de trabalho de forma habitual e permanente em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo federal, assegura aos agentes de que trata esta Lei a percepção de adicional de insalubridade, calculado sobre o seu vencimento ou salário-base (Brasil, 2016).

Embora o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tenha um entendimento diferente, conforme disposto na Súmula 448 do TST, na qual não se basta somente o laudo técnico pericial, deve estar de acordo com o que for definido pela NR-15 e o que for elaborado pelo Ministério do Trabalho - MTE, o que causa dificuldades na comprovação do nexo causal para os agentes de endemias (ACE).

> RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. IN 40 DO TST. LEI 13.467/2017. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MANUSEIO DE SACOS DE CIMENTO E ARGAMASSA. CARGA E DESCARGA. TRANSCENDÊNCIA SOCIAL. No caso em tela, o debate acerca do adicional de insalubridade detém transcendência social, nos termos do art. 896-A, § 1º, III, da CLT. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. IN 40 DO TST. LEI 13.467/2017. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MANUSEIO DE SACOS DE CIMENTO E ARGAMASSA. CARGA E DESCARGA. TRANSCENDÊNCIA SOCIAL. REQUISITOS DO ART. 896, § 1º-A, DA CLT, ATENDIDOS. O entendimento da Súmula 448, I, do TST é no sentido de que, para o trabalhador ter direito ao adicional de insalubridade, é imprescindível a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho - MTE. O Anexo 13 da Portaria 15 do MTE versa sobre a relação das atividades e operações envolvendo agentes químicos, consideradas insalubres em decorrência de inspeção realizada no local de trabalho, consignando, ainda, que a atividade de fabricação e transporte de cal e cimento nas fases de grande exposição a poeiras configura labor em condições insalubres de grau mínimo. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a fabricação e transporte de cal e cimento nas fases de grande exposição a poeiras não compreendem os trabalhadores de empresas consumidoras, seja no exercício de carga ou descarga, bem como de organização do produto, haja vista a ausência de enquadramento da mencionada atividade no Anexo 13 da NR 15 da Portaria 3.214/78 do MTE. Recurso de revista conhecido, por divergência jurisprudencial, mas não provido" (ARR-1001627-78.2017.5.02.0314, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 02/10/2020).

Outras fundamentações legais que definam a insalubridade são: artigo 192 da Lei 6514, Súmula 47 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o já mencionado artigo 189 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), devidamente transcritos a seguir:

> Art. 192 - O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo ("L6514")
>
> 47 - INSALUBRIDADE. O trabalho executado em condições insalubres, em caráter intermitente, não afasta, só por essa

> circunstância, o direito à percepção do respectivo adicional. (mantida) - Res. 121 /2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. (Súmula 47 do TST)
> Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (Brasil,1977).

Está disposto no projeto de lei 6169/2023 a seguinte ementa:

> Institui a Lei da Valorização dos Heróis da Saúde para conceder adicional de insalubridade de 40% (quarenta por cento) aos agentes comunitários de saúde (ACS) e aos agentes de combate às endemias (ACE) (Brasil, 2023).

O projeto de lei citado acima foi apresentado em 21 de dezembro de 2023 pelo Dr. Fabio Rueda - UNIÃO/AC e pelo Dr. Fernando Máximo - UNIÃO/RO e está atualmente apensado ao PL 1336/2022 e aguardando Parecer do(a) Relator(a) na Comissão de Saúde (CSAUDE).

Outro projeto de lei que trata de insalubridade dos agentes de endemias é o projeto de lei 1336/22, conforme transcrito da Agência Câmara de Notícias:

> [...] O Projeto de Lei 1336/22 determina que os agentes comunitários de saúde e os agentes de combate às endemias terão direito a adicional de insalubridade em grau máximo, calculado sobre os vencimentos. O texto em análise na Câmara dos Deputados insere o dispositivo na Lei 11.350/16, que regulamenta as carreiras (Brasil, 2022).

Os Projetos de Lei acima citados foram propostos devido aos riscos que os agentes de endemias (ACE) sofrem ao entrar em contato não só com doenças transmitidas pelo mosquito Aedes aegypti, que causa as arboviroses dengue, zika, chikungunya e a febre amarela urbana, mas também com a substância nociva que lhes causa problemas de saúde e doenças graves. Os agentes de endemias também ajudam nas campanhas de vacinação para animais e também para pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento desta pesquisa permitiu constatar que os Agentes de Combate às Endemias exercem atividades indispensáveis à proteção da saúde pública, estando diariamente expostos a agentes químicos, biológicos e físicos capazes de comprometer sua integridade física e mental. Apesar da existência de legislação específica que assegura o adicional de insalubridade, verificou-se que sua efetivação ainda enfrenta entraves administrativos e interpretações divergentes na esfera judicial.

A pesquisa de campo corroborou a realidade vivenciada por esses profissionais, evidenciando que muitos necessitam recorrer ao Poder Judiciário para obter o reconhecimento de um direito previsto em lei, além de enfrentarem situações de hostilidade, insegurança e condições inadequadas de trabalho.

Observou-se também que a jurisprudência, embora caminhe para o reconhecimento da insalubridade da atividade, ainda apresenta entendimentos que dificultam a concessão do benefício, especialmente em razão das exigências relacionadas à comprovação técnica da exposição aos agentes nocivos.

Dessa forma, conclui-se que é necessária uma maior uniformização da aplicação das normas trabalhistas, bem como o fortalecimento das políticas públicas voltadas à proteção e valorização dos Agentes de Combate às Endemias. Garantir condições dignas de trabalho, segurança jurídica e acesso efetivo aos direitos trabalhistas representa não apenas a valorização desses profissionais, mas também o fortalecimento das ações de prevenção e controle das doenças endêmicas, refletindo diretamente na qualidade da saúde pública brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 5 set. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 6.514, de 22 de dezembro de 1977**. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo à segurança e medicina do trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1977. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6514.htm. Acesso em: 5 set. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 11.350, de 5 de outubro de 2006.** Regulamenta o § 5º do art. O art. 198 da Constituição Federal dispõe sobre os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11350.htm. Acesso em: 5 set. 2025.

BRASIL. **Lei n.º 13.342, de 3 de outubro de 2016**. Altera a Lei n.º 11.350/2006 para dispor sobre o adicional de insalubridade dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br. Acesso em: 5 set. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Dia Nacional do Agente Comunitário de Saúde e Dia Nacional dos Agentes de Combate às Endemias**. Brasília: Ministério da Saúde, 2024. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/04-10-dia-nacional-do-agente-comunitario-de-saude-e-dia-nacional-dos-agentes-de-combate-as-endemias/. Acesso em: 5 set. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Secretaria de Vigilância em Saúde**. Departamento de Saúde Ambiental, do Trabalhador e Vigilância das Emergências em Saúde Pública. Manual sobre medidas de proteção à saúde dos agentes de combate às endemias. Brasília: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_protecao_agentes_endemias.pdf. Acesso em: 5 set. 2025.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Norma Regulamentadora n.º 15 (NR-15): Atividades e Operações Insalubres.** Brasília: MTE, 2022. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/comissao-tripartite-partitaria-permanente/normas-regulamentadora/normas-regulamentadoras-vigentes/norma-regulamentadora-no-15-nr-15. Acesso em: 5 set. 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n.º 6.169/2023.** Institui a Lei da Valorização dos Heróis da Saúde. Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2416279. Acesso em: 5 set. 2025.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n.º 1.336/2022.** Brasília, DF, 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/883459-proposta-estabelece-adicional-de-insalubridade-nos-salarios-de-agentes-comunitarios-de-saude/. Acesso em: 5 set. 2025.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). **Exposição ocupacional aos inseticidas utilizados no controle de vetores e seus efeitos sobre a saúde dos trabalhadores.** Recife: CPqAM/FIOCRUZ. Disponível em: https://www.cpqam.fiocruz.br/uploads/Arquivos/0d636821-1ec7-4848-96e7-34f9b7d164b9.pdf. Acesso em: 5 set. 2025.

PORTAL DO SERVIDOR DE MINAS GERAIS. **Saúde ocupacional: insalubridade e periculosidade**. Disponível em: https://www.portaldoservidor.mg.gov.br/saude-ocupacional-insalubridade-periculosidade. Acesso em: 5 set. 2025.

SINDSEP-AM. **Estudo da Fiocruz aponta que agentes desenvolveram doenças graves.** Disponível em: https://www.sindsep-am.com.br/estudo-da-fiocruz-aponta-que-agentes-desenvolveram-doencas-graves/. Acesso em: 5 set. 2025.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. **Precedente sobre adicional de insalubridade dos Agentes Comunitários de Saúde.** Disponível em: https://digepnac-precedentes.trt5.jus.br/node/172964. Acesso em: 5 set. 2025.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula n.º 47.** Brasília: TST. Disponível em: https://www.tst.jus.br. Acesso em: 5 set. 2025.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula n.º 448**. Brasília: TST. Disponível em: https://www.tst.jus.br. Acesso em: 5 set. 2025.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **ARR-1001627-78.2017.5.02.0314**, 6ª Turma, Rel. Min. Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 02 out. 2020.

VIDAL, Priscila Jeronimo da Silva Rodrigues *et al.* **Trabalhadores da saúde expostos a agrotóxicos: um estudo transversal com agentes de combate às endemias do Estado do Rio de Janeiro, Brasil**. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 42, e00045025, 2026. DOI: 10.1590/0102-311XPT045025. Disponível em: https://cadernos.ensp.fiocruz.br/ojs/index.php/csp/article/view/9392. Acesso em: 13 jul. 2026.

Capítulo 35

Fronteiras do Direito: A Violência e o Jogo como Possibilidades no Direito

Borders of Law: Violence and Play as Possibilities Within Law

Simony Jin

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Educação pela UFMT; Auditora de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso

Laís Miranda Lima

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP; Mestre em Direito pela UFMT; Assessora de Auditor Substituto de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso.

Welington Batista Lourenço

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em direito pela UNESP. Oficial de Registro.

Luís Alberto de Jezus

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Mestre em Economia Política pela PUC-SP. Advogado e Economista.

Resumo: A obra Fronteiras do Direito: Analítica da Existência e Crítica das Formas Jurídicas, de Henrique Garbellini Carnio, propõe um debate sobre os limites e as potencialidades do Direito contemporâneo a partir de uma abordagem que integra a violência e o jogo como categorias analíticas. O autor investiga como essas dimensões constituem e desafiam a prática jurídica, sugerindo que o Direito se situa em uma tensa intersecção entre normatividade e existência humana. Este estudo adota metodologia de revisão bibliográfica e análise crítica para explorar como essas categorias se manifestam na teoria e na prática jurídica, articulando a leitura de Garbellini Carnio (n.d.) a um diálogo ampliado com Walter Benjamin (2011), Carl Schmitt (1999), Giorgio Agamben (2004), René Girard (1990), Johan Huizinga (2010), Ludwig Wittgenstein (1999) e Ronald Dworkin (1999), entre outros autores. Propõe-se, ainda, discutir as implicações de se compreender o Direito como fenômeno que transcende o formalismo normativo, posicionando-o como campo de interação entre ordem, poder e criatividade, e de examinar essa moldura teórica à luz de problemas contemporâneos como o ativismo judicial, os estados de excepcionalidade e o acesso à justiça. O estudo conclui que a compreensão do Direito como tensão dinâmica entre violência e jogo oferece ferramentas analíticas valiosas para lidar com os desafios do mundo jurídico contemporâneo, sem que essa moldura esteja isenta de limites e de tensões internas, discutidos na parte final do trabalho.

Palavras-chave: violência; jogo; teoria do direito; filosofia jurídica; Henrique Garbellini Carnio.

Abstract: The book Fronteiras do Direito: Analítica da Existência e Crítica das Formas Jurídicas, by Henrique Garbellini Carnio, proposes a debate on the limits and potentialities of contemporary Law through an approach that integrates violence and play as analytical categories. The author investigates how these dimensions constitute and challenge legal practice, suggesting that Law is situated at a tense intersection between normativity and human existence. This article adopts a methodology of bibliographic review and critical analysis to explore how these categories manifest in legal theory and practice, articulating

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.35

Garbellini Carnio's reading with an expanded dialogue with Walter Benjamin, Carl Schmitt, Giorgio Agamben, René Girard, Johan Huizinga, Ludwig Wittgenstein and Ronald Dworkin, among other authors. It further aims to discuss the implications of understanding Law as a phenomenon that transcends normative formalism, positioning it as a field of interaction between order, power and creativity, and to examine this theoretical framework in light of contemporary problems such as judicial activism, states of exception and access to justice. The study concludes that understanding Law as a dynamic tension between violence and play offers valuable analytical tools to address the challenges of the contemporary legal world, while acknowledging the limits and internal tensions of this framework, discussed in the final part of the article.

Keywords: violence; play; theory of law; legal philosophy; Henrique Garbellini Carnio.

INTRODUÇÃO

A ciência jurídica, ao longo de sua história, buscou respostas para questões fundamentais sobre sua própria natureza: o que é o Direito, quais são seus limites e possibilidades, e como ele interage com as dimensões existenciais da experiência humana. Tradições positivistas tenderam a circunscrever essa indagação ao plano da validade formal das normas; tradições jusnaturalistas, ao plano da justiça material; e correntes mais recentes, de inspiração fenomenológica, hermenêutica e pós-estruturalista, deslocaram o debate para o modo como o Direito se constitui na e pela linguagem, na história e nas relações de poder.

É nesse terceiro horizonte que se situa Fronteiras do Direito: Analítica da Existência e Crítica das Formas Jurídicas, de Henrique Garbellini Carnio (n.d.), obra que oferece uma perspectiva original ao incorporar a violência e o jogo como categorias analíticas para compreender o Direito. Essas noções permitem ao autor explorar as estruturas de poder e as dinâmicas criativas que constituem o campo jurídico, ampliando os horizontes teóricos da ciência jurídica e deslocando-a de uma compreensão estritamente normativa para uma compreensão existencial e cultural do fenômeno jurídico.

Friedrich Nietzsche (1998), em Genealogia da Moral, oferece substrato filosófico relevante para essa discussão ao tratar a violência como condição intrínseca à criação de valores e à dinâmica de poder, na medida em que toda ordem moral e jurídica resultaria, em sua origem, de relações de força entre vontades que se impõem e se subordinam (Nietzsche, 1998). Essa leitura dialoga diretamente com as reflexões de Garbellini Carnio (n.d.) sobre o Direito como estrutura que emerge de atos fundadores violentos e antecipa o diálogo, desenvolvido nas seções seguintes, com a crítica benjaminiana da violência fundadora e conservadora do Direito.

Este estudo investiga como a violência e o jogo operam como possibilidades no Direito, destacando seus aspectos contraditórios e complementares. Adotando método dedutivo e revisão crítica da literatura, o trabalho examina a relação dessas categorias com as práticas normativas e interpretativas contemporâneas, em diálogo com a filosofia do direito, a teoria política e a hermenêutica jurídica. Em relação

à versão original deste estudo, amplia-se significativamente o referencial teórico mobilizado, de modo a situar a proposta de Garbellini Carnio (n.d.) em um quadro mais amplo do pensamento jurídico-filosófico sobre violência, poder e interpretação, e discutir suas implicações para problemas concretos do Direito contemporâneo.

O estudo está estruturado em oito seções, além desta introdução. A segunda seção apresenta o quadro teórico geral sobre Direito, violência e jogo no pensamento contemporâneo. A terceira examina a violência como fundamento e limite do Direito, a partir de Walter Benjamin (2011), Carl Schmitt (2006), Giorgio Agamben (2004), René Girard (1990) e da leitura conjunta de Nietzsche (1998), Artaud (2006) e Dumoulié (1992) sobre a crueldade. A quarta seção discute o jogo como dinâmica criativa e interpretativa, dialogando com Johan Huizinga (2010), Ludwig Wittgenstein (1999) e Ronald Dworkin (1999). A quinta seção propõe uma síntese entre violência e jogo na construção do Direito contemporâneo. A sexta seção discute implicações contemporâneas dessa moldura teórica para o ativismo judicial, os estados de excepcionalidade e o acesso à justiça. A sétima seção apresenta uma discussão crítica sobre os limites da proposta de Garbellini Carnio (n.d.). Por fim, a oitava seção apresenta as considerações finais do trabalho.

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: DIREITO, VIOLÊNCIA E JOGO NO PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO

Da Norma à Força: A Crítica da Violência Fundadora

Por um longo período, a teoria jurídica dominante no século XX, sobretudo em sua vertente positivista, procurou afastar do conceito de Direito qualquer referência explícita à força e à violência, relegando-as ao campo da sociologia ou da política. Hans Kelsen, ao propor uma Teoria Pura do Direito, buscou justamente depurar a ciência jurídica de elementos sociológicos, morais e políticos, concentrando-se na estrutura lógico-normativa do ordenamento e na noção de validade. Ainda assim, mesmo em Kelsen (1998), a coercibilidade permanece como traço distintivo da norma jurídica frente a outras normas sociais, o que já indica a impossibilidade de separar inteiramente o Direito de sua dimensão coativa.

Foi sobretudo a partir da segunda metade do século XX que ganhou força um conjunto de leituras que recolocam a violência no centro da reflexão sobre o Direito, não como elemento externo a ser contido, mas como condição de possibilidade da própria ordem jurídica. Walter Benjamin (2011), Carl Schmitt (2006) , Michel Foucault (n.d.) e Giorgio Agamben (2004), cada um a seu modo, contribuíram para essa reviravolta teórica, ao evidenciar que a normatividade jurídica não pode ser inteiramente dissociada das relações de força que a instituem e a mantêm. É nesse contexto mais amplo que se inscreve a proposta de Henrique Garbellini Carnio (n.d.) em Fronteiras do Direito, obra que recupera e atualiza esse debate ao situá-lo em diálogo com a filosofia da existência e com a crítica das formas jurídicas.

Do Formalismo à Hermenêutica: O Direito como Prática Interpretativa

Paralelamente à reflexão sobre a violência, desenvolveu-se, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, um conjunto de teorias que deslocam o eixo da reflexão jurídica do plano estritamente normativo para o plano interpretativo e linguístico. H. L. A. Hart, em O Conceito de Direito, evidenciou que as normas jurídicas possuem uma "textura aberta", de modo que sua aplicação a casos concretos exige, inevitavelmente, algum grau de discricionariedade interpretativa por parte dos operadores do Direito (Hart, 2009). Ronald Dworkin (1999), em resposta crítica a essa formulação, propôs compreender o Direito como prática interpretativa orientada por princípios, comparando a atividade do juiz à de um autor que continua um "romance em cadeia" iniciado por outros (Dworkin, 1999).

Esse giro interpretativo encontra eco também na filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein, cuja noção de "jogos de linguagem" — desenvolvida nas Investigações Filosóficas — oferece um vocabulário particularmente fecundo para compreender o Direito como prática regrada, mas não inteiramente determinada por suas regras, na medida em que o significado de uma regra somente se manifesta em seu uso, em contextos sociais e institucionais específicos (Wittgenstein, 1999). É precisamente nesse ponto que a metáfora do jogo, central à obra de Garbellini Carnio (n.d.) e desenvolvida por Johan Huizinga (2020) em Homo Ludens, encontra ressonância com um conjunto mais amplo de teorias jurídicas contemporâneas preocupadas em compreender o Direito não como sistema fechado de regras, mas como prática social aberta, interpretativa e, em certo sentido, lúdica.

A articulação entre essas duas linhagens teóricas — a crítica da violência fundadora, de um lado, e a virada hermenêutica e interpretativa, de outro — constitui o quadro de fundo a partir do qual este estudo lê e amplia a proposta de Henrique Garbellini Carnio (n.d.), retomando, nas seções seguintes, cada um desses eixos com maior profundidade.

A VIOLÊNCIA COMO FUNDAMENTO E LIMITE DO DIREITO

Violência Fundadora e Violência Conservadora em Walter Benjamin

Henrique Garbellini Carnio (n.d.) identifica a violência como elemento constitutivo do Direito. Sob sua perspectiva, o Direito não é apenas um meio para conter a violência, mas também uma manifestação dela. O autor dialoga, nesse ponto, com Walter Benjamin (2011), que, em seu ensaio Para uma Crítica da Violência, distingue entre uma violência fundadora (rechtsetzende Gewalt), que institui o Direito e o estabelece como ordem, e uma violência conservadora (rechtserhaltende Gewalt), que o mantém e o reproduz ao longo do tempo. Para

Benjamin, todo ordenamento jurídico remonta, em sua origem histórica, a um ato de força que não encontra fundamento em nenhuma norma anterior, de modo que a legalidade subsequente repousa sobre uma violência que a antecede e que ela mesma busca obscurecer (Benjamin, 2011).

Essa violência é simultaneamente um ato de criação e de exclusão, delimitando quem pode ou não participar do sistema jurídico. A leitura benjaminiana é especialmente relevante porque desloca o problema da legitimidade do Direito do plano puramente normativo para o plano histórico-político: perguntar pela legitimidade de uma ordem jurídica implica, nessa perspectiva, perguntar pelas condições de força que a tornaram possível, e não apenas pela coerência interna de suas normas.

Soberania, Decisão e Estado de Exceção

Essa reflexão sobre a violência fundadora encontra prolongamento relevante na teoria da soberania de Carl Schmitt, para quem o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção, isto é, aquele que tem o poder de suspender a ordem jurídica vigente em nome de sua própria preservação (Schmitt, 2006). A decisão soberana, nessa leitura, não deriva de nenhuma norma pré-existente, situando-se em uma zona de indistinção entre o jurídico e o extrajurídico que recoloca, em termos políticos, o problema da violência fundadora discutido por Benjamin.

Giorgio Agamben (2004), em Estado de Exceção e em Homo Sacer, radicaliza essa análise ao mostrar como o estado de exceção, originalmente concebido como medida temporária e excepcional, tende a se converter em paradigma permanente de governo nas democracias contemporâneas, nas quais a suspensão do Direito ordinário passa a operar como técnica regular de poder, e não apenas como resposta a crises pontuais (Agamben, 2004). Essa análise é particularmente útil para compreender, na seção 6 deste estudo, como a tensão entre violência e jogo se manifesta em contextos de excepcionalidade jurídica contemporânea — estados de calamidade, medidas de exceção sanitária, legislações antiterroristas — nos quais o componente coercitivo do Direito tende a se sobrepor ao seu componente interpretativo e dialógico.

Bode Expiatório e a Contenção da Violência Mimética

Outra contribuição relevante para compreender a relação entre Direito e violência provém da antropologia filosófica de René Girard, cuja teoria do desejo mimético e do mecanismo do bode expiatório explica como sociedades arcaicas e modernas lidam com a violência interna por meio de sua canalização sobre uma vítima — real ou simbólica — cuja exclusão ou sacrifício permite restaurar, ainda que precariamente, a ordem social. Para Girard, o Direito moderno seria, em certo sentido, a institucionalização racionalizada desse mecanismo: ao substituir a vingança privada e ilimitada por um sistema de sanções previsíveis e proporcionais, o Direito canaliza a violência coletiva e a converte em violência regulada, evitando o ciclo sem fim da vingança recíproca (Girard, 1990).

Essa contenção, contudo, não elimina a violência, apenas a desloca e a institucionaliza: a violência coletiva canalizada pelo Direito busca evitar o caos social, mas frequentemente ao custo de instituir novas formas de exclusão, seja por meio da seletividade penal, seja por meio da produção de "bodes expiatórios" institucionais em momentos de crise política ou social. Essa ideia ressalta a necessidade de compreender como o Direito negocia constantemente entre ordem e exclusão, problema que permanece atual em discussões contemporâneas sobre seletividade do sistema penal e sobre os efeitos simbólicos de processos de responsabilização política e institucional.

A Crueldade como Força Reveladora: Artaud, Nietzsche e Dumoulié

Antonin Artaud, ao refletir sobre a violência criativa no teatro em O Teatro e seu Duplo, sugere que a crueldade cênica constitui uma ruptura necessária para revelar dimensões da existência que o discurso racional ordinário tende a encobrir (Artaud, 2006). No Direito, essa violência fundante pode ser vista, por analogia, como a ruptura que estabelece normas, mas também como uma sombra que desafia permanentemente sua legitimidade, na medida em que toda ordem jurídica carrega, em sua origem, o traço daquilo que precisou suprimir ou silenciar para se constituir.

A leitura de Camille Dumoulié (1992) em Nietzsche (1998) e Artaud (2006): Pour une Éthique de la Cruauté enriquece ainda mais essa reflexão. Dumoulié argumenta que a crueldade, tanto em Nietzsche quanto em Artaud, não é meramente destrutiva, mas constitui força criativa e reveladora, que expõe os limites e as contradições das normas e, justamente por isso, possibilita sua reinvenção ética e cultural (Dumoulié, 1992). No campo jurídico, essa perspectiva convida a enxergar a violência não apenas como elemento a ser reprimido, mas como componente que, ao tensionar as estruturas normativas estabelecidas, também as torna passíveis de crítica e de transformação.

No entanto, o Direito também se propõe a limitar a violência por meio da normatização dos conflitos. Essa limitação é, muitas vezes, contraditória, pois transforma a violência direta em formas institucionais e simbólicas de poder — o que Pierre Bourdieu descreveu, em outro registro teórico, como a "força do direito": a capacidade do campo jurídico de converter relações de força em relações de sentido, naturalizando, por meio de sua linguagem técnica e de seus rituais processuais, hierarquias sociais que, de outro modo, apareceriam como arbitrárias (Bourdieu, 2014). Garbellini Carnio (n.d.) aponta que o desafio está em reconhecer e problematizar essa tensão, permitindo uma reflexão crítica sobre os fundamentos éticos e políticos do Direito, e não em negá-la ou ocultá-la sob a aparência de neutralidade técnica do discurso jurídico.

O JOGO COMO DINÂMICA CRIATIVA E INTERPRETATIVA

Homo ludens: O Jogo como Fenômeno Cultural

Por outro lado, o jogo representa a dinâmica criativa do Direito. Garbellini Carnio (n.d.) utiliza o conceito de jogo para descrever o caráter interativo e flexível do sistema jurídico. Assim como em um jogo, o Direito depende de regras compartilhadas e de uma arena na qual os conflitos são processados. Mais do que isso, o jogo no Direito envolve interpretação, estratégia e criatividade.

O conceito de jogo pode ser amplamente enriquecido pelo pensamento de Johan Huizinga (2010) em Homo Ludens, no qual o autor argumenta que o jogo é uma das atividades fundamentais da cultura humana, anterior mesmo à própria cultura em sentido estrito, na medida em que esta se desenvolveria, em grande parte, a partir de formas lúdicas primitivas. Segundo Huizinga (2010), o jogo transcende as necessidades da vida imediata, conferindo sentido e significado à experiência humana por meio da criação de um espaço e de um tempo próprios, delimitados por regras que os participantes aceitam voluntariamente (Huizinga, 2010). Aplicando essa ideia ao Direito, é possível compreender que a prática jurídica não constitui apenas exercício técnico ou normativo, mas também expressão cultural que reflete a busca por ordem, justiça e equilíbrio dentro de um espaço de criatividade e interação social — o processo judicial, por exemplo, compartilha com o jogo a delimitação de um tempo e de um espaço próprios, regidos por regras procedimentais que todos os participantes, ao menos formalmente, aceitam observar.

Nietzsche (1992), em O Nascimento da Tragédia, complementa essa perspectiva ao associar o impulso dionisíaco da existência a uma dimensão de jogo e de criação que escapa ao controle puramente racional e calculista. No Direito, esse componente lúdico permite que as normas sejam reinterpretadas e adaptadas às mudanças sociais, criando espaços para inovação jurídica que o formalismo estrito tenderia a obstruir.

Jogos de Linguagem e Regras Jurídicas

A noção wittgensteiniana de jogos de linguagem, mencionada na seção 2 deste estudo, oferece ferramenta conceitual particularmente útil para compreender como as regras jurídicas funcionam na prática. Para Wittgenstein (1992), seguir uma regra não é meramente aplicar mecanicamente um enunciado abstrato a um caso concreto, mas participar de uma prática social compartilhada, na qual o significado da regra se constitui e se revela em seu próprio uso. Transposta para o Direito, essa concepção permite compreender por que mesmo as normas jurídicas mais detalhadas não conseguem prever, de antemão, todas as situações de aplicação possíveis: o sentido de uma norma somente se atualiza, e em certo sentido somente se completa, no momento de sua aplicação a um caso concreto, em diálogo com a comunidade de operadores jurídicos que partilham determinadas convenções interpretativas.

Essa abertura interpretativa não deve ser confundida, contudo, com arbitrariedade. Da mesma forma que um jogo possui regras que delimitam o que conta como jogada válida, mesmo quando admite múltiplas estratégias possíveis, o Direito possui critérios institucionais que delimitam o que conta como interpretação jurídica aceitável, ainda que permita divergências razoáveis entre diferentes intérpretes. É nesse equilíbrio entre regra e criatividade que reside, segundo a leitura aqui proposta, o núcleo mais fecundo da metáfora do jogo aplicada ao Direito.

O Direito como Romance em Cadeia: A Leitura Dworkiniana

Ronald Dworkin (1999) oferece uma das formulações mais influentes dessa dimensão interpretativa do Direito ao compará-la à atividade de um romancista que continua uma obra coletiva iniciada por outros autores, na qual cada novo capítulo deve, simultaneamente, ser fiel ao que já foi escrito e oferecer a melhor continuação possível para a história, segundo critérios de coerência narrativa e de integridade. Aplicada ao Direito, essa imagem sugere que o juiz, ao decidir um caso difícil, não está livre para escrever qualquer história, mas também não está inteiramente preso a uma única solução logicamente dedutível das normas existentes: sua tarefa consiste em produzir a interpretação que melhor se ajuste à história institucional pregressa e que, ao mesmo tempo, a justifique da forma mais coerente possível à luz dos princípios subjacentes ao sistema jurídico.

Essa imagem do romance em cadeia aproxima-se, em diversos pontos, da metáfora do jogo desenvolvida por Garbellini Carnio (n.d.) a partir de Huizinga (2010): em ambos os casos, a prática jurídica é compreendida como atividade coletiva, temporal e regrada, na qual cada participante herda um conjunto de constrangimentos institucionais, mas também dispõe de margem real de criação dentro desses limites. A diferença relevante está em que a metáfora do jogo enfatiza mais explicitamente o componente de disputa, estratégia e interesse contraposto entre os participantes — o que a torna, para os fins deste estudo, particularmente adequada para iluminar a dimensão processual e adversarial do Direito, e não apenas sua dimensão de produção doutrinária e jurisprudencial.

A Criatividade Interpretativa dos Operadores do Direito

Ao relacionar a leitura de Camille Dumoulié (1992) ao conceito de jogo, surge uma dimensão ética do lúdico que ecoa a crueldade criativa presente em Artaud. Para Dumoulié (1992), o jogo, assim como a crueldade, pode ser visto como forma de libertação das convenções e das limitações impostas pelas normas. No Direito, isso se manifesta na capacidade do sistema jurídico de se reinventar, abrindo espaço para novos significados e interpretações que rompem com a rigidez normativa (Dumoulié, 1992).

O jogo jurídico não é apenas um espaço de aplicação das normas, mas também um ambiente no qual os operadores do Direito exercem suas habilidades interpretativas e estratégicas. Cada caso jurídico pode ser comparado a uma partida, na qual advogados, juízes e partes envolvidas negociam, disputam interpretações e

constroem narrativas. Essa interação dinâmica torna o Direito um sistema aberto e adaptável, que se molda de acordo com as demandas sociais e as transformações históricas.

Huizinga (2010) destaca, ademais, que o jogo é regido por regras que, embora arbitrárias quando consideradas isoladamente de sua função social, são essenciais para garantir a ordem e a previsibilidade dentro do círculo mágico que o próprio jogo institui. No Direito, essas regras são as normas jurídicas, mas sua aplicação e interpretação dependem da criatividade e da habilidade dos atores jurídicos. Nesse contexto, o jogo jurídico assume papel central na construção de significados e na promoção da justiça em ambiente plural e em constante transformação. Ao trazer o conceito de homo ludens para o campo jurídico, fica evidente que a prática do Direito não se limita à atividade racional e técnica: ela incorpora elementos de criatividade, competição e colaboração, características que tornam o jogo metáfora poderosa para compreender como o Direito funciona enquanto fenômeno cultural e social.

A SÍNTESE ENTRE VIOLÊNCIA E JOGO NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Equilíbrio Dinâmico entre Coerção e Criatividade

A tensão entre violência e jogo é central para compreender o Direito como fenômeno social e político. Enquanto a violência representa o lado coercitivo e impositivo do sistema jurídico, o jogo simboliza sua capacidade de criar espaços de interação, negociação e transformação. Henrique Garbellini Carnio (n.d.) sugere que o equilíbrio entre esses elementos é o que confere ao Direito sua dinamicidade e resiliência frente aos desafios contemporâneos.

A violência, como fundamento do Direito, estabelece a autoridade necessária para sua existência, mas corre o risco de se tornar arbitrária e opressora, sobretudo quando a dimensão decisória, schmittiana, se sobrepõe inteiramente à dimensão deliberativa e interpretativa do sistema jurídico. O jogo, por sua vez, oferece uma válvula de escape para essa rigidez, permitindo que as normas sejam reinterpretadas, contestadas e adaptadas às realidades sociais. Nesse sentido, o jogo jurídico funciona como contrapeso à violência fundadora, possibilitando a renovação constante do sistema normativo, sem o que o Direito tenderia a se cristalizar em pura imposição, perdendo a legitimidade que apenas a contínua reconstrução interpretativa pode lhe assegurar.

Johan Huizinga (2010), em Homo Ludens, afirma que o jogo cria ordem, sendo ele próprio uma forma de ordem, ainda que essa ordem seja fluida e aberta a novas possibilidades. No campo jurídico, essa fluidez é essencial para lidar com a complexidade dos conflitos humanos. Ao integrar elementos lúdicos, o Direito se torna espaço de criatividade no qual soluções inovadoras podem emergir de contextos aparentemente insolúveis — o que se observa, por exemplo, na construção jurisprudencial de novos direitos a partir da reinterpretação de cláusulas

constitucionais abertas, processo que combina, simultaneamente, vinculação a um texto normativo preexistente e criatividade interpretativa genuína.

Dimensão Ética e Política da Síntese

Além disso, a interação entre violência e jogo no Direito reflete uma dimensão ética relevante. René Girard (1990), ao discutir o papel do bode expiatório, destaca que a violência precisa ser canalizada para evitar o caos social, mas alerta para o risco de exclusões injustas decorrentes desse mesmo mecanismo de canalização. O jogo jurídico, ao oferecer espaço para disputas e negociações regradas, pode mitigar esses riscos, promovendo maior inclusão e justiça, na medida em que amplia as possibilidades de contestação e de revisão das decisões que, de outro modo, apareceriam como definitivas e inquestionáveis.

Camille Dumoulié (1992), ao articular a ética da crueldade em Nietzsche (1998) e em Artaud (2006), contribui para essa reflexão ao propor que a síntese entre violência e jogo no Direito deve ser vista como processo criativo e transformador. Para Dumoulié (1992), essa dinâmica permite que o Direito enfrente suas próprias limitações, renovando constantemente seus fundamentos éticos e políticos. Tal renovação não ocorre, contudo, de forma automática ou garantida: ela depende de condições institucionais concretas — independência judicial, pluralismo de vozes no debate jurídico, acesso efetivo aos mecanismos de contestação — sem as quais o componente lúdico do Direito tende a se atrofiar, restando apenas sua face coercitiva.

Por fim, a síntese entre violência e jogo também envolve dimensão política. O Direito, como campo de poder, opera em equilíbrio delicado entre imposição e consenso. A violência garante a estabilidade necessária para a aplicação das normas, enquanto o jogo promove a legitimidade democrática ao permitir que diferentes vozes sejam ouvidas e que as regras sejam questionadas e reformuladas. Essa dualidade torna o Direito instrumento poderoso para enfrentar os desafios do mundo contemporâneo, sem perder de vista sua função primordial de promover a justiça — desde que, como se discutirá na seção seguinte, essa dualidade não se rompa em favor de um dos polos, em prejuízo do outro.

IMPLICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS: VIOLÊNCIA, JOGO E OS DESAFIOS DO DIREITO ATUAL

Ativismo Judicial e os Limites do Jogo Interpretativo

A moldura teórica discutida nas seções anteriores oferece instrumental relevante para compreender debates contemporâneos sobre os limites da atuação judicial em sistemas constitucionais que atribuem amplos poderes interpretativos a cortes superiores. O fenômeno conhecido como ativismo judicial — a expansão da atuação dos tribunais sobre matérias tradicionalmente reservadas aos poderes eleitos — pode ser lido, à luz da metáfora do jogo, como deslocamento das regras

que definem os limites legítimos da jogada interpretativa: quando um tribunal passa a se comportar não apenas como árbitro do jogo constitucional, mas também como jogador que redefine unilateralmente suas próprias regras, a fronteira entre interpretação legítima e usurpação de competências torna-se cada vez mais tênue.

Essa tensão ilustra, de modo concreto, o risco apontado na seção anterior: o componente lúdico do Direito, quando dissociado de seus constrangimentos institucionais — respeito à separação de poderes, deferência aos precedentes, fundamentação adequada das decisões —, pode se converter em pura imposição de vontade, isto é, em violência travestida de interpretação. A imagem dworkiniana do romance em cadeia é particularmente útil aqui: um juiz que ignora inteiramente os capítulos anteriores da história institucional não está mais jogando o jogo interpretativo do Direito, mas substituindo-o por um exercício de poder que, ainda que formalmente revestido de linguagem jurídica, perde a legitimidade que decorreria de sua inserção em uma prática coletiva e historicamente situada.

Esse debate ganhou contornos particularmente visíveis no constitucionalismo latino-americano contemporâneo, no qual cortes constitucionais e supremos tribunais passaram, em diferentes graus, a desempenhar papel decisório em controvérsias de natureza eminentemente política — desde a definição de políticas públicas de saúde e de educação até a regulação de processos eleitorais e de relações entre os próprios poderes constituídos. Defensores dessa expansão argumentam que ela seria resposta necessária a omissões ou a disfunções dos poderes representativos, configurando o que parte da literatura denomina judicialização da política; críticos, por sua vez, alertam para o risco de transferência indevida de decisões essencialmente majoritárias para órgãos não eleitos, cuja legitimidade democrática é, por desenho institucional, de natureza distinta. A moldura violência-jogo aqui desenvolvida não pretende resolver essa controvérsia, mas oferece vocabulário para nomear o fenômeno com maior precisão analítica: trata-se, em última instância, de perguntar se o árbitro do jogo constitucional permanece jogando segundo as regras que o constituem como árbitro, ou se passou a jogar a partida em seu próprio nome.

Estados de Excepcionalidade e a Normalização da Violência Jurídica

A reflexão de Agamben (2010) sobre a permanência do estado de exceção como paradigma de governo, discutida na seção 3.2, oferece outra via de aplicação contemporânea da moldura teórica deste estudo. Situações como calamidades públicas, emergências sanitárias e legislações de combate ao terrorismo têm revelado, em diferentes países, inclusive no Brasil, uma tendência à ampliação de poderes excepcionais do Executivo, com suspensão ou relativização de garantias processuais e de controles ordinários sobre a ação estatal. Nesses contextos, a dimensão de violência fundadora e conservadora do Direito, discutida a partir de Benjamin e Schmitt, tende a se sobrepor à dimensão lúdica e dialógica, restringindo o espaço de contestação e de negociação que caracteriza o jogo jurídico em condições de normalidade institucional.

A permanência desse padrão, mesmo após a superação formal das crises que o justificaram inicialmente, levanta questão central para a teoria do Direito contemporânea: em que medida é possível restaurar, após períodos de excepcionalidade prolongada, o equilíbrio entre violência e jogo que Garbellini Carnio (n.d.) identifica como condição de dinamicidade e legitimidade do sistema jurídico? A resposta a essa questão excede os limites deste estudo, mas a moldura teórica aqui desenvolvida oferece, ao menos, vocabulário conceitual adequado para formulá-la com maior precisão.

Acesso à Justiça e a Democratização do Jogo Jurídico

Um terceiro campo de aplicação contemporânea da síntese entre violência e jogo refere-se ao problema do acesso à justiça. Se o Direito é compreendido como jogo, é necessário indagar quem, de fato, está habilitado a participar dele em condições de relativa igualdade. A literatura sobre acesso à justiça, desde os estudos pioneiros do Florence Access to Justice Project nas décadas de 1970 e 1980, evidencia que desigualdades econômicas, educacionais e culturais condicionam, de forma significativa, a capacidade real dos indivíduos de utilizar os mecanismos jurídicos disponíveis, ainda que estes sejam formalmente acessíveis a todos.

Sob essa perspectiva, falar do Direito como jogo exige reconhecer que nem todos os jogadores entram na partida em condições equivalentes de conhecimento das regras, de recursos para custear sua participação e de capital social e simbólico — na acepção de Bourdieu — para fazer valer suas pretensões perante o sistema jurídico. Políticas públicas de assistência judiciária gratuita, juizados especiais, mecanismos de solução consensual de conflitos e iniciativas de educação jurídica popular podem ser compreendidas, nessa leitura, como esforços institucionais voltados a democratizar o acesso ao jogo jurídico, reduzindo as assimetrias que, de outro modo, tenderiam a reproduzir, sob a aparência de neutralidade processual, as desigualdades de poder já existentes na sociedade.

DISCUSSÃO CRÍTICA: LIMITES E POTENCIALIDADES DA PROPOSTA DE GARBELLINI CARNIO

A leitura desenvolvida nas seções anteriores evidencia a fecundidade analítica da proposta de Henrique Garbellini Carnio (n.d.), mas não a isenta de tensões internas que merecem ser examinadas com rigor crítico, sob pena de transformar a moldura violência-jogo em chave explicativa totalizante, aplicável indistintamente a qualquer fenômeno jurídico sem maior poder de discriminação teórica.

Em primeiro lugar, cabe indagar se a oposição entre violência e jogo não corre o risco de naturalizar excessivamente a primeira, tratando-a como dado ontológico inescapável do fenômeno jurídico, e não como construção histórica específica de determinadas formações sociais e políticas. Tradições críticas de inspiração marxista, por exemplo, tenderiam a relacionar a violência fundadora do Direito moderno não a uma condição existencial universal, mas a relações de

produção e de propriedade historicamente determinadas, associadas à emergência do modo de produção capitalista e à necessidade de garantir, por meio do aparato jurídico-estatal, a reprodução dessas relações. Sob essa ótica, a violência do Direito seria menos uma fatalidade existencial do que um traço contingente, passível de transformação histórica radical — e não apenas de gerenciamento equilibrado por meio do componente lúdico do sistema.

Em segundo lugar, a metáfora do jogo, embora fecunda, apresenta limites quando aplicada sem mediações ao campo jurídico. Diferentemente da maior parte dos jogos, em que os participantes aceitam voluntariamente as regras e podem, em princípio, abandonar a partida, a sujeição ao Direito não é, via de regra, voluntária: o indivíduo nasce sob uma ordem jurídica que não escolheu e da qual frequentemente não pode se retirar livremente. Essa diferença estrutural impõe cautela ao se importar, sem ressalvas, categorias como "jogadores", "regras do jogo" e "vitória" para descrever relações jurídicas marcadas, em muitos casos, por relações de poder profundamente assimétricas, nas quais um dos polos — o Estado, em sua face punitiva, é o exemplo mais evidente — não está exatamente "jogando" no mesmo sentido em que o faz a parte privada sujeita a seu poder coercitivo.

Em terceiro lugar, é possível questionar se a síntese entre violência e jogo, tal como proposta por Garbellini Carnio (n.d.), oferece critérios suficientemente determinados para avaliar, em casos concretos, quando o equilíbrio entre esses polos foi rompido em favor de um deles. A própria discussão desenvolvida na seção 6 deste estudo — sobre ativismo judicial, estados de exceção e acesso à justiça — sugere que identificar esse desequilíbrio é tarefa eminentemente política e contextual, que a moldura teórica geral não resolve por si só, ainda que ofereça vocabulário valioso para nomeá-la e para orientar a reflexão normativa sobre como corrigi-la.

Reconhecer esses limites não invalida, contudo, a contribuição da obra. Ao contrário, permite situá-la com maior precisão: a moldura violência-jogo oferece menos uma teoria geral e fechada do Direito do que um instrumento heurístico — um conjunto de lentes conceituais que permite enxergar, em fenômenos jurídicos aparentemente distintos, um padrão comum de tensão entre coerção e criatividade, sem que essa tensão precise ser resolvida de uma vez por todas em qualquer direção. É precisamente esse caráter aberto e não dogmático que torna a proposta de Garbellini Carnio (n.d.) um ponto de partida fecundo para investigações ulteriores, e não um sistema acabado de explicação do fenômeno jurídico.

Vale ainda observar que a moldura analítica discutida neste estudo dialoga, em alguma medida, com outras tentativas contemporâneas de superar a dicotomia rígida entre Direito como pura coerção e Direito como pura argumentação racional. A teoria da argumentação jurídica, de inspiração habermasiana, por exemplo, enfatiza a dimensão dialógica e procedimental da legitimidade jurídica, mas tende a pressupor condições ideais de discurso que dificilmente se verificam por completo em contextos reais de litígio, marcados por assimetrias de poder, de informação e de recursos. A proposta de Garbellini Carnio (n.d.), ao manter a violência como polo irredutível da reflexão, e não como mera distorção a ser eliminada por procedimentos

discursivos aperfeiçoados, oferece, nesse sentido, contraponto realista a leituras excessivamente otimistas sobre a racionalidade do discurso jurídico, sem com isso recair em um decisionismo que reduza o Direito a puro exercício de força. É nesse espaço intermediário — entre o otimismo procedimental e o decisionismo cético — que a leitura aqui proposta situa sua contribuição mais original.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fronteiras do Direito oferece contribuição significativa para os debates sobre a ciência jurídica contemporânea. Ao incorporar a violência e o jogo como categorias centrais, Henrique Garbellini Carnio (n.d.) desafia o leitor a repensar o Direito como fenômeno em constante transformação, situado entre a normatividade e a existência. Este estudo buscou, a partir dessa proposta, construir um diálogo mais amplo com a tradição filosófica e jurídica que discute a relação entre Direito, força e interpretação — de Walter Benjamin (2011) a Carl Schmitt (2006) e Giorgio Agamben (2004), no que concerne à violência fundadora e à excepcionalidade; de Johan Huizinga (2010) a Ludwig Wittgenstein (1999) e Ronald Dworkin (1999), no que concerne à dimensão lúdica e interpretativa da prática jurídica.

Esse olhar crítico é especialmente relevante em tempos de crise social e política, nos quais o Direito é frequentemente chamado a lidar com conflitos complexos e multifacetados — fenômeno evidenciado, na seção 6 deste estudo, pelas discussões sobre ativismo judicial, normalização da excepcionalidade jurídica e desigualdade no acesso à justiça. Reconhecer a tensão entre violência e jogo permite que o Direito se torne mais responsivo e sensível às demandas de justiça e equidade, ao mesmo tempo em que oferece parâmetros para identificar quando essa tensão se rompe em prejuízo da legitimidade do sistema jurídico como um todo.

A discussão crítica desenvolvida na seção 7 procurou, por sua vez, evitar uma adesão acrítica à moldura teórica de Garbellini Carnio (n.d.), situando-a entre outras leituras possíveis da relação entre Direito e violência — em particular as leituras de inspiração materialista, que historicizam essa violência em vez de tratá-la como condição existencial universal — e apontando os limites da metáfora do jogo quando aplicada a relações jurídicas marcadas por assimetrias estruturais de poder. Tal exercício crítico não diminui o valor da obra analisada, mas o qualifica, situando-o como contribuição relevante, ainda que não exaustiva, para a compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo.

Este estudo conclui que, ao explorar as fronteiras do Direito, é possível construir prática jurídica mais consciente de seus limites e potencialidades, atenta tanto à dimensão coercitiva que toda ordem normativa necessariamente comporta quanto à dimensão criativa e interpretativa que permite sua renovação constante. Compreender o Direito como tensão dinâmica entre violência e jogo — e não como síntese definitivamente resolvida entre esses polos — constitui, nesse sentido, contribuição duradoura para uma prática jurídica mais reflexiva, mais atenta a seus

próprios pressupostos e, em última análise, mais comprometida com a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I.** Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ARTAUD, Antonin. **O teatro é seu duplo.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BENJAMIN, Walter. **Para uma crítica da violência.** In: BENJAMIN, Walter. Escritos sobre mito e linguagem. Tradução de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Tradução de Fernando Tomaz. 17. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Fronteiras do Direito: analítica da existência e crítica das formas jurídicas.** São Paulo: Saraiva, [s.d.].

DUMOULIÉ, Camille. **Nietzsche et Artaud: pour une éthique de la cruauté.** Paris: Presses universitaires de France, 1992.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado.** Tradução de Martha Conceição Gambini. São Paulo: Paz e Terra; Editora Universidade Estadual Paulista, 1990.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito.** Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens: o jogo como elemento da cultura.** Tradução de João Paulo Monteiro. São Paulo: Perspectiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NIETZSCHE, Friedrich. **O nascimento da tragédia.** Tradução de Jacó Guinsburg. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da moral.** Tradução de Paulo Cesar de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SCHMITT, Carl. **Teologia política.** Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** Tradução de Marcos G. Montagnoli. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

Capítulo 36

Controle de Convencionalidade e Lei de Anistia: Uma Análise do Caso Gomes Lund e Seus Impactos no Sistema Jurídico Brasileiro

Conventionality Control and the Amnesty Law: An Analysis of the Gomes Lund Case and Its Impacts on the Brazilian Legal System

Leandro Ernani Freitag
https://lattes.cnpq.br/2621238028688202

Resumo: O presente estudo analisa o julgamento da constitucionalidade da Lei de Anistia, pelo Supremo Tribunal Federal, em contraposição ao Caso Gomes Lund e outros, também conhecido como Caso Guerrilha do Araguaia, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Objetiva-se demonstrar como o controle de convencionalidade atua como um fenômeno jurídico transnacional, especialmente diante de seus impactos nos âmbitos externo e interno. A hipótese central do estudo é que esse julgamento demonstra a influência da transnacionalidade jurídica no ordenamento brasileiro, estabelecendo a primazia das normas internacionais sobre o direito interno. Em síntese, o artigo conclui que a decisão da Corte, ao declarar a Lei de Anistia incompatível com a Convenção Americana, força uma reavaliação do papel que cabe ao Estado brasileiro, incluindo seus órgãos judiciais, e serve de marco na jurisprudência da Corte, reafirmando o dever estatal de investigar, processar e punir crimes contra a humanidade. Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: controle de convencionalidade; lei de anistia; transnacionalidade.

Abstract: This study analyzes the judgment on the constitutionality of the Amnesty Law by the Brazilian Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) in contrast with the Gomes Lund *et al*. case, also known as the Araguaia Guerrilla Case, decided by the Inter-American Court of Human Rights. The objective is to demonstrate how conventionality control operates as a transnational legal phenomenon, particularly in light of its impacts on both the international and domestic spheres. The central hypothesis is that this decision illustrates the influence of legal transnationality within the Brazilian legal system by establishing the primacy of international norms over domestic law. In summary, the article concludes that the Court's decision declaring the Amnesty Law incompatible with the American Convention on Human Rights requires a reassessment of the role of the Brazilian State, including its judicial bodies, and constitutes a landmark in the Court's jurisprudence by reaffirming the State's duty to investigate, prosecute, and punish crimes against humanity. Regarding the methodology, the study employed the inductive method during the investigation phase, the Cartesian method during the data analysis phase, and the deductive logical approach in the preparation of the final text. Throughout the different stages of the research, the techniques of referent analysis, category analysis, operational concept analysis, and bibliographic research were applied.

Keywords: conventionality control; Amnesty Law; legal transnationality.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.36

INTRODUÇÃO

O cenário jurídico contemporâneo é marcado por uma crescente conexão entre as ordens jurídicas nacionais e internacionais, impulsionada, entre outros fatores, pela universalização dos direitos humanos. O Brasil, como um Estado de Direito que internalizou diversos tratados internacionais e reconheceu a jurisdição de cortes supranacionais, está inserido nessa dinâmica. Essa evolução tem desafiado as concepções tradicionais de soberania estatal e hierarquia normativa, exigindo uma reavaliação de como as normas jurídicas são criadas, interpretadas e aplicadas.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade emerge como um instrumento para analisar e corrigir a compatibilidade das normas internas com os tratados de direitos humanos em vigor no país, em particular a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A internalização de tratados de direitos humanos, a submissão do país à jurisdição de cortes internacionais e a necessidade de compatibilizar a ordem jurídica interna com tratados internacionais ratificados e em vigor implicam interações que transcendem as fronteiras nacionais, caracterizando o que é chamado de transnacionalidade jurídica. É nesse cenário que o julgamento do Caso Gomes Lund e outros, conhecido como Caso Guerrilha do Araguaia, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ganha relevância especial. O caso desafia a interpretação doméstica da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979) pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com as obrigações internacionais de direitos humanos assumidas pelo Estado brasileiro.

Assim, o objetivo principal deste estudo é analisar a aplicabilidade do controle de convencionalidade como fenômeno transnacional, por meio do exame do Caso Guerrilha do Araguaia – como julgado, no âmbito internacional, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – e da constitucionalidade da Lei de Anistia, como decidido, na seara doméstica, pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, a pesquisa fundamenta-se na hipótese central de que o julgamento do referido caso demonstrou que a ordem jurídica brasileira é permeada pela transnacionalidade jurídica, o que confronta a interpretação doméstica da Lei de Anistia e estabelece um precedente no sentido da primazia das normas internacionais de direitos humanos sobre o direito interno.

O estudo aborda essa problemática em uma estrutura que se inicia pela conceituação do controle de convencionalidade e de seus impactos nos âmbitos externo e interno, para, em seguida, aplicar esses referenciais teóricos ao exemplo prático do julgamento do Caso Guerrilha do Araguaia e da Lei de Anistia. Por fim, a discussão aprofunda-se na análise das hipóteses, avaliando a forma como a decisão da Corte internacional e a aplicação do controle de convencionalidade refletem a crescente influência de um sistema jurídico transnacional na jurisdição brasileira, apesar da resistência interna espelhada pelo julgamento, em linha contrária, do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à metodologia empregada, destaca-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o cartesiano, e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (Pasold, 2018).

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

> O Direito Internacional pode ser compreendido como o conjunto de regras e princípios que regulam a sociedade internacional e têm por objetivo definir as responsabilidades legais dos Estados em suas relações uns com os outros e com os indivíduos que dela fazem parte. Os tratados internacionais são a principal fonte do direito internacional, pois representam a vontade soberana dos Estados e organizações internacionais de ajustar uma relação jurídica por meio de uma norma comum entre si (Varella, 2011, p. 37).

A obrigatoriedade de observância das disposições insculpidas nos tratados internacionais está expressamente prevista no art. 26 da Convenção de Viena (Brasil, 2009), segundo o qual "todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé". Cuida-se do princípio fundamental do direito dos tratados, que consagra a regra do *pacta sunt servanda*. Já o art. 27 da mesma normativa prevê que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". Ou seja, os Estados não podem furtar-se a cumprir, de boa-fé, as obrigações assumidas internacionalmente quando da ratificação de um tratado internacional invocando normas internas, haja vista que esse dever vigora ainda que existam disposições em contrário em seu direito interno.

No âmbito do sistema interamericano, os artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Direito Humanos (Brasil, 1992), conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, preveem o compromisso de os Estados-Partes respeitarem os direitos e liberdades nela reconhecidos, a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição e a adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para efetivar esses direitos e liberdades, caso inexistentes.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade surge como um instrumento do direito internacional que visa assegurar que as normas jurídicas internas de um Estado estejam em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado, exigindo que a legislação nacional se alinhe à ordem jurídica internacional e respeite os compromissos internacionais assumidos pelo país.

Ensina Dias que o controle de convencionalidade é o mecanismo jurídico que assegura a compatibilidade do direito interno de um Estado com as normas e obrigações de tratados internacionais, especialmente em direitos humanos. Ele

exige que as leis e sua interpretação estejam em conformidade com a ordem jurídica internacional, incluindo a jurisprudência de cortes como a CIDH. A efetivação desse controle impõe ao Estado não apenas a mudança de leis, mas também a sua interpretação em sintonia com os preceitos internacionais; i.e., o controle não se limita a afastar leis que não se coadunem com a ordem internacional, mas também envolve a efetivação da interpretação das normas internas de forma consentânea com ela (Dias, 2018, p. 43).

Fala-se, assim, em controle de convencionalidade: concentrado (aplicado pela CIDH); difuso (aplicado por tribunais domésticos); fraco (resultante da interpretação da lei interna de acordo com a Convenção e com a jurisprudência da Corte); forte (resultante da anulação de uma lei doméstica em contradição com a Convenção); primário (exercido, em um primeiro momento, internamente, pelo Estado-parte); e subsidiário (exercido, após esgotada a jurisdição interna do Estado, pela Corte Interamericana) (Paúl, 2019, p. 284).

Para a CIDH, o controle de convencionalidade compreende a verificação da compatibilidade das normas e práticas internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos, com a jurisprudência da Corte e com os demais tratados e convenções de que o Estado seja signatário, de sorte que se trata de obrigação que deve ser realizada de ofício por toda autoridade pública no âmbito de sua competência[1]. Nesse passo,

> [...] de acordo com a Corte IDH, o controle de convencionalidade consiste em verificar a compatibilidade das normas e demais práticas internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a jurisprudência da Corte IDH e com outros tratados ou convenções de que o Estado seja parte. É uma obrigação que alcança toda autoridade pública no âmbito da sua competência e deve ser concretizada de ofício. Ademais, para efeito de determinar a compatibilidade com a CADH, não só se deve tomar em consideração o tratado, mas também a jurisprudência da Corte IDH e os demais tratados interamericanos dos quais o Estado seja parte. O controle de convencionalidade, por outro lado, pode implicar a supressão de normas contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos ou sua interpretação conforme a CADH, dependendo da autoridade pública que o fizer (Dias, 2018, p. 46).

A efetividade do controle de convencionalidade é impulsionada pelo princípio do *effet utile* ou efeito útil, segundo o qual a mera ratificação de um tratado não é suficiente, pois o Estado deve assegurar que o sistema jurídico interno permita a realização prática e efetiva dos direitos nele consagrados. Isso significa que o controle

1 A teoria do controle de convencionalidade, contudo, por mais difundida que esteja atualmente, não é totalmente isenta de críticas. Foge ao escopo do presente texto analisar as censuras à teoria. Para uma visão das razões contrárias à sua aplicação (inclusive sob a ótica da expansão do poder judicial sem base normativa adequada para tanto), v. CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. The International Journal of Human Rights, London, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018.

de convencionalidade transcende uma mera formalidade processual, tornando-se um requisito para a implementação tangível das obrigações internacionais de direitos humanos no âmbito doméstico (Caldas, 2013, p. 408-409).

O controle pode ser realizado no âmbito internacional por órgãos criados por meio de tratados internacionais e formados por julgadores independentes, como é o caso da CIDH, que exerce essa função no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, no denominado controle de matriz internacional; ou no âmbito nacional, pelo tribunais e juízes domésticos, quando da análise da compatibilidade das normas internas em relação aos tratados internacionais de que o Estado é parte (Ramos; Gama, 2022, p. 291).

Assim, em um primeiro momento e em caráter principal, o controle de convencionalidade deve ocorrer internamente pelos juízes e tribunais nacionais de cada Estado. Isso se dá em função de que o controle internacional tem natureza complementar, a ser realizado apenas quando o controle interno de convencionalidade da produção normativa não for levado a efeito ou for insuficiente. Como discorre Mazzuoli (2025, p. 186):

> Frise-se, porém, desde já, que o controle interno (realizado pelos juízes e tribunais locais) da convencionalidade das normas domésticas é o que por primeiro deve ser levado a cabo, antes de qualquer manifestação de um tribunal internacional a respeito. As cortes internacionais somente controlarão a convencionalidade de uma norma interna caso o Poder Judiciário de origem não tenha controlado essa mesma convencionalidade, ou a tenha realizado de maneira insuficiente; o controle de convencionalidade levado a efeito pelos tribunais internacionais é apenas complementar ao controle (primário) exercido no plano interno. Assim, não é correto dizer que apenas o controle internacional da convencionalidade das leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) é que seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que tal raciocínio guarda a insuperável incongruência de não reconhecer que é dos próprios tribunais internacionais (v.g., da Corte Interamericana) que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlarem (em primeira mão, antes de qualquer manifestação internacional sobre o tema) a convencionalidade de suas normas domésticas, como se verá logo a seguir. O controle de convencionalidade de índole internacional é apenas coadjuvante do controle oferecido pelo direito interno, jamais principal, como, aliás, destaca claramente o segundo considerando da Convenção Americana, que dispõe ser a proteção internacional convencional “coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

Assim, a adesão a tratados internacionais de direitos humanos impõe aos Estados uma obrigação explícita e contínua de adotar todas as medidas internas necessárias para garantir a compatibilidade de suas normas com as obrigações

convencionais. As obrigações convencionais vinculam todos os poderes e órgãos do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) que devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus próprios efeitos no plano interno.

O Controle de Convencionalidade no Âmbito Interno

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988), originada do processo de redemocratização do país após a ditadura militar, elevou a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos (art. 1º, III; art. 4º, II) à categoria de princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, sendo este último princípio o norteador das relações internacionais do país.

Mais adiante, reservou a Carta lugar privilegiado às normas internacionais ao dispor no art. 5º, § 2º, que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Segundo Caldas (Caldas, 2013, p. 397):

> A Constituição brasileira de 1988, surgida no início do período de mais recente redemocratização do País, trouxe em seu conteúdo um largo catálogo de dispositivos com salutar foco na pessoa humana, razão pela qual foi batizada de "Constituição Cidadã". Ela é o esteio do mais longo período de vivência democrática já experimentado pela Nação e teve a sabedoria de incorporar normas internacionais de Direitos Humanos, dedicando também a esses direitos lugar privilegiado de norma fundacional, de pilar do sistema constitucional. Os tratados sobre direitos humanos integram, a partir de então, o núcleo duro da constituição.

Embora o art. 5º, § 2º, da CRFB/1988, tenha incorporado os tratados ao núcleo dos direitos fundamentais, por um longo período travou-se discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o status jurídico destes instrumentos, de modo que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal era o de paridade entre tratados internacionais e leis infraconstitucionais.

A celeuma somente foi superada com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o § 3º do art. 5º na Lei Maior de 1988, possibilitando que tratados internacionais de direitos humanos adquiram status constitucional caso aprovados por um quórum qualificado, hipótese em que serão equivalentes às emendas constitucionais (Brasil, 1988).

Nesse esteio, a despeito dos grandes debates doutrinários e jurisprudenciais, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos internalizados na forma do art. 5º, § 3º, da CRFB/1988 passou a ser equiparado às emendas constitucionais.

No que concerne aos tratados já internalizados quando do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, o entendimento que prevalecia no STF lhes atribuía status de norma infraconstitucional, acolhendo a tese de paridade entre tratados e normas internas. O quadro somente foi revertido no julgamento do RE 466.343-1/SP, que

tratava sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, oportunidade em que a Corte assentou a natureza supralegal destes tratados, registrando que os tratados sobre direitos humanos, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, são dotados de um atributo de supralegalidade – a significar que não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas tem "lugar especial reservado" no sistema jurídico pátrio, em locus inferior à Lei Maior, mas superior ao restante das normas infraconstitucionais (Brasil, 2009). A Corte também ressaltou a importância dos tratados internacionais de direitos humanos, assinalando a necessidade de se conferir efetividade à proteção dos direitos humanos e à capacidade dos tratados internalizados na forma de emendas constitucionais de paralisar a eficácia de toda e qualquer norma infraconstitucional conflitante.

Segundo Piovesan (2011, p. 129-13), a aludida decisão rompeu com a jurisprudência anterior do Supremo que, desde 1977, dava aos tratados internacionais o mesmo peso das leis federais, diminuindo a força normativa daqueles.

Todavia, em seu voto, o Ministro Celso de Mello mostrou-se inclinado a reconhecer o caráter materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos já ratificados pelo Brasil quando do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, haja vista que, como afirma o voto, tal "qualificada hierarquia jurídica" advém de sua inclusão no bloco de constitucionalidade – conceito que envolve o conjunto formado pela Constituição escrita e pelo que a ela se adiciona, em razão dos valores e princípios consagrados em seu texto (Brasil, 2009).

No mesmo sentido, Mazzuoli (2010, p. 341-342) defende o status constitucional dos referidos tratados, pois os considera materialmente constitucionais, enquanto os tratados de direitos humanos aprovados na forma de emendas constitucionais seriam material e formalmente constitucionais – enfatizando que a tese da supralegalidade peca, na medida em que cria uma duplicidade de regimes jurídicos para instrumentos que possuem o mesmo fundamento, violando o princípio constitucional da isonomia. Também leciona Piovesan (2011, p. 124) que, em razão do § 2º do art. 5º Todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade, desimportando seu quórum de aprovação.

Não obstante a existência de posicionamentos divergentes, a tese que predomina, por ora, atribui status supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados na forma de emendas constitucionais. O que se denota, em derradeiro, é que os tratados internacionais de direitos humanos serão sempre hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais, na medida em que, se aprovados conforme o procedimento previsto no § 3º do art. 5º, possuem valor constitucional e, não sendo observado tal procedimento, têm valor supralegal, conforme o referido entendimento do STF.

Nesse contexto, é forçoso concluir que todos os tratados internacionais de direitos humanos servem de parâmetro de controle de convencionalidade no âmbito interno, de modo que a validade das normas domésticas também está condicionada à observância dos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país. A respeito, afirma Mazzuoli (2025, p. 185):

> Dessa inovação advinda da EC 45 veio à tona (e passou a ter visibilidade entre nós) um novo tipo de controle das normas de Direito interno: o controle de convencionalidade das leis, que nada mais é do que o processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado.1 À medida que os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais (art. 5.º, § 2.º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5.º, § 3.º), é lícito entender que o clássico "controle de constitucionalidade" deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle ("de convencionalidade") da produção e aplicação da normatividade interna.

Isso significa que, para a validade das normas infraconstitucionais, o Brasil passou de um sistema de parâmetro único, que tomava por base apenas a CRFB/1988, para um sistema de duplo parâmetro, que engloba duas etapas de compatibilização das normas internas, tendo como parâmetro a Constituição de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma do § 3º do artigo 5º da Lei Maior (rito das emendas constitucionais), como primeiro limite, e os tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados conforme o rito das emendas constitucionais, como segundo limite (Costa, 2020, p. 65).

Dessa forma, surge o controle de constitucionalidade vertical material, dividido em duas fases de análise: como primeiro limite, utilizam-se como parâmetros a Constituição brasileira e os tratados internacionais de direitos humanos que foram aprovados com o mesmo rito das emendas constitucionais; já como segundo marco, o critério de análise será formado pelos tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados pelo mesmo rito das emendas constitucionais (Costa, 2020, p. 61).

A validade de uma norma, sob a ótica da teoria da dupla conformidade (ou dupla compatibilidade), transcende a seara doméstica, de modo que uma lei é válida somente se for plenamente compatível tanto com o texto constitucional nacional quanto com os tratados ratificados e em vigor no país. Assim, "a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna inválidas (ou ilegítimas) as normas jurídicas de direito interno" (Mazzuoli, 2018, p. 96). Ou seja, a validade da norma exige que passe por dois "filtros": o doméstico, marcado pela Constituição, e o internacional, determinado pelos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos (mas sem a internalização pelo rito das emendas constitucionais). Se, hipoteticamente, a norma está de acordo com um desses critérios, mas contra o outro, não poderá ser aplicada; é indispensável a obediência concomitante a ambos para que venha a produzir efeitos.

Como registrado alhures, o controle de convencionalidade no âmbito interno é predominante e precedente ao realizado no plano internacional, ante o princípio da subsidiariedade da jurisdição internacional, segundo o qual o

controle de convencionalidade nas instâncias internacionais só deve ocorrer após o prévio esgotamento dos recursos internos. Para a realização do controle de convencionalidade, os tribunais pátrios não necessitam de autorização internacional, pelo que, à medida em que os tratados são incorporados ao ordenamento jurídico, devem os tribunais compatibilizar as normas internas com o conteúdo desses tratados (Mazzuoli, 2018, p. 134), no exercício regular de sua atividade jurisdicional.

Esse controle realizado por qualquer tribunal ou juiz denomina-se controle difuso de convencionalidade, em analogia ao controle difuso de constitucionalidade, e deve ocorrer relativamente a todos os tratados internacionais de direitos humanos, independentemente de sua forma de internalização. Trata-se de um dever a ser efetivado sempre que a solução da controvérsia discutida em um caso concreto estiver pautada em um tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo país, não estando os juízes adstritos a pedido expresso das partes (Mazzuoli, 2018, p. 86-87).

De outro, o controle concentrado de convencionalidade é aquele que deve ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal relativamente aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados na forma de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, CRFB/1988), que confere a eles status formalmente constitucional (Russowski, 2012, p. 1814), compondo, pois, o bloco de constitucionalidade.

A equivalência de emendas constitucionais conferida aos tratados autoriza a propositura, perante o STF, de todas as ações constitucionais existentes cujo objetivo é assegurar a estabilidade do diploma constitucional e das normas a ele equivalentes, como é o caso dos tratados internacionais aprovados pelo mesmo rito das emendas constitucionais. Isso porque, ao possibilitar que os tratados internacionais de direitos humanos aprovados nessa forma mais rígida sejam elevados ao patamar constitucional, a consequência natural é que a Constituição também assegure os meios adequados de proteção quanto às normas infraconstitucionais que porventura violem ou sejam contrárias às disposições de tais tratados (Mazzuoli, 2018, p. 142).

O Controle de Convencionalidade no Âmbito Internacional

No plano internacional, a primeira menção ao controle de convencionalidade ocorreu em julgamento do Conselho Constitucional francês, através da Decisão n. 74-75 de 15 de setembro de 1975, oportunidade em que, diante do artigo 55 da Constituição Francesa, que atribui status supralegal aos tratados internacionais, o órgão entendeu não ser de sua competência a análise da convencionalidade preventiva das leis, ou seja, a compatibilidade de norma interna com os tratados ratificados pelo país – *in casu*, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (Mazzuoli, 2018, p. 81).

No Sistema interamericano, o controle de convencionalidade remonta à entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos celebrada em 1969, que é a norma constituinte do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Especificamente, o termo controle de convencionalidade surgiu na jurisprudência da Corte Interamericana em 2006, na decisão do caso Almonacid

Arellano versus Chile, na qual restou consignado o dever dos juízes nacionais de verificar a compatibilidade do direito doméstico com base na Convenção quando da análise de um caso concreto, inaugurando a obrigatoriedade do controle realizado no âmbito interno (Caletti, 2016, p. 198).

A Corte integra o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos; trata-se de um órgão judicial internacional autônomo do sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e instalado em 1979, após o depósito do 11º instrumento de ratificação. A criação da Corte aperfeiçoou a proteção aos direitos humanos no âmbito do sistema interamericano, haja vista a necessidade de se prever um meio coercitivo para efetivar e assegurar a proteção aos direitos previstos no Pacto de San José da Costa Rica, em razão dos compromissos nas ordens interna e internacional assumidos pelos Estados ao ratificarem a Convenção.

No exercício de suas atribuições, a CIDH apresenta competência contenciosa e consultiva. No âmbito consultivo, a pedido de um Estado-membro da Organização dos Estados Americanos, a Corte pode emitir pareceres acerca da interpretação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos ou de outro tratado internacional relativo à proteção dos direitos humanos, conforme prevê o art. 64 da Convenção (Piovesan, 2016, p. 99-100). Já na esfera contenciosa, compete-lhe conhecer de qualquer caso cuja controvérsia se refira à interpretação e aplicação das disposições da Convenção, bem como de denúncia de violação, por qualquer Estado-parte, de direito por ela protegido, considerando a responsabilidade estatal decorrente da ratificação do Pacto de San José da Costa Rica em não apenas garantir, mas também prevenir e investigar violações utilizando todos os recursos disponíveis (Guerra, 2013, p. 160-161).

A atuação no âmbito contencioso limita-se aos Estados que expressamente reconheçam a jurisdição da CIDH, o que o Brasil efetuou pelo Decreto Legislativo n. 89/1998. A partir de então, as normas infraconstitucionais do nosso ordenamento jurídico, além de qualquer ato estatal que importe em violação às disposições da Convenção, estão sujeitas ao controle de convencionalidade realizado pela Corte.

Nesse tocante, o controle realizado pela Corte tem: como parâmetro, a Convenção Americana de Direitos Humanos; como objeto de controle, qualquer norma interna ou ato estatal que revista desta qualidade – na medida em que a Convenção prevalece sobre todo o ordenamento jurídico interno –; e como objetivo, assegurar proteção e efetividade aos direitos humanos e compromissos internacionais assumidos pelos Estados-parte ao ratificarem tratados que versem sobre este tema, notadamente a Convenção (Guerra, 2013, p. 177).

Ao realizar o controle, verificando a incompatibilidade entre a norma interna e a Convenção, a CIDH declara a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento da Convenção e, em sendo o caso, condena-o a adequar seu ordenamento jurídico aos preceitos nela insculpidos, determinando a modificação, revogação ou reforma das normas ou práticas internas visando à preservação dos direitos e liberdades individuais, fazendo prevalecer a Convenção. As decisões possuem efeito vinculatório, consectário do papel da Corte de intérprete suprema

da Convenção Americana de Direitos Humanos, de modo que aos Estados-parte, inclusive seus respectivos juízes e tribunais, incumbe o dever de observar a interpretação por ela conferida ao Pacto quando da realização do controle de convencionalidade no âmbito interno.

O Sistema interamericano de direitos humanos também é composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja função é a promoção e proteção dos direitos humanos na América. No âmbito de sua atuação, a Comissão possui a prerrogativa de fazer recomendações aos Estados-partes sobre a necessidade de adoção de medidas pertinentes à proteção dos direitos humanos, requerer informações referentes à aplicação da Convenção e examinar as comunicações com denúncias de violações de direitos resguardados pela Convenção, encaminhadas por indivíduos ou entidades não governamentais – cuja admissibilidade fica condicionada à demonstração do esgotamento dos recursos internos de reparação do dano pelo Estado denunciado (em razão da subsidiariedade da jurisdição internacional), e da inexistência de litispendência internacional (Piovesan, 2011, p. 315-318).

Admitida a denúncia, a Comissão solicita informações sobre o fato ao Estado denunciado, verifica se subsistem os motivos da petição ou comunicação e realiza as investigações que se fizerem necessárias. Examinada a matéria, a Comissão procura uma solução amigável entre as partes e, não sendo obtida, redige um relatório em que apresenta os fatos e conclusões relativas ao caso, podendo fazer recomendações ao Estado, que tem prazo de três meses para cumpri-las. Se a Comissão entender que o Estado não cumpriu as recomendações, o caso será encaminhado à Corte Interamericana (Piovesan, 2011, p. 321).

Ao fim e ao cabo, no plano internacional, o objetivo do controle de convencionalidade é assegurar proteção e efetividade aos direitos humanos e aos compromissos internacionais assumidos pelos Estados-partes quando da ratificação de tratados que versam sobre este tema (Guerra, 2013, p. 177).

Em realidade, o controle de convencionalidade fundamenta-se na própria responsabilidade internacional dos Estados, que se origina da ratificação por eles conferida aos tratados de proteção dos direitos humanos. Nesse ato jurídico, os Estados assumem um compromisso solene de respeitar e garantir os direitos consagrados por esses instrumentos internacionais. O exercício desse controle, portanto, é a materialização desse dever, assegurando que as normas jurídicas internas de um país estejam em consonância com as obrigações internacionais que ele voluntariamente aceitou.

DITADURA MILITAR BRASILEIRA E ANISTIA: CONFLITO ENTRE DECISÕES

A questão do controle de convencionalidade, na seara brasileira, encontra relevante pauta na temática da anistia relativa a fatos ocorridos durante o regime da ditadura militar, que perdurou entre 1964 e 1985 no país. Isso porque, como se verá

a seguir, em um intervalo de apenas sete meses, houve prolação de duas decisões judiciais em sentido diametralmente oposto, versando sobre a possibilidade jurídica de concessão de anistia relativamente a fatos ocorridos durante a ditadura militar no país.

A Lei n. 6.683/1979 e a decisão do Supremo Tribunal Federal

Inicialmente, a Lei n. 6.683/1979 (Lei de Anistia) concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos ou conexos a estes, crimes eleitorais, aos que tiveram direitos políticos suspensos e aos servidores da administração direta e indireta, fundações vinculadas ao poder públicos, servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, militares, dirigentes e representantes sindicais, punidos em Atos Institucionais e Complementares, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 (art. 1º). Por crimes conexos, considerou os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política (art. 2º) (Brasil, 1979).

Em 26 de março de 2009, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153/2010, visando à declaração de não recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988 e a interpretação conforme a Constituição do § 1º do art. 1º da norma. Aduzia a existência de controvérsia constitucional no que concerne à aplicação da anistia a agentes públicos responsáveis pelo cometimento de crimes como homicídio, desaparecimento forçado e lesões corporais contra opositores do regime militar. Sustentava que a eventual declaração, pelo STF, da recepção da norma, acarretaria a violação do dever do Poder Público de não ocultar a verdade, dos princípios democráticos e republicanos, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, requerendo ainda que fosse conferida interpretação conforme a Constituição a fim de que a anistia concedida pela lei não se estendesse aos crimes comuns praticados por agentes da repressão contra os opositores do governo durante o regime militar (Brasil, 2010).

Em 24 de abril de 2010, o STF rejeitou os pedidos, assentando que a lei foi recepcionada pela Constituição de 1988 e reafirmando a interpretação do § 1º do artigo 1º da referida lei, no sentido de que a anistia concedida se estenderia tanto aos opositores do regime quanto aos agentes estatais, pelo caráter bilateral da anistia conferida pelo diploma legal.

O Caso da Guerrilha do Araguaia e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Paralelamente à supramencionada análise judicial interna, tramitou junto à CIDH o "Caso Gomes Lund e outros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010), o qual visava apurar a responsabilidade do Estado Brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membro do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e camponeses, resultantes das operações das operações do exército brasileiro, realizadas entre

1972 e 1975. Tais ações ocorreram com a finalidade de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar instaurada no Brasil em razão do golpe ocorrido em 1º-4-1964, que depôs o governo constitucional do Presidente João Goulart.

A Guerrilha do Araguaia foi um movimento armado que se desenvolveu na região amazônica, ao longo do rio Araguaia, em meados da década de 60, início da década de 70, deflagrado por militantes do PCdoB, com a participação de mais de 200 pessoas, que lutavam pela derrubada da ditadura militar (Russowski, 2012, p. 1776). O exército brasileiro, por meio de operações militares, eliminou a guerrilha, executando os guerrilheiros e também inúmeros camponeses que viviam na região. Isso resultou na eliminação de quase todos os envolvidos no conflito, mesmo daqueles que se renderam ou buscaram abandonar a área (Brasil, 2014). Segundo a Comissão Nacional da Verdade:

> O levantamento de documentos militares acerca das operações realizadas na região do Araguaia, ao longo da década de 1970, aponta para uma atuação sistemática, planejada e organizada. Isso significa que as campanhas dedicadas a reprimir a atuação dos militantes do PCdoB na área partiram dos escalões mais altos da cadeia decisória existente no país naquele momento. Em outras palavras, as ações empreendidas pelas forças oficiais não podem ser consideradas exceções, e sim parte fundamental da própria estrutura política que constituía o Estado brasileiro ao longo do período autoritário. Todas as decisões estratégicas e todos os métodos repressivos empregados no Araguaia contaram com a concordância ou anuência do chefe do Centro de Informações do Exército – responsável direto pelas operações –, dos ministros das Forças Armadas e do presidente da República. O caráter sistemático da atuação das Forças Armadas na região do Araguaia pode ser identificado por meio da repetição dos procedimentos adotados pelos agentes do Estado no trato dos moradores locais e indígenas, na condução dos interrogatórios, no tratamento dos presos e na adoção de uma política deliberada de extermínio extrajudicial dos guerrilheiros encontrados na mata (Brasil, 2014, p. 716-717).

Em decorrência, em 7-8-1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional e o *Human Rights Watch Americas* apresentaram denúncia junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre violações de direitos humanos assegurados na Convenção Americana de Direitos Humanos e acerca da responsabilidade do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e execução de uma pessoa e desaparecimento forçado de 70 pessoas na região do Araguaia.

A Comissão Interamericana aprovou, em 31-10-2008, relatório de mérito no qual concluiu que o Estado brasileiro deteve arbitrariamente, torturou e fez desaparecer membros do PCdoB e camponeses e que, em razão da Lei de Anistia, eximiu-se de realizar investigações para apurar a responsabilidade penal, julgar e sancionar os responsáveis por tais fatos. Outrossim, concluiu que os mecanismos judiciais não foram efetivos para assegurar, aos familiares dos desaparecidos,

acesso às informações referentes à Guerrilha do Araguaia, em razão da adoção, pelo Estado, de mecanismos que obstruíram o acesso à informação, de modo que a impunidade dos responsáveis, a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação teriam afetado negativamente a integridade física dos familiares das vítimas (Martins, 2011, p. 147).

Por consequência, em 26-3-2009, o órgão submeteu o caso à CIDH, a fim de que o Estado fosse responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento das obrigações internacionais assumidas através da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Posteriormente, pela decisão prolatada em 24-11-2010, a Corte reconheceu a responsabilidade do Brasil pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas e pela consequente violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Ademais, reconheceu a incompatibilidade da Lei de Anistia com as obrigações convencionais assumidas pelo país, condenando o Estado brasileiro a uma série de ações de caráter imediato, visando a localização dos corpos desaparecidos e reparações às famílias das vítimas, além de medidas judiciais para a identificação e responsabilização dos responsáveis pelos crimes cometidos, bem ainda, a implantação de medidas para o resgate da verdade histórica dos fatos e preservação da memória (Russowski, 2012, p. 1776).

O Embate Entre as Decisões da Corte Interamericana e do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei de Anistia

No julgamento da ADPF n. 153/2010, o Supremo Tribunal Federal, sob o paradigma constitucional brasileiro, reconheceu a plena validade e aplicabilidade da Lei de Anistia aos agentes estatais responsáveis por violações de direitos humanos. Em contrapartida, ao apreciar o Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que a Lei de Anistia brasileira é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos, afirmando que tal norma não pode prevalecer nem servir de obstáculo à responsabilização penal daqueles que perpetraram graves violações de direitos humanos durante o regime militar (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

A análise comparativa dessas decisões revela uma evidente dissonância entre os posicionamentos adotados pelo STF e pela CIDH quanto à validade da Lei de Anistia. Não obstante, a jurisprudência da Corte Interamericana, em consonância com o sistema universal de proteção aos direitos humanos, é clara sobre a incompatibilidade entre leis de anistia que envolvem graves violações de direitos humanos, o Direito Internacional e as obrigações internacionais assumidas pelos Estados.

Dessa forma, ao julgar a ADPF n. 153/2010, o STF deveria ter considerado a interpretação conferida pela CIDH à Convenção Americana de Direitos Humanos, realizando, no âmbito interno, o controle de convencionalidade. Isso porque a compatibilidade da norma com a Constituição, como visto alhures, não é o suficiente

para sua validade: ela também deve se apresentar de forma consentânea com o Pacto de São José da Costa Rica, de acordo com a teoria da dupla compatibilidade vertical material.

Demais disso, é o Judiciário interno de cada país o primeiro responsável pela realização do controle de convencionalidade, e a conclusão diametralmente oposta à da Corte internacional mostra que o STF não cumpriu tal dever. O julgamento deveria ter efetivado tal controle, que é exigido de todos os juízes e tribunais nacionais em razão da ratificação do referido tratado internacional, pois, aos olhos da Corte Interamericana, o que se buscava no processo instaurado contra o Estado brasileiro era justamente que ele realizasse o (indispensável) controle de convencionalidade, não sendo possível a invocação de norma de direito interno no afã de furtar-se o Estado ao cumprimento da Convenção. Fato é que:

> Ignorou-se completamente, na decisão do STF de 28 de abril de 2010, as normas internacionais de direitos humanos (*hard law*) das quais o Brasil é parte, as declarações de direitos (*soft law*) aceitas pelo Estado e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sedimentada até aquele momento (v.g., casos "*Barrios Altos Vs. Peru*", "*Almonacid Arellano Vs. Chile*" e "*La Cantuta Vs. Peru*"). Violou-se, ademais, o princípio da vedação do retrocesso, consagrado por todos os sistemas regionais de proteção, segundo o qual não se pode retroceder em matéria de direitos humanos, deixando de assegurar a efetividade de direitos já reconhecidos pela ordem internacional. Portanto, à medida que o STF valida uma norma internacionalmente inválida, fazendo tábula rasa da interpretação que desse tipo de lei faz a Corte Interamericana, bem assim retrocedendo em matéria de proteção dos direitos humanos, também comete ato capaz de responsabilizar o Estado brasileiro no cenário internacional (Mazzuoli, 2025, p. 332).

Para o tribunal internacional, ao invocar a referida norma, o Estado brasileiro absteve-se de cumprir seu dever de investigar, processar e punir penalmente os agentes responsáveis pelas violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, infringindo, pois, a Convenção.

Sobre a obrigação do Estado brasileiro controlar a convencionalidade da Lei de Anistia, deliberou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010):

> Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente

> obrigado a exercer um "controle de convencionalidade" *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

A divergência em tela estabelece um profundo paradoxo jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou expressamente que as autoridades jurisdicionais nacionais não exerceram o controle de convencionalidade ao confirmarem a validade da Lei de Anistia sem considerar as obrigações assumidas pelo país no âmbito internacional.

Embora o STF tenha entendido que, nos moldes do § 1º do art. 1º da Lei n. 6.683/1979, a anistia concedida se estenderia tanto aos opositores do regime quanto aos agentes estatais em razão do caráter bilateral da anistia conferida. A CIDH consolidou entendimento no sentido de que esta espécie de anistia conferida aos agentes estatais configura, em essência, uma "autoanistia", incompatível com a Convenção, impondo aos Estados a obrigação de invalidá-la. Nesse sentido:

> As leis de autoanistia editadas pelos Estados latino-americanos em suas transições democráticas, ainda que sob o fundamento de uma "reconciliação nacional", violam o direito internacional dos direitos humanos e o seu sistema geral de proteção, em especial, no nosso entorno geográfico, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a jurisprudência constante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para a qual tais leis são inconvencionais e, portanto, inválidas do ponto de vista jurídico. Sendo assim, é dever dos Estados perseguir todas as violações de direitos humanos ocorridas em seu território, estando ou não os agentes que as perpetraram amparados por leis nacionais de autoanistia (Mazzuoli, 2025, p. 339).

Ao julgar o Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), a CIDH exerceu de forma plena o controle de convencionalidade, estabelecendo que a Lei de Anistia brasileira não pode constituir obstáculo à investigação e à punição de crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar.

O direito de acesso à justiça, assegurado às vítimas e a seus familiares, abrange não apenas a apuração dos fatos e a responsabilização dos autores, mas também a identificação do paradeiro das vítimas, como forma de garantir a verdade, a memória e a reparação. Trata-se de um imperativo jurídico e ético que reforça o compromisso dos Estados com a proteção dos direitos humanos e com a justiça de transição.

A TRANSNACIONALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E O CASO GUERRILHA DO ARAGUAIA

A transnacionalidade pode ser compreendida como “aquilo que atravessa o nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberana do Estado e, por consequência, traz consigo, inclusive, a ausência da dicotomia público e privado” (Stelzer, 2011, p. 24-25). Trata-se de um fenômeno que emerge no contexto do processo de integração internacional decorrente da globalização, caracterizado pela desterritorialização do direito, pela expansão capitalista, pelo enfraquecimento da soberania estatal tradicional e pelo surgimento de um ordenamento jurídico que se desenvolve para além do monopólio estatal (Caletti, 2016, p. 195).

Isso exige uma resposta jurídica ágil e adequada, de modo a viabilizar o caráter transnacional de diversos fluxos e relações. Segundo Staffen (2018, p. 37-38):

> [...] o Direito Global deve fazer frente a problemas diversos, tais como conflitos de uniformidade e diferenças nacionais, a concorrência de normas globais-nacionais-locais, a atribuição de competências, a regulação do capital e nortes para governança global, a promoção dos Direitos Humanos, a preservação ambiental e critérios de sustentabilidade planetária, o combate de redes criminosas, enfim, uma nova e eficaz forma de limitação de um poder de extrema fluidez, como é a ordem global atual.

Os direitos humanos, por sua natureza, também possuem caráter eminentemente transnacional, na medida em que a proteção internacional de direitos deste jaez não possui fronteiras e se aplica a todos indistintamente, independentemente de sua nacionalidade e de onde se encontrem. Nessa tessitura, a transnacionalidade dos direitos humanos indica que a proteção desses direitos não está ligada a fronteiras geográficas ou à nacionalidade da pessoa; independentemente de onde um indivíduo esteja – seja em seu país de origem, no exterior, em um território não autônomo ou em um espaço internacionalmente neutro –, ele é titular de direitos básicos que necessariamente precisam ser respeitados. Essa universalidade faz com que a proteção seja aplicada a todas as pessoas de forma indistinta. O critério de nacionalidade não importa; a proteção é a mesma para um cidadão, um estrangeiro, um apátrida, um migrante ou um refugiado. Em suma, os direitos humanos são transnacionais porque a titularidade de direitos é garantida a todas as pessoas, independentemente de sua localização física ou de qualquer vínculo com um Estado específico (Mazzuoli, 2025, p. 10) – como também porque, como visto, de Cortes internacionais pode surgir a determinação que obrigará o ente estatal a, especificamente no caso concreto, curvar-se a compromissos internacionais de ordem abstrata por ele próprio assumidos anteriormente.

Como se sabe, os direitos humanos passam por um processo contínuo de evolução, sendo compreendidos como conquistas históricas que se manifestam cotidianamente. Fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana, esses direitos se acumulam e se fortalecem, não havendo que se admitir retrocessos,

razão pela qual, em um contexto globalizado e transnacional, novos instrumentos e mecanismos são necessários para assegurar a sua eficácia universal (Souilljee, 2017, p. 1376-1377).

Nessa toada, adentram no ordenamento jurídico pátrio as convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos, incorporados pela Constituição Federal de 1988 ao chamado bloco de constitucionalidade, dado o status que lhes foi atribuído pelo diploma constitucional. Todavia, não se descura que o campo de incidência dos direitos humanos transcende os limites nacionais no que concerne à atuação jurisdicional, atuando como patrimônio comum a todos os países, em razão de seu caráter essencial e universal (Souilljee, 2017, p. 1377).

O Caso Gomes Lund e outros é um exemplo da transnacionalidade na busca por justiça e reparação, na medida em que a incapacidade do sistema jurídico doméstico brasileiro de lidar com as graves violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura militar levou as vítimas e seus familiares a buscarem reparação em uma esfera transnacional, a CIDH. Sobressai claro que a justiça, em casos de graves violações de direitos humanos, não se limita à jurisdição doméstica, mas opera – ou deve operar – de forma globalizada.

Contudo, particularmente desponta – e ilustra a intensidade da resistência doméstica quanto ao tema – o fato de que, conforme divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (Brasil, 2025), de um total de onze comandos contidos na condenação do Brasil na CIDH, depois de quase 15 anos da prolação da decisão, apenas dois foram integralmente atendidos[2], e outros três, cumpridos apenas parcialmente[3] – permanecendo ainda seis ordens desatendidas[4].

Tal fato ilustra a observação de Staffen (2018, p. 143-144) de que são justamente os Estados os principais responsáveis por frequentes violações aos direitos humanos – e por isso mesmo é preciso não esmorecer ao reivindicá-los; como afirma o autor, "perante juízes ou não, a pauta de reivindicação objetiva a ressignificação dos Direitos Humanos, a inserção de novos atores, a promoção de amplas transformações sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas". Dada a relevância de tais questões, revela-se premente a judicialização de demandas sobre tais matérias, seja em cortes nacionais ou transnacionais, de sorte que direitos de tão relevante cariz não corram o risco de soçobrar sob o peso do Leviatã estatal.

Assim, a atuação de atores não estatais e a busca por justiça em esferas transnacionais exercem pressão sobre os Estados para que cumpram suas

2 Realizar publicações; e permitir que certas pessoas, familiares de vítimas determinadas, possam apresentar solicitações de indenização.

3 Continuar desenvolvendo iniciativas de busca e publicação de informação sobre a Guerrilha do Araguaia e acerca de violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar; pagar indenizações; e realizar uma convocatória para que familiares de pessoas indicadas na sentença aportem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas.

4 Investigar e punir os responsáveis pelos fatos; localizar e identificar as vítimas desaparecidas e seus restos mortais; fornecer tratamento médico e psicológico aos afetados; realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade; implementar um programa ou curso de direitos humanos para as Forças Armadas; e tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas.

obrigações internacionais. Redefine-se o papel do Estado, que passa de único "provedor de justiça" para um ator dentro de uma ampla rede de governança global, onde a legitimidade e legalidade de suas ações são constantemente avaliadas por padrões internacionais e pela sociedade civil transnacional. A transnacionalidade, nesse sentido, desponta da pressão exercida pelo ente estatal, funcionando como um mecanismo de accountability adicional, de modo a impulsionar a conformidade estatal com os parâmetros assumidos pelo Estado junto ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Caso Guerrilha do Araguaia exemplifica como a transnacionalidade jurídica funciona como um mecanismo de accountability internacional, responsabilizando o Estado por falhas no cumprimento de suas obrigações de direitos humanos e forçando a reavaliação de conceitos tradicionais como a soberania estatal.

Nesse quadrante, a decisão da CIDH no caso Gomes Lund serve como um ponto de inflexão na jurisprudência brasileira, incentivando a adoção de uma perspectiva mais alinhada com os padrões internacionais de direitos humanos, mesmo em face de leis internas historicamente consolidadas.

O embate entre as duas cortes evidencia que o STF deixou de aplicar eficientemente a técnica do controle de convencionalidade, ignorando as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil. A CIDH, por sua vez, exerceu o controle plenamente, declarando a Lei de Anistia incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos e reafirmando o dever do Estado de investigar, processar e punir crimes contra a humanidade.

O caso mostra que a ordem jurídica brasileira é permeada pela transnacionalidade, confrontando a interpretação doméstica da Lei de Anistia e estabelecendo a primazia das normas internacionais de direitos humanos, aplicáveis a despeito de possível colisão com o direito interno. A decisão da CIDH reforçou o papel da jurisdição transnacional em impulsionar a conformidade estatal e ressaltou que, em casos de graves violações, a busca por justiça não se limita às fronteiras nacionais e não pode se alinhar a práticas reconhecidas e abertamente inconvencionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade.** Relatório da Comissão Nacional da Verdade. v. I. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Casos contenciosos brasileiros.** Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, 2025. Disponível em: www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/monitoramento-e-fiscalizacao-das-decisoes-da-corte-idh/casos-contenciosos-brasileiros. Acesso em: 30 ago. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, seção 1, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da União, Brasília, DF, seção 1, ano 130, p. 15562-15567, 09 nov. 1992.

BRASIL. **Decreto n. 7.030 de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Diário Oficial da União, Brasília, DF, seção 1, ano 146, p. 59-64, 15 dez. 2009.

BRASIL. **Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, seção 1, ano 117, p. 12265-12267, 28 ago. 1979.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno).** Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153/2010. Relator: Min. Eros Grau, julgado em 29 abr. 2010, publicado em 06 ago. 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno)**. Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP. Relator: Min. Cezar Peluso, julgado 03 dez. 2008, publicado em 05 jun. 2009.

CALDAS, Roberto de Figueiredo. **O Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade no Brasil**. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Bogotá, v. 19, p. 395-415, 2013.

CALETTI, Leandro. O controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos,** Ciudad de México, n. 64, p. 189-214, jul./dez. 2016. p. 198.

CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. **The International Journal of Human Rights**, London, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n. 219. San José, 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 10 ago. 2025.

COSTA, Rodrigo Pena Costa e. **A teoria da dupla compatibilidade vertical material e o controle jurisdicional de convencionalidade na jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.** 2020. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2020. Disponível em: https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/31459/1/TeoriaDuplaCompatibilidade.pdf. Acesso em: 30 ago. 2025.

DIAS, Ana Beatriz. **Controle de convencionalidade: da compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos.** In: RIO DE JANEIRO. Defensoria Pública Geral. Cadernos estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, p. 40-50, 2018.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Tahinah Albuquerque. **Controle de convencionalidade: a influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil e a declaração de nulidade da Lei de Anistia.** 2011. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/10349/3/2011_TahinahAlbuquerqueMartins.pdf. Acesso em: 20 ago. 2025.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** 11. ed. Rio de Janeiro: Método, 2025.

PASOLD, César. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 14 ed. São Paulo: Conceito, 2018.

PAÚL, Álvaro. The emergence of a more conventional reading of the conventionality control doctrine. **Revue générale de droit, Montréal,** v. 49, p. 275-302, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, André de Carvalho; GAMA, Marina Faraco Lacerda. Controle de convencionalidade, teoria do duplo controle e o Pacto Nacional do Judiciário pelos direitos humanos: avanços e desafios. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 17, n. 41, p. 283-297, jan./abr. 2022.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, n. 3, p. 1745-1826, 2012.

SOUILLJEE, Liege Giaretta. Direitos humanos e transnacionalidade: um debate sobre as pretensões jurídicas globalizadas. **Revista eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v. 12, n. 3, p. 1364-1380, 2017.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica.** In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). Direito e transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2011.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Capítulo 37

Autonomia existencial e Registro Civil das Pessoas Naturais: a Efetivação Extrajudicial dos Direitos da Personalidade

Existential Autonomy and Civil Registration of Natural Persons: The Extrajudicial Enforcement of Personality Rights

Mariana Miler Carneiro

Resumo: O estudo analisa de que modo a ampliação da autonomia existencial e da atuação extrajudicial tem repercutido sobre a função desempenhada pelo Registro Civil das Pessoas Naturais na efetivação de situações relacionadas aos direitos da personalidade. Parte-se da transformação do Direito Civil contemporâneo, marcada pela valorização da pessoa, pelo reconhecimento de espaços de autodeterminação e pela relativização de modelos excessivamente rígidos de tutela. Em paralelo, examina-se o processo de desjudicialização e a progressiva atribuição de novas competências às serventias extrajudiciais. A pesquisa adota abordagem bibliográfica e jurídico-dogmática, com análise da doutrina pertinente e exame direto da legislação e dos atos normativos relacionados ao tema. Como manifestações concretas desse processo, são estudadas a alteração do nome civil, a filiação e as relações conjugais e convivenciais. A análise demonstra que a ampliação da participação do titular não afasta as funções de publicidade, qualificação e segurança próprias do registro, mas modifica a forma pela qual elas se articulam com a autonomia. Conclui-se que o RCPN deixa, em determinadas hipóteses, de atuar apenas como destinatário de situações previamente definidas e passa a integrar o próprio percurso de exercício de escolhas existenciais, contribuindo para uma tutela mais participativa e democrática da pessoa.

Palavras-chave: autonomia existencial; direitos da personalidade; registro civil das pessoas naturais; desjudicialização; qualificação registral.

Abstract: The study analyzes how the expansion of existential autonomy and extrajudicial action has affected the role played by the Civil Registry of Natural Persons in implementing matters related to personality rights. It begins with the transformation of contemporary Civil Law, characterized by the growing emphasis on the individual, the recognition of spheres of self-determination, and the relaxation of excessively rigid models of legal protection. In parallel, it examines the process of dejudicialization and the progressive attribution of new powers to extrajudicial registry offices. The research adopts a bibliographic and legal-dogmatic approach, drawing on relevant legal scholarship and a direct examination of legislation and regulatory acts related to the subject. As concrete manifestations of this process, the study addresses changes to civil names, filiation, and marital and cohabitation relationships. The analysis demonstrates that greater participation by rights holders does not eliminate the registry's inherent functions of publicity, legal qualification, and legal certainty, but rather changes the way these functions interact with autonomy. It concludes that, in certain circumstances, the Civil Registry of Natural Persons (RCPN) no longer acts merely as the recipient of previously established legal situations but becomes part of the process through which existential choices are exercised, thereby contributing to a more participatory and democratic form of legal protection of the individual.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.37

Keywords: existential autonomy; personality rights; civil registry of natural persons; dejudicialization; registry qualification.

INTRODUÇÃO

As transformações verificadas no Direito Civil nas últimas décadas modificaram não apenas a posição atribuída à pessoa no sistema jurídico, mas também a forma pela qual determinadas escolhas relacionadas à sua existência passam a ser reconhecidas pelo ordenamento. A valorização das situações existenciais e o desenvolvimento dos direitos da personalidade ampliaram o espaço reservado à autodeterminação, permitindo que a autonomia privada seja compreendida para além de sua tradicional dimensão patrimonial.

Essa ampliação não significa, contudo, que a vontade individual passe a produzir efeitos jurídicos de maneira irrestrita. A autonomia existencial permanece inserida em uma ordem jurídica que também protege a dignidade da pessoa humana, os direitos de terceiros e outros interesses relevantes. A questão assume contornos particulares quando essas escolhas repercutem sobre elementos destinados não apenas à realização pessoal de seu titular, mas também à sua identificação jurídica e às relações que estabelece perante a sociedade.

Paralelamente, o ordenamento brasileiro vem ampliando os espaços de atuação extrajudicial. Procedimentos antes necessariamente submetidos ao Poder Judiciário passaram, em diferentes momentos, a admitir realização perante notários e registradores. A desjudicialização, nesse contexto, não se reduz à intenção de diminuir a quantidade de processos judiciais, mas se insere em uma concepção mais ampla de acesso à ordem jurídica adequada, na qual diferentes estruturas podem atuar na efetivação de direitos (Watanabe, 2012, p. 24; Pinho; Stancati, 2016, p. 25).

No Registro Civil das Pessoas Naturais, a aproximação entre esses dois movimentos apresenta especial interesse. É nessa especialidade registral que se concentram informações diretamente relacionadas à identificação e ao estado da pessoa e às modificações que os acompanham ao longo da vida. Registros, averbações e anotações permitem que essas situações sejam exteriorizadas e produzam efeitos perante terceiros, o que aproxima a atividade registral tanto da tutela da pessoa quanto das exigências de publicidade e segurança jurídica (Camargo Neto; Oliveira, 2014, p. 36-37).

A partir desse cenário, o presente estudo busca responder à seguinte questão: em que medida a ampliação da autonomia existencial e da atuação extrajudicial modifica a função desempenhada pelo Registro Civil das Pessoas Naturais na efetivação de situações relacionadas aos direitos da personalidade? O objetivo é analisar a passagem de uma atuação predominantemente associada à documentação de estados jurídicos para uma função na qual o RCPN também participa, em determinadas hipóteses, do próprio percurso de exercício e reconhecimento de escolhas existenciais.

Para tanto, adota-se pesquisa bibliográfica e jurídico-dogmática, com análise da doutrina pertinente, especialmente a partir das contribuições de Pietro Perlingieri, Fernanda Cantali, Anderson Schreiber, Maria Celina Bodin de Moraes, Kazuo Watanabe, Flávia Pereira Hill e autores da doutrina registral utilizados ao longo do estudo. A pesquisa compreende também o exame direto da legislação e dos atos normativos relacionados ao tema, especialmente daqueles que disciplinam a atividade registral e as hipóteses de atuação extrajudicial no Registro Civil das Pessoas Naturais. O desenvolvimento parte das bases teóricas da autonomia existencial e de seus limites, examina posteriormente o processo de ampliação da atuação extrajudicial e, por fim, observa manifestações concretas desse fenômeno no nome civil, na filiação e nas relações conjugais e convivenciais.

DIREITOS DA PERSONALIDADE E PROTEÇÃO DA PESSOA

A transformação do Direito Civil contemporâneo não se revela apenas na maior centralidade conferida à pessoa, mas também na redefinição do espaço atribuído às escolhas individuais. A autonomia privada, tradicionalmente associada à liberdade contratual e à disposição de interesses patrimoniais, passa a ser compreendida de forma mais ampla, alcançando também decisões relacionadas à própria existência e ao desenvolvimento da personalidade. Essa mudança exige, contudo, que a liberdade individual seja examinada em conjunto com os valores constitucionais que orientam o Direito Privado, especialmente a dignidade da pessoa humana e a proteção de terceiros. É a partir dessa perspectiva que se pode compreender a passagem de uma autonomia predominantemente patrimonial para uma autonomia de caráter existencial.

Dignidade da Pessoa Humana e Repersonalização do Direito Civil

A compreensão contemporânea dos direitos da personalidade passa pelas transformações que atingiram o próprio Direito Civil. A tradição das codificações liberais conferiu especial importância às situações patrimoniais, tendo a propriedade e o contrato como alguns de seus principais institutos. Nesse contexto, a pessoa aparecia muitas vezes de forma abstrata, como simples polo de relações jurídicas de conteúdo econômico. Paulo Lôbo observa que essa prevalência do patrimônio contribuiu justamente para afastar a consideração concreta da pessoa humana no âmbito civil (Lôbo, 1999, p. 103).

A Constituição Federal de 1988 altera de forma significativa essa perspectiva ao incluir a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República, no art. 1º, III. Para Ingo Wolfgang Sarlet, essa opção constitucional revela uma concepção segundo a qual é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário. A dignidade passa, assim, a exercer função estruturante e hermenêutica, orientando não apenas a atuação estatal, mas a interpretação do ordenamento jurídico como um todo (Sarlet, 2009, p. 98-99; 108-109).

No Direito Civil, uma das consequências desse processo foi a releitura de seus institutos a partir dos valores constitucionais. Barroso identifica nesse movimento a constitucionalização do Direito Civil, acompanhada pela despatrimonialização e pela repersonalização da disciplina, com maior valorização das situações existenciais e dos direitos da personalidade (Barroso, 2007, p. 139). Lôbo, por sua vez, ressalta que a repersonalização não implica negar relevância às relações patrimoniais, mas retirar do patrimônio a posição de medida predominante da tutela civil e recolocar a pessoa no centro do sistema (Lôbo, 1999, p. 103).

Essa mudança de perspectiva é aprofundada por Pietro Perlingieri ao tratar das situações jurídicas existenciais. Para o autor, a tutela da pessoa não deve depender de um elenco fechado de situações previamente reconhecidas pelo legislador, pois a personalidade constitui um valor unitário e suas formas de manifestação acompanham as transformações sociais. A proteção jurídica deve, por isso, permanecer aberta a interesses existenciais vinculados à existência e ao livre desenvolvimento da pessoa, inclusive mediante instrumentos adequados à sua efetiva tutela (Perlingieri, 1999, p. 156-157).

A repersonalização do Direito Civil fornece, portanto, a premissa a partir da qual se desenvolve este estudo. Se a pessoa passa a ocupar posição central no sistema e sua proteção deve alcançar as diversas manifestações de sua existência, torna-se necessário compreender também de que maneira sua liberdade participa da conformação de interesses ligados à personalidade. É a partir dessa questão que se passa ao exame da autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade.

Autodeterminação e Livre Desenvolvimento da Personalidade

A valorização das situações existenciais também modifica a forma de compreender a autonomia privada. Se a pessoa deixa de ser vista apenas como titular de interesses patrimoniais, sua liberdade igualmente passa a alcançar escolhas relacionadas à própria existência, ao desenvolvimento da personalidade e à forma pela qual pretende conduzir aspectos essenciais de sua vida. A autonomia assume, assim, dimensão que ultrapassa a liberdade contratual e passa a se projetar sobre interesses diretamente ligados à realização pessoal.

Fernanda Cantali relaciona essa transformação à dimensão dinâmica dos direitos da personalidade. Para a autora, sua tutela não se limita à proteção contra violações, alcançando também o exercício positivo desses direitos pelo próprio titular. O livre desenvolvimento da personalidade, embora não previsto expressamente na Constituição brasileira como direito fundamental autônomo, pode ser extraído da dignidade da pessoa humana e de sua relação com a liberdade e a autodeterminação pessoal (Cantali, 2008, p. 255-256).

Pietro Perlingieri também propõe uma compreensão funcional e aberta da tutela da pessoa, voltada não apenas à conservação de posições já reconhecidas, mas ao livre desenvolvimento de sua vida de relações e às novas exigências que acompanham a personalidade (Perlingieri, 1999, p. 156). Essa perspectiva reforça

a ideia de que os direitos da personalidade não possuem apenas função defensiva, mas podem também exigir o reconhecimento de espaços legítimos de atuação de seu titular.

Anderson Schreiber segue orientação semelhante ao afastar a identificação entre tutela da personalidade e simples indisponibilidade. Para o autor, a manifestação de vontade merece proteção quando estiver efetivamente vinculada à realização da pessoa e de sua dignidade, não bastando a vontade considerada de forma isolada (Schreiber, 2013, p. 27-29).

A autonomia existencial pode ser compreendida, portanto, como possibilidade de participação da própria pessoa na conformação de interesses ligados à sua personalidade. Esse reconhecimento, contudo, não transforma a vontade em fundamento suficiente para toda e qualquer modificação pretendida. A própria relação entre autonomia, dignidade e realização pessoal exige que seu exercício seja compreendido dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento, questão examinada a seguir.

Limites Jurídicos à Autonomia

O reconhecimento da autonomia nas situações existenciais não conduz à conclusão de que a vontade individual possa atuar sem limites. A mesma ordem jurídica que amplia o espaço reservado às escolhas da pessoa protege também direitos de terceiros e outros interesses juridicamente relevantes. O problema deixa, assim, de ser simplesmente admitir ou negar a autonomia e passa a envolver a definição das condições em que seu exercício deve ser juridicamente reconhecido.

Essa questão assume especial importância nas relações privadas, em que autonomia e direitos fundamentais podem coexistir e, eventualmente, entrar em tensão. Virgílio Afonso da Silva reconhece a necessidade de preservar um espaço próprio de autonomia privada, mas afasta qualquer prevalência automática dessa liberdade. Segundo o autor, elementos como a efetiva autonomia das partes e a intensidade da restrição imposta a direitos fundamentais devem ser considerados na solução concreta (Silva, 2005, p. 156-160).

Cantali trabalha a mesma questão a partir da dignidade da pessoa humana. Para a autora, a dignidade fundamenta a possibilidade de exercício e de disposição relativa sobre interesses ligados à personalidade, mas também estabelece limites a essa atuação, entre eles a proteção de terceiros, a ordem pública e a preservação de um núcleo mínimo da própria pessoa (Cantali, 2008, p. 256-257).

Essa compreensão permite relativizar também a leitura tradicional da indisponibilidade dos direitos da personalidade. Schreiber observa que a literalidade do art. 11 do Código Civil não explica adequadamente as situações em que o próprio ordenamento admite limitações voluntárias ao exercício desses direitos. Em vez de uma oposição rígida entre disponibilidade e indisponibilidade, o autor propõe considerar fatores como alcance, duração, intensidade e finalidade da limitação, especialmente para verificar se a escolha se relaciona à realização de interesse legítimo do próprio titular (Schreiber, 2013, p. 26-29). O autor adverte, ao mesmo

tempo, que uma tutela excessivamente protetiva não deve servir para substituir escolhas legítimas da pessoa por uma concepção externa sobre aquilo que seria melhor para ela (Schreiber, 2013, p. 28-29).

Perlingieri insere essa análise na unidade do ordenamento, sustentando que a autonomia privada deve ser compreendida dentro da legalidade constitucional e interpretada à luz dos valores fundamentais do sistema (Perlingieri, 2008). Maria Celina Bodin de Moraes igualmente destaca que os valores constitucionais incidem sobre as relações privadas e condicionam o exercício da autonomia, sobretudo diante da posição prioritária assumida pelas situações existenciais e pela tutela da pessoa humana (Moraes, 1993).

O desafio, portanto, não está em escolher entre autonomia e proteção, como se uma necessariamente afastasse a outra. A tutela contemporânea da pessoa exige espaço real para escolhas existenciais, mas também mecanismos capazes de impedir que seu exercício comprometa direitos de terceiros ou outros interesses juridicamente protegidos. Essa relação será especialmente relevante quando a autonomia passar a ser exercida diretamente perante instituições encarregadas de conferir eficácia jurídica às escolhas realizadas.

Autonomia Privada e Atuação Extrajudicial na Tutela dos Direitos da Personalidade

A ampliação do espaço reconhecido à autonomia existencial produz consequências que ultrapassam o plano teórico. Se o ordenamento admite que a própria pessoa participe da conformação jurídica de determinados interesses ligados à sua personalidade, torna-se necessário que existam instrumentos capazes de conferir eficácia a essas escolhas. A tutela da pessoa não se realiza apenas mediante reação posterior a uma lesão, mas também por mecanismos que permitam o exercício de direitos existenciais de forma juridicamente reconhecida.

No âmbito do Registro Civil das Pessoas Naturais, essa possibilidade assume especial relevância porque a serventia lida diretamente com informações relativas ao estado e à identificação da pessoa. Camargo Neto e Oliveira destacam que registros, averbações e anotações permitem exteriorizar as modificações do estado da pessoa natural e torná-las cognoscíveis perante terceiros, associando essa publicidade à autenticidade, à segurança e à eficácia próprias do registro jurídico (Camargo Neto; Oliveira, 2014, p. 36-37).

A atuação registral, contudo, não corresponde à reprodução automática da vontade do interessado. Camargo Neto e Oliveira ressaltam que a qualificação exige do registrador o exame do requerimento e da documentação apresentada, sua conformidade com a legalidade e a observância dos princípios registrais (CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014, p. 74). Entre a manifestação de vontade e a produção de seus efeitos jurídicos permanece, portanto, uma atividade técnica destinada a verificar se a pretensão pode ingressar validamente no sistema.

A via extrajudicial pode, assim, funcionar como instrumento de efetivação da autonomia sem afastar os mecanismos de proteção que acompanham a tutela das

situações existenciais. A questão passa a ser compreender como essa estrutura se desenvolveu, por que as serventias extrajudiciais se mostram aptas a receber atribuições cada vez mais complexas e, de forma mais específica, qual posição o Registro Civil das Pessoas Naturais ocupa nesse processo. É a partir dessas premissas que se passa ao exame da desjudicialização e da ampliação da atuação extrajudicial.

DESJUDICIALIZAÇÃO E AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A ampliação da atuação extrajudicial interessa a este estudo não apenas pelo deslocamento de determinados procedimentos para fora do Poder Judiciário, mas pela existência de outras estruturas juridicamente organizadas para reconhecer e formalizar situações relevantes. No âmbito dos direitos da personalidade, essa possibilidade assume especial importância quando a própria pessoa passa a participar da conformação de situações relacionadas à sua identidade e ao seu estado civil.

Desjudicialização como Fenômeno Contemporâneo

A desjudicialização não deve ser compreendida apenas como resposta à sobrecarga do Poder Judiciário. Embora a redução da litigiosidade possa constituir uma de suas consequências, o fenômeno está relacionado a uma compreensão mais ampla da própria efetivação dos direitos. Pinho e Stancati destacam que vias judiciais e extrajudiciais podem coexistir dentro de um sistema de tutela orientado pela adequação, sem identificar necessariamente a realização do direito com a atuação jurisdicional (Pinho; Stancati, 2016, p. 25).

Watanabe segue orientação semelhante ao sustentar que a escolha do mecanismo de tutela deve priorizar sua adequação ao problema jurídico apresentado. A eventual diminuição da carga de trabalho do Judiciário surge, nessa perspectiva, como consequência de um sistema mais eficiente, e não como finalidade principal da ampliação das vias extrajudiciais (Watanabe, 2012, p. 24). Hill (2021, p. 383), por sua vez, define a desjudicialização como a possibilidade de que litígios ou atos da vida civil tradicionalmente submetidos ao Judiciário passem a ser realizados perante agentes externos à estrutura jurisdicional, inclusive em situações nas quais sequer existe propriamente uma lide.

No direito brasileiro, esse movimento foi construído gradualmente. A Lei nº 11.441/2007 representou um marco importante ao permitir a realização extrajudicial de inventário, partilha, separação e divórcio consensuais, observados os requisitos legais. Carneiro Filho identifica, nessa alteração, uma transferência de atribuições anteriormente concentradas no Poder Judiciário para as serventias extrajudiciais, com especial relevância nas situações em que não há litigiosidade (Carneiro Filho, 2015, p. 119-120).

O processo avançou para matérias de maior complexidade. O Código de Processo Civil de 2015 passou a admitir a usucapião extrajudicial perante o Registro de Imóveis, enquanto a Lei nº 14.382/2022 inseriu o art. 216-B na Lei nº 6.015/1973 e possibilitou também a adjudicação compulsória pela via registral, sem prejuízo da via judicial (Brasil, 1973). Esses exemplos demonstram que a possibilidade de tratamento extrajudicial não decorre da menor importância do direito envolvido, mas da existência de uma estrutura jurídica capaz de oferecer resposta adequada fora da jurisdição.

A preservação da via judicial confirma que a desjudicialização não equivale à exclusão do Poder Judiciário. A Lei de Registros Públicos mantém a possibilidade de utilização da jurisdição em procedimentos como a usucapião e a adjudicação compulsória, e Pinho e Stancati ressaltam que a legitimidade das vias extrajudiciais depende justamente da preservação das garantias essenciais e do acesso judicial quando necessário (Brasil, 1973; Pinho; Stancati, 2016, p. 25).

A desjudicialização pode, portanto, ser compreendida como diversificação das formas institucionalmente disponíveis para a realização de direitos. A questão que se coloca, a partir daí, é compreender por que as serventias extrajudiciais se mostram aptas a receber atribuições dessa natureza.

Ampliação das Competências das Serventias Extrajudiciais

A atribuição de novas competências a notários e registradores ocorre dentro de uma estrutura jurídica previamente definida. O art. 236 da Constituição Federal estabelece que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, submetidos à fiscalização do Poder Judiciário e com ingresso condicionado à aprovação em concurso público de provas e títulos (Brasil, 1988).

A Lei nº 8.935/1994 complementa essa estrutura ao definir os serviços notariais e registrais como organização técnica e administrativa destinada a garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos. O mesmo diploma qualifica notários e registradores como profissionais do Direito dotados de fé pública, aos quais é delegado o exercício dessas atividades (BRASIL, 1994).

No campo registral, a atuação jurídica se manifesta especialmente pela qualificação. Camargo Neto e Oliveira explicam que compete ao registrador examinar o requerimento e a documentação apresentados, verificando a legalidade da pretensão, a presença dos elementos necessários à prática do ato e sua conformidade com os princípios registrais (Camargo Neto; Oliveira, 2014, p. 74). O ingresso de uma situação no registro não decorre, portanto, da simples manifestação de vontade do interessado, mas de um exame jurídico acerca da possibilidade de produção dos efeitos pretendidos.

Hill relaciona essas características institucionais à própria viabilidade das vias extrajudiciais. Ao tratar do devido processo legal extrajudicial, a autora destaca a condição de notários e registradores como profissionais do Direito, sua independência no exercício das atribuições e a qualificação jurídica realizada no

âmbito das serventias como elementos relevantes para o desempenho de novas funções fora do Poder Judiciário (Hill, 2021, p. 391-395).

A ampliação das competências extrajudiciais não deve ser compreendida, assim, como simples transferência de tarefas para reduzir a carga jurisdicional. Ela ocorre no interior de uma estrutura dotada de qualificação técnica, fé pública, responsabilidade e fiscalização. À medida que situações juridicamente mais complexas passam a ser confiadas às serventias, também ganha maior importância a atuação jurídica do profissional responsável por examiná-las.

É nesse ponto que a expansão da atividade extrajudicial se aproxima do problema desta pesquisa. Se essa estrutura se mostra apta a conferir segurança a situações jurídicas de diferentes naturezas, interessa compreender de maneira mais específica como atua quando a tutela incide sobre aspectos relacionados à pessoa, à sua identificação e ao seu estado civil.

Registro Civil das Pessoas Naturais como Espaço de Exercício da Autonomia Existencial

Entre as especialidades registrais, o Registro Civil das Pessoas Naturais possui relação especialmente próxima com a trajetória jurídica da pessoa. Camargo Neto e Oliveira destacam que registros, averbações e anotações permitem exteriorizar informações relativas ao estado da pessoa natural e às alterações que se verificam ao longo de sua vida, tornando-as cognoscíveis perante terceiros e vinculando a publicidade registral à autenticidade, à segurança e à eficácia jurídicas (Camargo Neto; Oliveira, 2014, p. 36-37).

Essa função ultrapassa a simples conservação documental. Leonardo Brandelli distingue o direito ao nome do direito a um nome determinado e sustenta que este se individualiza juridicamente, como regra, por meio do assento no Registro Civil. O registro participa, portanto, da determinação jurídica da forma pela qual a pessoa será identificada, sem que essa estabilidade possa ser compreendida de maneira absoluta quando a realidade pessoal exigir solução diversa (Brandelli, 2012, p. 34-35).

A relação entre Registro Civil e autonomia torna-se mais evidente quando se reconhece ao próprio titular a possibilidade de atuar sobre interesses ligados à personalidade. Cantali associa o livre desenvolvimento da personalidade à dimensão dinâmica desses direitos e sustenta que sua tutela alcança também seu exercício positivo pelo titular (CANTALI, 2008, p. 19-20). Quando essa atuação pode ocorrer diretamente perante a serventia, o Registro Civil deixa de funcionar apenas como repositório de situações previamente definidas e passa, em determinadas hipóteses, a integrar o próprio processo de sua conformação jurídica.

A evolução do registro tardio de nascimento já demonstrava essa transformação institucional. A redação anterior do art. 46 da Lei nº 6.015/1973 condicionava o registro fora do prazo legal a despacho judicial. Com a Lei nº 11.790/2008, essa exigência foi afastada, atribuindo-se ao oficial a análise inicial da declaração e o encaminhamento ao juízo apenas diante de dúvida persistente sobre

sua veracidade (BRASIL, 1973). Embora não se trate propriamente de exercício de autonomia existencial, a mudança evidencia a progressiva transferência para o próprio RCPN de controles anteriormente dependentes de decisão judicial.

Esse movimento ganha nova dimensão com as reformas mais recentes, especialmente aquelas relacionadas ao nome civil. A Lei nº 14.382/2022 ampliou as possibilidades de atuação diretamente perante o Registro Civil, reconhecendo maior participação do próprio titular na modificação de elementos ligados à sua identificação jurídica (Brasil, 1973). Os detalhes desse regime serão examinados no tópico seguinte; aqui importa apenas observar que a ampliação das competências do RCPN alcançou situações diretamente relacionadas à personalidade.

A atuação do registrador continua, entretanto, submetida à qualificação e aos mecanismos próprios de segurança registral. A possibilidade de exercício extrajudicial da autonomia não transforma a serventia em simples destinatária da vontade individual. O Registro Civil pode ser compreendido como espaço institucional no qual determinadas escolhas existenciais encontram uma estrutura jurídica capaz de lhes conferir forma, publicidade e eficácia, preservando simultaneamente os controles exigidos pelo ordenamento.

Essa compreensão fornece a passagem para a análise das manifestações concretas da autonomia no RCPN. Estabelecidas as bases teóricas da autonomia e as condições institucionais de sua atuação extrajudicial, cabe verificar de que modo esse movimento se manifesta em situações específicas relacionadas ao nome, à filiação e às relações conjugais.

MANIFESTAÇÕES CONCRETAS DA AUTONOMIA NO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS

A ampliação da autonomia existencial no Registro Civil pode ser observada em diferentes situações relacionadas à identificação e ao estado da pessoa. As transformações examinadas nos tópicos anteriores permitiram que determinadas escolhas antes condicionadas à intervenção judicial passassem, em hipóteses específicas, a ser manifestadas e qualificadas diretamente perante o RCPN. Isso não significa afastamento dos mecanismos de segurança, mas uma nova forma de articulação entre vontade individual, qualificação registral e proteção de terceiros.

As manifestações dessa autonomia não possuem a mesma intensidade. Em algumas situações, a vontade incide predominantemente sobre atributo pertencente à esfera individual; em outras, interfere diretamente na posição jurídica de terceiros ou na constituição de relações familiares. Essa diferença justifica que o ordenamento estabeleça requisitos e controles distintos para cada hipótese. A seguir, serão examinados três campos em que essa transformação se mostra de maneira especialmente clara: o nome civil, a filiação e as relações conjugais e convivenciais.

Alteração do Nome Civil

A alteração do nome constitui uma das manifestações mais evidentes da autonomia existencial no Registro Civil, justamente porque incide sobre atributo que reúne dimensão pessoal e função social. Maria Celina Bodin de Moraes reconhece o nome como direito essencial da personalidade e destaca que sua tutela não se limita à identificação perante terceiros, alcançando também a esfera íntima e o interesse de identidade do indivíduo (Moraes, 2010, p. 149, 152). Ao mesmo tempo, sua função de individualização perante a comunidade e o Estado explica a presença de interesses sociais em sua disciplina jurídica (Moraes, 2010, p. 154-155).

Essa dimensão social ajuda a compreender a estabilidade historicamente atribuída ao nome, mas não significa que ele tenha sido considerado absolutamente imutável. Bodin de Moraes já apontava a relativização progressiva dessa regra, especialmente em relação ao prenome, e a crescente valorização de sua natureza como direito da personalidade (Moraes, 2010, p. 155-158).

A Lei nº 14.382/2022 aprofundou esse movimento ao modificar os arts. 56 e 57 da Lei nº 6.015/1973. A pessoa maior de idade passou a poder requerer pessoal e imotivadamente a alteração do prenome diretamente perante o Registro Civil, enquanto também foram ampliadas as hipóteses de modificação extrajudicial do sobrenome (Brasil, 1973). A mudança mais significativa está, portanto, menos na admissão da mutabilidade e mais no espaço conferido à vontade do próprio titular para participar da conformação de sua identificação jurídica.

Essa autonomia permanece acompanhada de mecanismos de controle. A regulamentação exige identificação e documentação do requerente, averbação e comunicação das alterações, além de admitir a recusa fundamentada diante de suspeitas de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade ou simulação (Brasil, 1973; Conselho Nacional de Justiça, 2023). O regime atual demonstra, assim, que a flexibilização do nome não exige o abandono da estabilidade registral. O que se modifica é a forma de preservá-la: não necessariamente pela permanência absoluta do mesmo dado, mas pela continuidade entre suas sucessivas configurações.

Filiação e Parentalidade

No campo da filiação, a autonomia assume configuração distinta, porque seus efeitos não permanecem restritos à esfera jurídica de uma única pessoa. Calderón identifica, no Direito de Família contemporâneo, a crescente valorização das relações construídas pela convivência e pela afetividade, em um processo de repersonalização que reduziu a centralidade exclusiva dos vínculos formais e biológicos (Calderón, [s.d.], p. 138-141).

A relevância jurídica da realidade vivenciada não é inteiramente nova. Pontes de Miranda, ao examinar a posse do estado de filho, identifica seus elementos tradicionais no *nomen*, correspondente ao uso do nome daquele a quem se atribui a paternidade, no *tractatus*, relacionado ao tratamento como filho, e na fama, consistente no reconhecimento público dessa condição (Pontes de Miranda, 2012, t. IX, p. 110).

No tratamento contemporâneo da matéria, Cassettari (2015, p. 29; 234) relaciona a parentalidade socioafetiva à existência de vínculo concretamente construído pela convivência e pela afetividade e ressalta a importância do consenso em seu reconhecimento voluntário. Diferentemente do que ocorre na alteração imotivada do prenome, contudo, a vontade não atua aqui apenas sobre atributo pertencente à própria pessoa. Ela participa da constituição de uma relação familiar e produz efeitos sobre posições jurídicas recíprocas.

Essa característica também aparece na disciplina extrajudicial. O Provimento nº 83/2019 admite o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva perante o Registro Civil, observados os requisitos estabelecidos pelo ordenamento (Conselho Nacional de Justiça, 2019). Cassettari ressalta ainda que o reconhecimento deve repercutir no assento de nascimento e pode produzir efeitos sobre o nome e a ascendência registral (Cassettari, 2015, p. 82; 128-129).

A filiação revela, portanto, uma forma necessariamente relacional de autonomia existencial. O reconhecimento pode ocorrer perante o próprio RCPN, mas não resulta de mera escolha subjetiva dos envolvidos. A vontade atua dentro de uma relação juridicamente qualificável e submetida a requisitos compatíveis com os efeitos produzidos sobre o estado familiar.

União Estável, Casamento e Estado Civil

Nas relações conjugais e convivenciais, a autonomia se manifesta sobretudo na possibilidade de os indivíduos participarem da definição e da transformação de seu projeto familiar. Rodrigues Jr. identifica no Direito de Família um processo de ampliação da autodeterminação e de redução da tutela estatal sobre determinadas escolhas dos particulares (Rodrigues Jr., 2019, p. 204-205). Em sentido próximo, Multedo e Bodin de Moraes associam mudanças como a desjudicialização do divórcio e a eliminação de obstáculos à dissolução matrimonial à progressiva valorização das escolhas existenciais de cônjuges e conviventes (Multedo; Moraes, 2016, p. 5-8).

Esse reconhecimento da liberdade familiar não significa ausência de tutela jurídica. Multedo e Bodin de Moraes ressaltam que a autodeterminação convive com a necessidade de proteção dos direitos de terceiros e das situações de vulnerabilidade ou desigualdade material (Multedo; Moraes, 2016, p. 7-8). A transformação não consiste, portanto, em retirar o Estado das relações familiares, mas em redefinir a forma e a intensidade de sua intervenção.

No âmbito registral, essa mudança pode ser observada na disciplina da união estável e de sua conversão em casamento. A Lei nº 6.015/1973 admite o registro de títulos relacionados à constituição e à dissolução da união estável e permite que os conviventes formulem diretamente perante o Registro Civil o pedido de conversão em casamento, observados os requisitos legais e sem necessidade de prévia autorização judicial (Brasil, 1973).

A autonomia também alcança determinados efeitos da relação familiar, como escolhas relacionadas ao regime de bens e à repercussão do casamento ou da união

estável sobre os sobrenomes, nos limites admitidos pelo ordenamento (Conselho Nacional de Justiça, 2023). O Registro Civil não define o projeto familiar dos interessados, mas oferece a estrutura jurídica necessária para que determinadas escolhas sejam formalizadas e produzam efeitos perante terceiros.

Os exemplos examinados revelam, assim, manifestações distintas de um mesmo processo. No nome, a autonomia incide diretamente sobre atributo da personalidade do próprio titular; na filiação, possui caráter necessariamente relacional; nas relações conjugais e convivenciais, relaciona-se à conformação compartilhada do projeto familiar. Em todos esses campos, contudo, o RCPN deixa de atuar apenas como destinatário de situações previamente definidas em outras instâncias e passa, em diferentes graus, a integrar o percurso pelo qual escolhas existenciais recebem reconhecimento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações examinadas ao longo deste estudo permitem afirmar que a ampliação da autonomia existencial e o avanço da desjudicialização não constituem movimentos independentes. À medida que o Direito reconhece maior participação da pessoa na definição de situações relacionadas à própria existência, também se tornam necessários instrumentos capazes de conferir forma e eficácia jurídica a essas escolhas sem que a intervenção judicial seja sempre pressuposto necessário.

O Registro Civil das Pessoas Naturais ocupa posição particularmente relevante nesse processo. Sua atuação permanece vinculada à publicidade, à continuidade e à segurança das informações relativas ao estado da pessoa, mas essas funções já não permitem compreendê-lo apenas como espaço de conservação documental. Em determinadas hipóteses, é perante a própria serventia que a manifestação de vontade é apresentada, juridicamente qualificada e, quando preenchidos os requisitos estabelecidos pelo ordenamento, incorporada à situação registral do interessado.

A análise do nome, da filiação e das relações conjugais demonstra, contudo, que a autonomia não se manifesta de maneira uniforme. Na alteração do nome, a vontade do titular assume papel mais direto na conformação de sua identificação jurídica. Na filiação, a autonomia possui caráter necessariamente relacional e deve considerar os efeitos produzidos sobre outras pessoas e sobre o próprio estado familiar. No casamento e na união estável, manifesta-se principalmente na possibilidade de definição e transformação compartilhadas do projeto familiar.

Essas diferenças afastam duas conclusões igualmente inadequadas. A ampliação da autonomia não transforma o Registro Civil em simples executor da vontade particular, mas a exigência de segurança jurídica também não impõe a manutenção de modelos rígidos ou a necessária submissão de toda situação existencial ao Poder Judiciário. É justamente nesse espaço intermediário que a qualificação registral assume maior relevância, permitindo compatibilizar liberdade individual, legalidade, continuidade das informações e proteção de terceiros.

A resposta ao problema proposto está, portanto, na própria transformação da função registral. O RCPN não atua apenas depois que uma situação jurídica já foi definida em outra instância. Em determinadas hipóteses, ele passa a integrar o próprio percurso de exercício da autonomia, recebendo a manifestação de vontade, qualificando-a e conferindo-lhe projeção jurídica perante terceiros.

Essa mudança revela uma compreensão mais participativa da tutela da pessoa. Ao permitir que o próprio titular ocupe papel mais ativo na conformação de situações existenciais juridicamente relevantes, sem eliminar os controles necessários à segurança das relações, o Registro Civil também se aproxima de uma tutela mais participativa e, nesse sentido, mais democrática da personalidade. A função registral contemporânea passa, assim, a reunir dois valores que não precisam ser tratados como opostos: de um lado, a autonomia da pessoa; de outro, a segurança jurídica necessária para que essa autonomia possa produzir efeitos de forma responsável e socialmente reconhecível.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007. Disponível em: https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2023/11/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 2 ago. 2026.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome Civil da pessoa natural**, 1ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. E-book. ISBN 9788502173286. Disponível em: https://app.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502173286/. Acesso em: 02 ago. 2026.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 ago. 2026.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 2 ago. 2026.

BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 — Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 2 ago. 2026.

BRASIL. **Lei nº 11.790, de 2 de outubro de 2008**. Altera o art. 46 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 — Lei de Registros Públicos, para permitir o registro da declaração de nascimento fora do prazo legal diretamente nas serventias

extrajudiciais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11790.htm. Acesso em: 2 ago. 2026

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2 ago. 2026.

BRASIL. **Lei nº 14.382, de 27 de junho de 2022.** Dispõe sobre o Sistema Eletrônico dos Registros Públicos (Serp); altera as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, nº 11.977, de 7 de julho de 2009, nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, nº 13.465, de 11 de julho de 2017, nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, e nº 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/l14382.htm. Acesso em: 2 ago. 2026

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015consolidado.htm. Acesso em: 2 ago. 2026.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 2 ago. 2026.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no Direito de Família**. Entre Aspas: Revista da Unicorp, Salvador, p. 138-153. Disponível em: https://www.tjba.jus.br/unicorp/wp-content/uploads/2020/01/12-Principio-da-Afetividade-no-Direito-de-Familia.pdf. Acesso em: 2 ago. 2026.

CAMARGO NETO, Mario de Carvalho; OLIVEIRA, Marcelo Salaroli de. **Registro Civil das Pessoas Naturais I: parte geral e registro de nascimento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana.** 2008. 271 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

CARNEIRO FILHO, Humberto João. Reflexões sobre o inventário e partilha extrajudiciais no Código de Processo Civil de 2015: o resultado de um percurso histórico-dogmático. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 5, p. 119-133, out./dez. 2015. Disponível em: https://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/73. Acesso em: 2 ago. 2026.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Provimento nº 149, de 30 de agosto de 2023. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça — Foro Extrajudicial (CNN/CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243. Acesso em: 2 ago. 2026

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Provimento nº 153, de 26 de setembro de 2023.** Altera o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça — Foro Extrajudicial, para dispor sobre o procedimento de alteração extrajudicial do nome perante o Registro Civil das Pessoas Naturais. Brasília, DF: CNJ, 2023. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5284. Acesso em: 2 ago. 2026.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da paternidade socioafetiva, do Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975. Acesso em: 2 ago. 2026.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização e acesso à justiça além dos tribunais: pela concepção de um devido processo legal extrajudicial. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 379-408, 2021. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/56701. Acesso em: 2 ago. 2026.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, DF, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf. Acesso em: 2 ago. 2026.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional.** Revista de Direito Civil, São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil - constitucional.** 1. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016. E-book. Disponível em: https://plataforma.bvirtual.com.br. Acesso em: 02 ago. 2026.

MULTEDO, Renata Vilela; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A privatização do casamento**. Civilistica.com, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, p. 1-21, 2016. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/263. Acesso em: 2 ago. 2026.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 254, p. 17-44, abr. 2016. Disponível em: https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/Acesso_ressignificado_-_Dalla_e_Stancati_-_2018.pdf. Acesso em: 2 ago. 2026.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: parte especial. Tomo IX: Direito de família: direito parental, direito protetivo. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2012.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

Capítulo 38

Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo: Configuração e Indenização do Dano Moral

Civil Liability for Emotional Abandonment: Grounds and Compensation for Non-Pecuniary Damage

Caio Vinicius de Oliveira Garcia

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar o conceito de abandono afetivo, tanto em sua dimensão material quanto imaterial, bem como a inobservância, por parte dos genitores, dos deveres jurídicos inerentes ao poder familiar. Propõe, ainda, um exame dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da responsabilidade civil e da possibilidade de indenização por dano moral. Além disso, o estudo aborda a necessidade criteriosa de análise dos requisitos configuradores do dano moral, a fim de evitar a chamada "indústria indenizatória", sem, entretanto, afastar a responsabilização dos pais diante de omissões injustificadas e prejudiciais ao desenvolvimento dos filhos. Por fim, o estudo aborda o chamado abandono afetivo inverso, caracterizado pela ausência de assistência do filho em relação ao pai, especialmente na velhice ou em situações de enfermidade, estabelecendo uma correlação entre o dano moral sofrido na infância e a eventual omissão do dever de cuidado na fase adulta.

Palavras-chave: abandono afetivo; responsabilidade civil; abandono inverso; dano moral; possibilidade de condenação.

Abstract: This study aims to analyze the concept of emotional abandonment—encompassing both its material and immaterial dimensions—as well as the failure of parents to fulfill the legal duties inherent in parental authority. It further examines doctrinal and jurisprudential perspectives regarding civil liability and the possibility of compensation for non-pecuniary damages (moral damages). Additionally, the study addresses the need for a careful analysis of the criteria establishing such damages to avoid the so-called "compensation industry," without, however, absolving parents of liability for unjustified omissions that harm their children's development. Finally, the study discusses "reverse emotional abandonment"—characterized by a child's failure to provide care for a parent, particularly during old age or illness—establishing a link between emotional damage suffered in childhood and the potential failure to fulfill the duty of care in adulthood.

Keywords: emotional abandonment; civil liability; reverse abandonment; non-pecuniary damage; possibility of a court order for damages.

INTRODUÇÃO

O amor constitui um dos pilares da sociedade: é um sentimento que envolve carinho e manifestação de afeto. Trata-se de uma palavra simples, de apenas quatro letras, mas de significado amplo e profundo.

Amar abrange valores como respeito, admiração, valorização, dignidade, afeto, proteção, apoio e cuidado. Poderíamos dedicar inúmeras páginas à tentativa de definir o amor e, ainda assim, não alcançar uma conclusão definitiva.

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.38

Não é esse, contudo, o objetivo deste estudo. O que se pretende destacar é que o silêncio, a ausência, o desleixo, o descaso e a omissão — especialmente por parte dos pais em relação aos filhos — podem gerar danos, por vezes irreversíveis e irreparáveis.

Assim, cumpre destacar que os deveres decorrentes do poder familiar são inerentes aos pais no que diz respeito à pessoa dos filhos menores, incluindo a obrigação de tê-los sob sua guarda e proteção, bem como de dirigir sua criação e educação (CC, art. 1.634, I e II). Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 22. Atribui aos pais o dever de sustento e guarda.

A Constituição Federal, em seu art. 227, estabelece um conjunto de princípios que devem ser assegurados prioritariamente pela família — especialmente pelos pais — à criança, ao adolescente e ao jovem, garantindo-lhes, 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 protegê-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1988).

Nessa perspectiva, embora seja indiscutível o dever dos pais de assegurar o sustento, a educação e a criação dos filhos, surge uma questão relevante: e quanto ao amor e ao afeto? Tais sentimentos se relacionam diretamente ao princípio da afetividade, ganhando destaque com a Teoria do Desamor, desenvolvida pela Dra. Giselda Maria Fernandes Moraes Hironaka. Tradicionalmente, entendia-se que esses elementos não seriam passíveis de exigência jurídica; contudo, esse entendimento vem sendo progressivamente revisto, conforme se demonstrará no desenvolvimento do tema.

ABANDONO AFETIVO MATERIAL E IMATERIAL

No que se refere ao chamado “abandono afetivo”, trata-se de terminologia muitas vezes considerada inadequada, pois pode induzir a interpretações equivocadas. Isso porque não se refere, propriamente, à ausência de amor ou de afeto, mas, sob a ótica jurídica, ao abandono moral — isto é, à ausência dos pais na vida dos filhos e ao descumprimento do dever legal de mantê-los sob sua guarda e companhia

Tal expressão diz respeito, portanto, à conduta omissiva (em sentido amplo) dos genitores quanto ao cumprimento de suas obrigações de assistência física, moral e educacional, direitos fundamentais indispensáveis ao pleno desenvolvimento da criança e do adolescente. Nesse contexto, a ação ou omissão voluntária, a negligência ou a imprudência podem caracterizar abandono material e configurar ato ilícito, nos termos do art. 186 do Código Civil.

Por sua vez, a responsabilidade civil impõe o dever de recompor o status quo ante diante de dano causado por ato próprio ou por fato de pessoas ou coisas sob a responsabilidade do agente, sendo certo que, verificado o dano — moral ou material —, surge a obrigação de indenizar, conforme dispõe o art. 927 do Código Civil.

Como bem ensina Maria Helena Diniz (2010, p. 50), a responsabilidade civil consiste na:

> Aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral e/ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação do dano, traduzida na recomposição do status quo ante ou em uma importância em dinheiro.

No que diz respeito ao abandono material, caracteriza-se pela recusa injustificada daquele que tem o dever de prover os recursos necessários ao filho menor de 18 anos, bem como pela omissão, sem justa causa, em prestar socorro a descendente ou ascendente gravemente enfermo. Tal conduta é tipificada no art. 244 do Código Penal.

Por outro lado, quando se trata do chamado abandono afetivo imaterial, há intensa discussão quanto à possibilidade de compensação pecuniária. Isso porque a ausência de afeto, amor e orientação moral, ética, religiosa e cultural por parte dos genitores pode ocasionar danos profundos, muitas vezes irreversíveis.

Cumpre ressaltar que a utilização do termo “indenização” no âmbito do dano moral revela certa impropriedade técnica. Diferentemente dos danos materiais, que admitem recomposição integral, os danos morais — por sua natureza subjetiva — não são passíveis de quantificação exata. Assim, a prestação pecuniária possui caráter compensatório, buscando atenuar, ainda que parcialmente, o prejuízo sofrido, sem, contudo, restaurar o estado anterior.

A ausência injustificada de um dos pais durante a infância, fase essencial ao desenvolvimento da criança, pode gerar abalo psicológico, transtornos emocionais e sequelas duradouras. A inobservância dos deveres inerentes ao poder familiar (art. 1.631 do Código Civil) compromete a integridade física, moral, intelectual e psíquica da criança ou do adolescente, afetando diretamente a formação de sua personalidade.

Os deveres fundamentais dos genitores encontram-se delineados na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, abrangendo a garantia de criação, educação, guarda, companhia, sustento e saúde. Nesse contexto, embora o amor e a felicidade não possam ser impostos, estão intrinsecamente ligados ao macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) .

No âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça passou a enfrentar a temática com maior profundidade, revelando entendimentos ainda não uniformes acerca da compensação por danos imateriais decorrentes do abandono moral. Parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que a condenação pecuniária pode, inclusive, dificultar a reconstrução dos vínculos afetivos, sem efetivamente suprir o sofrimento experimentado pelo filho.

Com voto do Relator Ministro Fernando Gonçalves em um Recurso Especial acerca do tema responsabilidade civil em direito de família, por abandono imaterial e danos morais, vejamos:

> No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art.24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II. Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem da conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral (STJ, REsp n° 757.411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves. j. 29 nov. 2005)

Segundo a decisão tomada pelo STJ rejeitando o pedido de compensação pecuniária por dano moral em face de abandono afetivo:

> A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro(...) (REsp 1.493.125/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.02.2016).

Diante do exposto, o entendimento do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva orienta-se no sentido de não incentivar a propositura de ações pautadas em interesses meramente econômicos, em detrimento do efetivo interesse jurídico. Isso porque, de forma figurada, tal prática poderia fomentar uma espécie de "indústria indenizatória", afastando-se do verdadeiro objetivo da tutela jurisdicional, que é a promoção da legítima justiça.

Em contrapartida, não se deve restringir a possibilidade de compensação pecuniária por dano moral, uma vez que a omissão voluntária dos genitores no cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar configura ato ilícito, nos termos do art. 186 do Código Civil, sendo, portanto, passível de reparação. Não se trata apenas da ausência de afeto, mas do descumprimento do dever legal de prestar assistência ao filho.

Nesse sentido, foi a decisão proferida pelo Tribunal de origem:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C DANOS MORAIS. RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO POR MEIO DE EXAME DE DNA. OMISSÃO DO GENITOR NO CUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES

> AO PODER FAMILIAR. ILÍCITO DENOMINADO 'ABANDONO AFETIVO'. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES ATINENTES AO PODER FAMILIAR. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM COMPENSATÓRIO. OBJETO DE RECURSO POR AMBAS PARTES. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. JUROS DE MORA. TERMO A QUO FIXADO EX OFFICIO DA DATA DO RESULTADO DO EXAME DE DNA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 54 DO STJ E DO ART. 398 DO CC. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO E DA AUTORA DESPROVIDO.O ilícito comumente chamado de "abandono afetivo" nada mais é do que a atitude omissiva dos genitores no cumprimento dos deveres de ordem sentimental e moral (não raramente também material) decorrentes do poder familiar legalmente estabelecido, dentre os quais se destacam os de prestar assistência, educação, atenção, carinho, amor e orientação para a boa formação da criança e do adolescente. O que enseja o ilícito civil e , por conseguinte, a compensação pecuniária é o descumprimento dos deveres jurídicos do poder familiar, e não a falta de afeto por si só. Assim, por estar devidamente demonstrado, in casu, o abandono afetivo sofrido pela Autora, com o cristalino descumprimento pelo Réu dos deveres inerentes ao poder familiar – dever legal de cuidado lato sensu – a manutenção da sentença que o condenou ao pagamento de compensação pecuniária é medida que se impõe. Não é a falta de afeto (amor) que configura o ilícito civil, mas sim a falta de observância dos deveres paternos atinentes à filiação. O dano é in re ipsa e o nexo de causalidade mais do que evidente é elementar. (TJ-SC. Apelação nº 0004396-81.2012.8.24.0090. j. 17 dez. 2015)

Tendo em vista que a ausência de afeto (amor) pode violar o princípio da afetividade — entendido como elemento norteador das relações familiares —, observa-se que, embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, tal princípio decorre de interpretação sistemática de seus dispositivos.

Segundo Gonçalves (2003) , os direitos da personalidade compreendem tudo aquilo que é inerente à pessoa humana, consistindo em prerrogativas individuais, inalienáveis e amplamente reconhecidas pela doutrina, razão pela qual merecem plena proteção jurídica. Nesse contexto, é possível sustentar que o afeto integra a própria condição humana, podendo ser compreendido como um dos elementos tutelados no âmbito dos direitos da personalidade, nos termos do art. 11 do Código Civil.

Sob a perspectiva técnico-constitucional, a leitura dos arts. 227 e 229 da Constituição Federal evidenciam a incidência do princípio da afetividade, ao assegurar à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso o direito a uma vida digna e saudável, tendo como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. Em especial, o art. 229 revela a intenção do legislador de fortalecer os vínculos de cuidado e solidariedade no âmbito familiar.

Por fim, a Teoria do Desamor, desenvolvida pela Dra. Giselda Maria Fernandes Moraes Hironaka sintetiza a problemática abordada, ao admitir a possibilidade de responsabilização civil do genitor que, embora tenha cumprido suas obrigações materiais, deixou de oferecer o suporte afetivo necessário ao pleno desenvolvimento do filho.

OS EFEITOS DO ABANDONO AFETIVO NO COMPORTAMENTO E NA APRENDIZAGEM

Os danos decorrentes do abandono afetivo por parte do genitor podem ocasionar o desenvolvimento de doenças e sequelas psicológicas, dentre as quais se destacam: ansiedade, sentimento de rejeição, baixa autoestima, agressividade, isolamento social e, em casos mais graves, depressão e até ideação suicida.

Segundo o médico Drauzio Varella, a depressão (CID-10 – F33) é uma doença psiquiátrica crônica e recorrente, caracterizada por uma alteração significativa do humor, marcada por tristeza profunda e persistente, associada a sentimentos de dor, amargura, desesperança, baixa autoestima e culpa, além de distúrbios do sono e do apetite.

No ambiente escolar, a criança pode apresentar dificuldades de aprendizagem, desinteresse pelas atividades e bloqueios no processo de socialização com outras pessoas.

As formas de tratamento incluem acompanhamento terapêutico e, nos casos mais graves, a utilização de medicação específica, sempre prescrita por profissional médico.

Diante disso, é fundamental que os pais estejam atentos às alterações comportamentais da criança ou do adolescente e, ao identificarem sinais atípicos, busquem auxílio especializado de forma imediata.

ABANDONO AFETIVO INVERSO

O abandono afetivo não ocorre apenas dos pais em relação aos filhos, podendo também se manifestar de forma inversa, isto é, dos filhos em relação aos pais.

Nesse sentido, Castro (2019) sustenta que o mesmo dever de cuidado atribuído aos pais em relação aos filhos deve ser observado pelos filhos para com os pais, especialmente na velhice ou em situações de enfermidade, podendo tal obrigação ultrapassar a esfera civil e alcançar a esfera penal.

Cumpre salientar que o abandono não se restringe a determinada faixa etária. O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), em seu art. 1º, assegura proteção às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos; contudo, a configuração da vítima, nesse contexto específico, depende do enquadramento nesse dispositivo legal.

Para Gama (2006) , o entendimento tradicional acerca da relação de cuidado dos filhos para com os pais mostra-se limitado, admitindo-se, inclusive, a possibilidade de responsabilização dos netos quando deixam de prestar assistência aos avós na velhice, na carência ou na enfermidade — não apenas no aspecto material, mas também no âmbito imaterial.

O dever de cuidado nas relações paterno-filiais encontra fundamento na Constituição Federal de 1988, especialmente em seu art. 229, que estabelece a obrigação dos filhos maiores de amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Assim, a omissão voluntária e injustificada, consistente em deixar de prover a subsistência de ascendente inválido ou maior de 60 anos, pode ensejar responsabilização penal dos filhos, nos termos do art. 244 do Código Penal.

Além disso, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), em seu art. 98 prevê a responsabilização pelo abandono do idoso em hospitais, casas de saúde ou pela omissão no fornecimento de suas necessidades básicas quando houver obrigação legal, com pena de detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Ressalte-se que o abandono afetivo no âmbito paterno-filial pode gerar, no filho, sentimentos negativos como mágoa, repulsa e até ódio, levando à ruptura dos vínculos afetivos e, consequentemente, à ausência de amparo aos pais na velhice. Todavia, tais circunstâncias não afastam o dever legal de assistência material por parte dos filhos, tratando-se de obrigação de natureza jurídica e moral, prevista tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional.

Por fim, conforme leciona Hironaka (2007), incumbe à família o dever de cuidado voltado à plena realização do ser humano ao longo de todas as fases da vida, sendo responsável pela proteção de seu núcleo e pela promoção do desenvolvimento saudável de seus membros, que, por sua vez, integrarão a sociedade. Desse modo, evidencia-se que a família constitui o núcleo essencial da organização social.

DA POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO

Em tese, o abandono afetivo pode ser compreendido como conduta lesiva à integridade física e moral, por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, que atua como fundamento orientador de diversos outros princípios. A vítima desse tipo de abandono pode desenvolver transtornos psicológicos variados, podendo, em casos mais graves, apresentar ideação suicida.

Caso os genitores falhem no dever de criação e educação dos filhos, deixando de assegurar direitos básicos, naturais e inerentes à pessoa humana, poderão sofrer sanções como a suspensão ou a destituição do poder familiar, conforme previsto nos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil, bem como no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A destituição do poder familiar, em determinadas situações, poderia até favorecer os genitores que já não demonstram interesse afetivo, razão pela qual

se defende, como medida mais adequada, a responsabilização civil mediante compensação por dano moral.

No que se refere à prova do dano imaterial, esta pode ser produzida por meio de testemunhos, documentos e, especialmente, por prova técnica elaborada por profissionais especializados ou equipe multidisciplinar, como médicos, psicólogos, pedagogos e assistentes sociais.

Entretanto, a comprovação do abandono afetivo ainda enfrenta dificuldades práticas, sobretudo quanto à demonstração do ato ilícito. Exemplo disso é a Apelação nº 0004614-77.2009.8.26.0634, em julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo , na qual foi negado provimento ao pedido indenizatório em razão da ausência de comprovação do ato ilícito, elemento indispensável à configuração do dano moral.

Vale salientar que o Superior Tribunal de Justiça manteve seu entendimento no julgamento do REsp nº 514.350/SP, cuja ementa dispõe:

> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.
> I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (REsp nº 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp n.º 514.350 – SP, 4º Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. 28/04/09, DJe 25/05/09).

O abandono afetivo na relação de filiação pode ensejar, inclusive, a perda do poder familiar e, uma vez preenchidos os requisitos legais, não há impedimento para a responsabilização civil por dano moral.

Nesse sentido, registre-se que o Ministro Barros Monteiro apresentou voto vencido no julgamento do REsp nº 757.411/MG, posicionando-se de forma contrária:

> Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e de dar-lhe o necessário afeto [...] Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e no atual. [...].(STJ, REsp n° 757.411/MG. Relator: Min. Fernando Gonçalves. j. 29 nov. 2005)

Portanto, não se trata de quantificar o afeto, mas de reconhecer que a compensação possui também função pedagógica. Conforme entende Giselda Hironaka, a reparação tem por objetivo desestimular novas condutas omissivas por parte dos genitores em relação à prole, levando em consideração o sofrimento causado e os prejuízos à formação do filho, ainda que o dano, em si, seja irreparável.

Diante da decisão proferida pelo STJ, merece destaque a lição de Maria Berenice Dias:

> Profunda foi a reviravolta que produziu, não só na justiça, mas nas próprias relações entre pais e filhos, a nova tendência da jurisprudência, que passou a impor ao pai o dever de pagar indenização, a título de danos morais, ao filho pela falta de convívio, mesmo que venha atendendo ao pagamento da pensão alimentícia. A decisão da Justiça de Minas Gerais, apesar de ter sido reformada pelo STJ, continua aplaudida pela doutrina e vem sendo amplamente referendada por outros julgados. É imperioso reconhecer o caráter didático dessa nova orientação, despertando a atenção para o significado do convívio entre pais e filhos. Mesmo que os genitores estejam separados, a necessidade afetiva passou a ser reconhecida como bem juridicamente tutelado. (Dias, 2009, p. 417)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou, de forma sucinta, abordar o abandono afetivo na filiação, distinguindo o abandono material do imaterial. Nesse contexto, analisaram-se os deveres inerentes ao poder familiar, destacando-se que, no âmbito do abandono imaterial, não é possível compelir o genitor a amar o filho ou a manifestar afeto.

Por outro lado, o abandono afetivo imaterial abre espaço para a responsabilização civil por dano moral decorrente da conduta omissiva do genitor, embora o tema ainda suscite intensos debates, conforme demonstrado ao longo do trabalho.

A ausência de afeto e cuidado por parte dos pais pode acarretar o desenvolvimento de diversas doenças e sequelas na vida do menor, muitas vezes de caráter irreversível. Nesse sentido, o poder familiar impõe aos genitores o dever de assegurar sustento, guarda, educação e orientação, visando à formação integral da criança e à sua adequada inserção na sociedade.

O descumprimento desses deveres básicos configura ato ilícito — no caso do abandono material —, podendo ensejar a responsabilização civil dos genitores, bem como a suspensão ou destituição do poder familiar.

Ao longo do estudo, buscou-se evidenciar a importância da atuação do Estado na proteção dos direitos da personalidade da criança e do adolescente, com especial destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando-os contra qualquer forma de negligência que comprometa seu desenvolvimento moral, intelectual e psíquico, conforme previsto no art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 mar. 2026.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 mar. 2026.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 mar. 2026.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei nº 8.069, de 13 de junho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 mar. 2026.

BRASIL. Estatuto do Idoso. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br. Acesso em: 2 mar. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 514.350/SP.** Relator: Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em: 28 abr. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, 25 de maio de 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 757.411/MG.** Relator: Min. Fernando Gonçalves. Julgado em: 29 nov. 2005. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=595269&tipo=0&nreg=200500854643. Acesso em: 2 mar. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.493.125/SP**. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 23 fev. 2016. Disponível em: http://www.stj.jus.br. Acesso em: 2 mar. 2026.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação nº 1.0024.07.790961-2/001**. Relator: Des. Alvimar de Ávila. Julgado em: 11 dez. 2009. Diário da Justiça Eletrônico, 16 mar. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 0004614-77.2009.8.26.0634.** Relator: Des. Coelho Mendes. Julgado em: 5 abr. 2011. Diário da Justiça, 20 abr. 2011.

CASTRO, Izamara Dayse Cavalcante de. **Abandono inverso: a responsabilidade civil pelo abandono afetivo e material do idoso no Brasil.** Âmbito Jurídico, 3 dez. 2019. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/abandono-inverso-a-responsabilidade-civil-pelo-abandono-afetivo-e-material-de-idosos-no-brasil/. Acesso em: 2 mar. 2026.

DIAS, Joel Figueira Júnior. Responsabilidade civil nas relações de conjugalidade e de filiação: abandono material e imaterial (“abandono afetivo”) e dano moral. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões,** Porto Alegre, v. 2, n. 13, p. 5-31, jul./ago. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 24. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Das relações de parentesco.** In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). Direito de família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos: além da obrigação legal de caráter material**. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br. Acesso em: 2 mar. 2026.

VARELLA, Drauzio. **Depressão.** Disponível em: https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/depressao/. Acesso em: 2 mar. 2026.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil.** São Paulo: Atlas, 2012. v. 4.

Capítulo 39

A Produção e a Valoração da Prova na Arbitragem: Uma Análise Comparativa com o Processo Civil Brasileiro

The Production and Evaluation of Evidence in Arbitration: A Comparative Analysis with Brazilian Civil Procedure

Caio Vinicius de Oliveira Garcia

Resumo: O presente estudo examina a produção de provas no processo arbitral, destacando a flexibilidade procedimental característica da arbitragem e os limites impostos pelas garantias fundamentais do processo. Inicialmente, analisa-se a inadmissibilidade da prova ilícita e seus reflexos na validade da sentença arbitral. Em seguida, aborda-se o ônus da prova, sua distribuição no procedimento arbitral e sua função como regra de julgamento. O estudo também examina os principais meios de prova admitidos na arbitragem, com ênfase na prova documental, testemunhal e pericial, ressaltando aspectos relacionados à confidencialidade, à cooperação judicial e à atuação de peritos e peritos-testemunhas. Por fim, analisam-se a valoração das provas à luz do princípio do livre convencimento motivado, os limites decorrentes da vedação da ciência privada do julgador e o dever de fundamentação das decisões arbitrais. Conclui-se que a arbitragem busca conciliar autonomia procedimental, eficiência e racionalidade na formação da convicção do tribunal arbitral.

Palavras-chave: prova ilícita; ônus da prova; meios de prova; prova documental; testemunhal; pericial e valoração da prova no processo arbitral.

Abstract: This study examines the production of evidence in arbitration proceedings, highlighting the procedural flexibility characteristic of arbitration and the limits imposed by fundamental procedural guarantees. It begins by analyzing the inadmissibility of unlawfully obtained evidence and its impact on the validity of the arbitral award. Next, it addresses the burden of proof, its allocation within the arbitral procedure, and its function as a rule for adjudication. The study also examines the primary forms of evidence admitted in arbitration—with an emphasis on documentary, testimonial, and expert evidence—highlighting aspects related to confidentiality, judicial cooperation, and the roles of expert witnesses and court-appointed experts. Finally, it analyzes the evaluation of evidence in light of the principle of the free, reasoned conviction of the adjudicator, the limits arising from the prohibition against the adjudicator relying on private knowledge, and the duty to provide reasons for arbitral decisions. The article concludes that arbitration seeks to reconcile procedural autonomy, efficiency, and rationality in the formation of the arbitral tribunal's conviction.

Keywords: illicit evidence; burden of proof; means of proof; documentary; testimonial; expert evidence; and the evaluation of evidence in arbitration proceedings.

INTRODUÇÃO

A arbitragem foi consolidada no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que passou a disciplinar

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.39

de forma sistemática o instituto. Consiste em método adequado de solução de controvérsias por meio do qual as partes, no exercício da autonomia privada, atribuem a um terceiro imparcial — o árbitro ou o tribunal arbitral — o poder de decidir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Trata-se de mecanismo heterocompositivo, na medida em que a solução da controvérsia não é construída pelas partes, mas proferida por um terceiro investido de poder jurisdicional. Entre as principais vantagens da arbitragem destacam-se a celeridade procedimental, a especialização técnica dos julgadores, a flexibilidade procedimental e a definitividade da sentença arbitral, que não se sujeita à interposição de recursos. Todavia, essa definitividade não afasta a possibilidade de controle jurisdicional em hipóteses excepcionais, quando presentes as causas de nulidade previstas na Lei nº 9.307/1996, por meio da ação anulatória, destinada à preservação da segurança jurídica.

A arbitragem insere-se no contexto do sistema multiportas, consolidado pelo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), segundo o qual o Poder Judiciário não constitui a única via de solução de conflitos, devendo cada controvérsia ser direcionada ao mecanismo mais adequado. Nesse modelo, os métodos de resolução de conflitos classificam-se em autocompositivos, nos quais as próprias partes constroem a solução, como ocorre na negociação, conciliação e mediação, e heterocompositivos, em que um terceiro imparcial decide o litígio, como ocorre na arbitragem e na jurisdição estatal.

Ressalta-se que, nos contratos que contenham cláusula compromissória ou cujas partes celebrem, posteriormente, compromisso arbitral válido, a apreciação do mérito das controvérsias abrangidas pela convenção de arbitragem compete ao juízo arbitral, devendo o Poder Judiciário respeitar a opção validamente manifestada pelas partes. Tal diretriz decorre do princípio da competência-competência, também denominado de Kompetenz-Kompetenz, segundo o qual compete, prioritariamente, ao próprio árbitro decidir acerca de sua competência, bem como sobre a existência, a validade e a eficácia da convenção de arbitragem.

A autonomia conferida ao procedimento arbitral também se manifesta na condução da atividade probatória. Embora a arbitragem deva respeitar garantias fundamentais, como o contraditório, a igualdade das partes e a imparcialidade do julgador, a produção das provas não está necessariamente submetida à mesma estrutura formal adotada no processo civil estatal. As partes e os árbitros dispõem de maior liberdade para estabelecer as regras procedimentais, definir os meios de prova admitidos e organizar a instrução conforme a natureza e a complexidade da controvérsia.

Essa flexibilidade, entretanto, suscita relevantes questionamentos acerca dos limites da autonomia procedimental, da aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil, da distribuição do ônus probatório e dos critérios empregados para a valoração das provas pelo tribunal arbitral. Nesse contexto, o presente estudo tem por objeto examinar a produção e a valoração da prova na arbitragem, mediante análise comparativa com o processo civil brasileiro, buscando identificar as aproximações, distinções e possíveis relações de complementaridade entre os dois modelos processuais.

A PROVA

Inicialmente, para abordar o tema da prova, faz-se necessário conceituá-la e compreender sua origem etimológica. O termo prova deriva do latim *probatio*, originado do verbo *probare*, cujo significado está relacionado às ideias de testar, demonstrar, comprovar, reconhecer e aprovar. Sob essa perspectiva, a prova pode ser compreendida como o instrumento destinado a demonstrar a autenticidade ou a veracidade de determinado fato, permitindo a formação do convencimento acerca da existência, inexistência ou ocorrência de uma situação juridicamente relevante.

Nesse contexto, Plácido e Silva (1967, p. 1253), em sua consagrada obra Vocabulário Jurídico, conceitua a prova nos seguintes termos:

> Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.

A prova constitui o principal instrumento destinado à reconstrução dos fatos controvertidos, permitindo que as partes demonstrem a veracidade de suas alegações e forneçam ao julgador os elementos necessários à formação de seu convencimento. Contudo, a atividade probatória não tem por finalidade alcançar uma verdade absoluta, uma vez que a reconstrução dos acontecimentos ocorre de forma indireta, por meio dos elementos de prova produzidos no processo. A verdade processual, portanto, corresponde àquela que pode ser racionalmente demonstrada a partir do conjunto probatório disponível, e não, necessariamente, à realidade objetiva dos fatos.

Nesse contexto, a prova não se destina exclusivamente à descoberta da verdade, mas também desempenha importante função argumentativa. Os elementos probatórios são utilizados pelas partes para sustentar suas teses e influenciar o convencimento do julgador, razão pela qual o processo também se desenvolve por meio da argumentação jurídica e da persuasão racional.

Essa relação entre verdade e persuasão remonta à filosofia clássica. Nos Diálogos Platônicos (Platão,2017), Sócrates dirige severas críticas aos sofistas por utilizarem a retórica como instrumento de persuasão voltado à obtenção de êxito em debates políticos e judiciais, independentemente da correspondência de seus argumentos com a verdade. Para os sofistas, prevalecia a capacidade de convencer o interlocutor, ainda que por meio de argumentos apenas verossímeis. Em contraposição, Sócrates adotava a dialética como método de investigação racional, fundamentado no diálogo e no questionamento crítico, com o propósito de examinar as ideias e alcançar o conhecimento verdadeiro. Desse modo, enquanto a retórica sofística tinha como finalidade persuadir, a dialética socrática orientava-se pela busca da verdade.

Essa distinção filosófica revela-se particularmente relevante no âmbito do direito probatório. Embora o processo contemporâneo seja estruturado pelo

contraditório e pela atividade argumentativa das partes, a produção da prova não pode ser reduzida a um mero instrumento de persuasão. Ao contrário, sua função primordial consiste em fornecer ao julgador elementos idôneos para a reconstrução dos fatos e para a prolação de uma decisão fundamentada, aproximando, tanto quanto possível, a verdade processualmente demonstrada da realidade dos acontecimentos.

No sistema jurídico brasileiro, a disciplina da prova encontra-se prevista tanto em normas de direito material quanto em normas de direito processual. As regras relacionadas ao objeto da prova, isto é, aos fatos ou circunstâncias que podem ser submetidos à demonstração, possuem natureza predominantemente material, uma vez que dizem respeito à própria relação jurídica discutida. Por outro lado, as normas que regulamentam os meios de prova, os procedimentos para sua produção e a forma de sua apreciação pelo julgador possuem natureza processual, pois estão diretamente vinculadas ao desenvolvimento da atividade probatória no processo.

Quanto à sua forma de exteriorização, as provas podem ser classificadas em orais, documentais e materiais. As provas orais consistem nas manifestações produzidas por meio da palavra, como o depoimento pessoal das partes, a oitiva de testemunhas e a confissão. As provas documentais, por sua vez, correspondem aos instrumentos escritos ou eletrônicos destinados a registrar, representar ou comprovar determinado fato ou declaração de vontade, abrangendo escrituras públicas ou particulares, plantas, projetos, desenhos, fotografias e documentos digitais. Já as provas materiais são aquelas obtidas a partir da análise direta de objetos, vestígios ou elementos físicos relacionados ao fato controvertido, compreendendo, por exemplo, os exames periciais, o corpo de delito e os instrumentos utilizados na prática de determinado ilícito.

OS MEIOS DE PROVA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL E A APLICAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS GERAIS

A produção de provas no processo arbitral distingue-se significativamente daquela realizada no processo judicial. Essa diferença decorre da própria natureza privada da arbitragem, na qual as partes se submetem ao procedimento estabelecido pela câmara arbitral escolhida. Na ausência de previsão expressa, cabe ao árbitro ou ao tribunal arbitral definir as medidas probatórias que considerar mais adequadas à solução da controvérsia, observando os princípios constitucionais.

A Lei de Arbitragem confere tratamento normativo reduzido aos meios de prova no procedimento arbitral. As referências expressas concentram-se no depoimento pessoal, na prova testemunhal e na prova pericial, previstas no art. 22 da Lei nº 9.307/1996. O diploma legal não disciplina de maneira detalhada os demais aspectos desses meios de prova nem contempla, de forma exaustiva, outras modalidades probatórias.

Nesse contexto, é importante destacar que, em razão da escassez normativa conferida aos meios de prova, o restante do regime jurídico probatório depende

de complementação. Embora se reconheça a inaplicabilidade das disposições específicas do Código de Processo Civil à arbitragem, deve-se admitir que determinadas regras do processo estatal podem ser compartilhadas com o procedimento arbitral. Diante da lacuna normativa, podem servir como instrumentos de complementação os conceitos gerais da teoria geral do processo e as normas processuais gerais aplicáveis subsidiariamente, desde que não haja disciplina específica na Lei de Arbitragem e que tais normas sejam compatíveis com a natureza e a estrutura do procedimento arbitral.

> Diante da escassez de normas sobre a prova na Lei de Arbitragem e particularmente em seu art. 22, devem ter-se por importadas ao processo arbitral, ainda que *cum grano salis*, certas disposições, exigências e ressalvas presentes na disciplina probatória do processo civil comum, as quais, como normas gerais de processo, são de aplicação subsidiária ao processo arbitral regido pela lei brasileira. Essa é também uma consequência natural da inserção do microssistema da arbitragem no sistema do processo comum (Dinamarco,2005, p.181).

Nessa mesma linha, José Roberto Bedaque (2013, p. 382) adverte:

> Processo judicial e processo arbitral nada mais são do que métodos legais de solução de controvérsias, um estatal, outro não. Ambos, porém, visam ao mesmo fim, qual seja, atuar a vontade concreta da lei, eliminar os litígios e pacificar, sempre com a efetiva participação dos interessados no resultado. Identificam-se, portanto, pelos escopos jurídicos, sociais e políticos.

Dessa forma, o processo arbitral e o processo estatal possuem fundamentos estruturais comuns, compartilhando finalidades, organização e lógica procedimental semelhantes. Nesse cenário, compete ao intérprete examinar, entre as normas processuais gerais, aquelas que podem ser admitidas de forma excepcional no âmbito da arbitragem. Tal incidência somente se justifica nas situações em que houver omissão das partes, dos árbitros e da própria Lei de Arbitragem, desde que a norma processual considerada seja compatível com as particularidades e com a dinâmica própria do procedimento arbitral.

Com o objetivo de reforçar essa compreensão, merece destaque a lição de Ricardo de Carvalho Aprigliano (2023, p. 109):

> Em conclusão, é necessário reconhecer que o processo arbitral não pode ser isolado do restante do ordenamento no qual se insere, porque, como visto, nenhuma lei ou corpo normativo é autossuficiente ou capaz de regular inteiramente os fenômenos jurídicos dos quais trata. [...]
>
> A liberdade das partes ou, indiretamente, dos árbitros, de regular o procedimento arbitral não elimina a necessidade de inter-relação entre o processo arbitral e normas que lhes são externas. Em outras palavras, ao processo especial e ao processo geral, o que significa dizer que a legislação arbitral prevalecerá nas questões que diretamente regulamenta, e

que as normas processuais gerais serão fonte subsidiária de regulação do processo arbitral, naquilo que não for incompatível com o modelo do processo arbitral.

A PRODUÇÃO DE PROVAS NA ARBITRAGEM

Da Prova ilícita

Antes de adentrar especificamente o tema da produção de provas, é necessário registrar, ainda que de forma breve, que não se admitem provas obtidas por meios ilícitos, conforme dispõe o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

A ilicitude da prova, seja de natureza material, seja de natureza formal, compromete a sua validade e impede sua utilização no processo, ainda que constitua o único elemento apto à formação da convicção do julgador.

No âmbito da arbitragem, não se pode admitir que o árbitro utilize prova ilícita como fundamento para a formação de seu convencimento. A eventual consideração de prova obtida por meios ilícitos poderá acarretar a invalidação da sentença arbitral, nos termos do art. 32, inciso VIII, da Lei nº 9.307/1996, por representar violação aos princípios fundamentais do procedimento arbitral e aos deveres inerentes à atuação do árbitro na garantia de buscar o desenvolvimento de um processo arbitral sadio.

Ônus da Prova

Quando se trata do tema da prova, é indispensável analisar o dever de suportar o ônus probatório, uma vez que ele define a quem incumbe demonstrar os fatos relevantes para a solução da controvérsia.

No Código de Processo Civil, a distribuição do ônus da prova encontra disciplina expressa no art. 373, incisos I e II, cabendo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a demonstração dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão deduzida.

No procedimento arbitral, por sua vez, a Lei de Arbitragem não estabelece regra específica sobre a distribuição do ônus da prova. Essa ausência de previsão normativa contribui para um ambiente de maior flexibilidade em comparação com o processo judicial, permitindo que as partes convencionem a redistribuição do encargo probatório. Além disso, a flexibilidade inerente ao procedimento arbitral possibilita que o árbitro, assim como o juiz estatal, adote a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos do art. 373, § 3º, inc.II, do Código de Processo Civil.

O ônus da prova também desempenha relevante função como regra de julgamento. Assim, o descumprimento do encargo probatório pela parte a quem incumbia produzir determinada prova autoriza o julgador — seja juiz estatal, seja árbitro — a considerar como inexistentes os fatos não provados. Nesse contexto, reforçando a ideia (Liebman,1981, p.93), destaca que:

> A regra sobre o ônus da prova assume seu maior relevo no momento em que o juiz deverá julgar: é relevante nesse

momento que ele deve extrair as consequências da prova faltante decidindo em sentido desfavorável à parte que deveria fornecê-la.

Os Meios de Provas

No que se refere aos meios de prova, estes podem assumir diferentes modalidades. A prova pode ser documental, quando produzida por escrito; oral, mediante depoimento de testemunhas e de *expert witnesses*; e pericial, a qual pode assumir especial relevância quando a controvérsia envolver questões técnicas ou científicas que escapem ao conhecimento comum do julgador.

O Código de Processo Civil, em seu art. 434 estabelece que incumbe às partes instruir o processo com os documentos destinados à comprovação de suas alegações, os quais devem ser juntados, em regra, com a petição inicial e com a contestação.

Na sequência, o art. 435, parágrafo único, dispõe que a juntada posterior de documentos somente será admitida quando destinada à comprovação de fatos ocorridos após os articulados iniciais ou para contraposição a documentos produzidos posteriormente pela parte contrária. Em regra, portanto, o processo civil está sujeito a um regime de preclusão probatória.

Tal efeito preclusivo não se manifesta com a mesma intensidade no processo arbitral, no qual a produção documental pode ser disciplinada de forma mais flexível pelas partes e pelo tribunal arbitral. Inclusive, pode ser adotado procedimento inspirado no discovery do *common law*, por meio do qual as partes trocam entre si documentos e memoriais antes de sua submissão aos árbitros. Esse mecanismo guarda estreita relação com o princípio da não surpresa, na medida em que busca evitar que qualquer das partes seja surpreendida por elementos probatórios desconhecidos, assegurando o exercício efetivo do contraditório e da ampla defesa.

Dias e Georg (2018, p. 149) destacam outro aspecto relevante da prova documental, referente à hipótese em que o documento essencial ao deslinde da controvérsia encontra-se em poder de terceiro. A doutrina diverge quanto à possibilidade de o tribunal arbitral determinar a exibição desse documento, tendo em vista que o terceiro, em princípio, não está submetido aos efeitos da convenção de arbitragem.

Também merece destaque a questão dos documentos protegidos por cláusula de confidencialidade. Nessa hipótese, caso o documento seja considerado indispensável à solução da controvérsia, o tribunal arbitral poderá adotar medidas destinadas a compatibilizar a confidencialidade com o contraditório, permitindo à parte contrária o acesso apenas aos trechos estritamente relevantes para a solução da disputa e para a produção da contraprova, preservando-se, tanto quanto possível, o conteúdo sigiloso remanescente.

A testemunha é terceiro desinteressado na controvérsia que presta depoimento acerca de fatos de que tenha conhecimento, sob o compromisso de dizer a verdade. Em regra, os terceiros regularmente convocados pelo tribunal

arbitral estão obrigados a comparecer, uma vez que ninguém pode se eximir do dever de colaborar para o esclarecimento dos fatos e para a busca da verdade.

Cumpre observar, contudo, que a testemunha pode recusar-se a depor sobre fatos protegidos por sigilo ou confidencialidade, bem como quando o depoimento puder acarretar-lhe grave dano. Assim, Dias e Georg (2018, p. 145) classificam as testemunhas em: a) presencial: quando presenciou diretamente o fato controvertido; b) de referência: quando tomou conhecimento do fato por intermédio de terceiros; c) referida: quando sua existência é revelada por outro depoimento; e d) instrumentária: quando presenciou a assinatura do instrumento do ato jurídico e também o subscreveu.

Reconhecida a necessidade da produção de prova testemunhal, o árbitro deverá intimar as partes para que apresentem o respectivo rol de testemunhas, fixando, em seguida, o local, a data e o horário da audiência de inquirição. As testemunhas deverão ser regularmente intimadas com antecedência suficiente, de modo a assegurar o exercício do contraditório e evitar eventual alegação de nulidade da oitiva.

A liberdade procedimental característica da arbitragem permite, em tese, que todas as testemunhas permaneçam presentes durante os depoimentos. Na prática, entretanto, os tribunais arbitrais costumam adotar a sistemática tradicional do processo estatal, realizando a oitiva das testemunhas separadamente, a fim de evitar influência recíproca entre os depoentes e preservar a espontaneidade e a confiabilidade da prova testemunhal.

Na hipótese de ausência injustificada da testemunha, caberá ao árbitro avaliar a necessidade de aplicação do § 2º do art. 22 da Lei de Arbitragem, valendo-se da cooperação do Poder Judiciário por meio de carta arbitral para viabilizar a condução coercitiva da testemunha. Nessa atuação, o juiz estatal limita-se ao auxílio jurisdicional, sem ingressar no mérito da controvérsia submetida à arbitragem.

Ainda no âmbito da prova testemunhal, destaca-se a figura das *expert witnesses* (testemunhas técnicas). Trata-se de pessoas que, além de relatarem fatos de seu conhecimento, apresentam opiniões fundamentadas em conhecimentos técnicos ou especializados acerca de determinado tema relevante para a solução da disputa arbitral.

Por derradeiro, passa-se ao exame da produção da prova pericial no processo arbitral.

Embora o tribunal arbitral, na maioria das vezes, seja composto por árbitros detentores de notório conhecimento técnico acerca da controvérsia submetida à arbitragem, nada impede que seja nomeado perito para a elaboração de trabalho técnico destinado ao esclarecimento de questões que demandem conhecimento especializado.

Diferentemente do processo estatal, não se transfere automaticamente para a arbitragem a regulamentação procedimental minuciosa prevista nos arts. 464 a 480 do Código de Processo Civil. A condução da prova pericial no procedimento arbitral é orientada, em regra, pela autonomia da vontade das partes, pelo regulamento arbitral aplicável e pelos poderes de direção conferidos ao tribunal arbitral.

Na prática, a prova pericial frequentemente assume contornos semelhantes aos do processo judicial, com a nomeação de perito de confiança do órgão julgador, responsável pela elaboração do laudo técnico, acompanhado por assistentes técnicos indicados pelas partes. Nada impede, contudo, que a prova seja produzida exclusivamente por meio da apresentação de pareceres ou laudos técnicos elaborados pelas próprias partes, sem a nomeação de perito pelo tribunal arbitral.

A atividade investigativa pode desenvolver-se mediante a formulação de quesitos pelas partes, por quesitos apresentados pelos árbitros ou, ainda, pela simples apresentação de estudos e documentos técnicos, independentemente de prévia formulação de quesitos. O modelo a ser adotado dependerá da complexidade da matéria controvertida, das convenções processuais estabelecidas pelas partes e das diretrizes fixadas pelo tribunal arbitral para a adequada instrução do procedimento.

A investigação probatória tende a ser aprofundada no processo arbitral, com a apresentação das conclusões técnicas, de peritos e assistentes técnicos, em audiências, inquirição pelos advogados e árbitros, seja de forma separada, seja de forma conjunta.

VALORAÇÃO DAS PROVAS E O LIVRE CONVENCIMENTO DO ÁRBITRO

A valoração das provas constitui etapa essencial da atividade jurisdicional, seja no processo estatal, seja no procedimento arbitral. É por meio dela que o julgador atribui credibilidade, relevância e força persuasiva aos elementos probatórios produzidos nos autos, formando seu convencimento acerca dos fatos controvertidos.

No sistema processual brasileiro, a apreciação da prova é orientada pelo princípio do livre convencimento motivado, consagrado no art. 371 do Código de Processo Civil, segundo o qual: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” Embora o dispositivo se refira expressamente ao juiz estatal, sua lógica também se aplica ao processo arbitral, em razão da natureza jurisdicional da arbitragem e da necessidade de que a sentença arbitral seja fundamentada. Assim, tanto o magistrado quanto o árbitro possuem liberdade para valorar as provas produzidas, sem submissão a critérios tarifados, desde que indiquem as razões que os conduziram à conclusão adotada.

O livre convencimento, entretanto, não representa liberdade absoluta ou arbitrária. O julgador deve formar sua convicção com base nas provas regularmente produzidas nos autos, observando o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões.

> Nesse contexto, “O livre convencimento em todo sistema regido pela cláusula *due process* não pode, porém, chegar ao ponto de permitir ao juiz ou árbitro a consideração de elementos não

> constantes dos autos, valendo-se daquilo que se denomina ciência privada do juiz – a qual não se confunde com as máximas de experiência, que incidem sobre os fatos relacionados com a causa" (Dinamarco, 2022, p. 188).

A ideia subjacente ao princípio do livre convencimento também encontra expressão na própria Lei de Arbitragem. O art. 22, § 2º, dispõe que:

> Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

O referido dispositivo constitui importante manifestação do princípio do livre convencimento no âmbito da arbitragem, especialmente no que se refere à valoração do depoimento pessoal. Ao prever que o não comparecimento injustificado da parte regularmente convocada para depor poderá ser considerado pelo árbitro na prolação da sentença.

Todavia, essa liberdade encontra limites relevantes. Não se pode admitir que o juiz ou o árbitro fundamente sua decisão em elementos estranhos aos autos, hipótese conhecida como ciência privada do julgador. A ciência privada ocorre quando o julgador utiliza conhecimentos particulares sobre fatos específicos da causa que não foram submetidos ao contraditório, o que viola as garantias processuais das partes. Ela não se confunde com as máximas de experiência: estas decorrem de conhecimentos gerais e compartilhados, enquanto aquela se refere a informações pessoais e não introduzidas no processo.

Além disso, o dever de motivação das decisões constitui garantia constitucional indispensável à legitimidade da atividade jurisdicional. O juiz e o árbitro devem expor as razões que justificam a conclusão adotada, demonstrando o percurso lógico de apreciação das provas. A exigência constitucional de fundamentação, contudo, não impõe ao julgador o dever de examinar de forma exaustiva todas as minúcias dos argumentos apresentados pelas partes, nem de enfrentar fundamentos destituídos de relevância jurídica ou incapazes de alterar o resultado do julgamento. Basta que a decisão contenha fundamentação suficiente, coerente e apta a revelar por que determinados elementos probatórios foram considerados na formação da convicção do julgador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da produção de provas na arbitragem demonstra que a flexibilidade procedimental não afasta as garantias fundamentais do processo. A vedação da prova ilícita preserva a legitimidade da atividade arbitral, enquanto o ônus da prova

continua a exercer função essencial de distribuição de responsabilidades e de regra de julgamento.

No campo dos meios probatórios, a arbitragem admite ampla utilização da prova documental, testemunhal e pericial, com maior liberdade na sua produção e organização. A prova documental pode ser compatibilizada com a confidencialidade; a testemunhal mantém relevância para a reconstrução dos fatos, inclusive com a participação de *expert witnesses*; e a prova pericial assume papel central nas controvérsias de natureza técnica, podendo ser conduzida de forma mais adaptada às necessidades do caso concreto.

Por fim, a valoração da prova pelo árbitro submete-se ao princípio do livre convencimento motivado, que lhe confere liberdade para apreciar os elementos constantes dos autos, sem tarifação legal, mas dentro dos limites do contraditório, da motivação das decisões e da vedação da ciência privada do julgador.

Conclui-se, portanto, que a arbitragem busca conciliar autonomia procedimental, eficiência e racionalidade na formação da convicção do tribunal arbitral, assegurando que a solução da controvérsia decorra de uma atividade probatória tecnicamente adequada e juridicamente fundamentada.

"Não há fatos eternos, como não há verdades absolutas."

Friedrich Nietzsche

REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Fundamentos processuais da arbitragem**. Curitiba: Direito Contemporâneo, 2023.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Sentença arbitral: questões de fato, conjunto probatório, fundamentação e contraditório.** In: OLIVEIRA NETO, Olavo de *et al.* (coord.). A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2026.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 30 jul. 2026.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 jul. 2026.

DIAS, Feliciano Alcides; GEORG, Natacha Juli. **A produção de provas na arbitragem brasileira**. Ponto de Vista Jurídico, Caçador, v. 7, n. 1, p. 139-157,

2018. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/1650/774>. Acesso em: 31 jul. 2026.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **O processo arbitral.** 2. ed. Curitiba: Direito Contemporâneo, 2022.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile.** 4. ed. v. 2. Milano: Giuffrè, 1981.

PLATÃO. **Diálogos I: Teeteto (ou do conhecimento), Sofista (ou do ser), Protágoras** (ou sofistas). Tradução, textos complementares e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2017.

SANTOS, Flaviano Adolfo de Oliveira. Provas no processo arbitral. **Revista Mackenzie de Direito**. v. 7, n 2, 22-39. Disponível em: <https://editorarevistas.mackenzie.br/rmd/article/view/6995/4793>. Acesso em: 31 jul. 2026.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

Capítulo 40

Entre o Custo do Crime e a Ilusão do Punitivismo: Um Diálogo Empírico Entre a Análise Econômica do Crime e o Garantismo Penal

Between the Cost of Crime and the Illusion of Punitivism: An Empirical Dialogue Between the Economic Analysis of Crime and Penal Guarantees

João Pedro Nery Tenório

Graduando em Direito pela Faculdade Cesmac do Agreste. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5918374977039390

Danilo Pereira Vieira

Graduando em Direito pela Faculdade Cesmac do Agreste. Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/5135131177352989

José Márcio Pereira Vieira

Graduando em Direito pela Faculdade Cesmac do Agreste. Currículo Lattes: https://lattes.cnpq.br/4442981375972027

Nigel Stewart Neves Patriota Malta

Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Alagoas. Professor da Faculdade Cesmac do Agreste. Orientador. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3983490925456375

Resumo: A busca por soluções para a criminalidade no Brasil impõe um debate urgente sobre a real capacidade de dissuasão do nosso sistema penal. Este estudo investiga a tese recorrente de que "o crime compensa", confrontando os pressupostos da Análise Econômica do Crime com os pilares do garantismo penal e dados de pesquisas empíricas. Sob a ótica econômica, a decisão delitiva responde a incentivos: em cenários de ganhos ilícitos expressivos e baixa probabilidade de punição, a conduta criminosa transparece como uma escolha racional. Contudo, essa lógica utilitarista não pode se sobrepor às garantias fundamentais e à dignidade humana. A pesquisa revela que a população e os próprios apenados reconhecem as limitações do punitivismo tradicional. O encarceramento em massa e o endurecimento abstrato das leis têm se mostrado ineficazes, retroalimentando o crime organizado dentro de prisões superlotadas, realidade reconhecida pelo STF como um Estado de Coisas Inconstitucional. Além disso, a forte seletividade penal direciona o peso da lei prioritariamente aos grupos mais vulneráveis. Conclui-se que a percepção de que a infração é vantajosa não justifica o arbítrio estatal, mas diagnostica falhas institucionais profundas. Em suma, uma segurança pública que realmente funcione não nasce do inchaço das prisões. Ela se constrói no fortalecimento da investigação para solucionar crimes, na agilidade dos processos sem atropelar direitos e na oferta real de caminhos lícitos para a sociedade."

Palavras-chave: análise econômica do crime; garantismo penal; segurança pública; sistema prisional; seletividade penal; políticas públicas.

Abstract: The search for solutions to crime in Brazil necessitates an urgent debate regarding the actual deterrent capacity of our penal system. This study investigates the recurring thesis that "crime pays," contrasting the premises of the Economic Analysis of Crime with the pillars of penal garantismo (a rights-based approach to criminal law) and empirical research data. From an economic perspective, the decision to commit a crime responds to incentives: in

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.40

scenarios involving significant illicit gains and a low probability of punishment, criminal conduct appears to be a rational choice. However, this utilitarian logic cannot supersede fundamental guarantees and human dignity. Research reveals that both the general public and incarcerated individuals themselves acknowledge the limitations of traditional punitive approaches. Mass incarceration and the abstract toughening of laws have proven ineffective, fueling organized crime within overcrowded prisons, a reality recognized by the Supreme Federal Court (STF) as an "Unconstitutional State of Affairs." Furthermore, pronounced penal selectivity directs the weight of the law primarily toward the most vulnerable groups. The study concludes that the perception of crime as advantageous does not justify arbitrary state action but rather points to deep-seated institutional failures. In short, a truly effective public security system does not stem from swelling prison populations; rather, it is built upon strengthening investigations to solve crimes, ensuring procedural efficiency without trampling on rights, and offering genuine, lawful opportunities to society.

Keywords: economic analysis of crime; penal garantismo; public security; prison system; penal selectivity; public policy.

INTRODUÇÃO

No momento atual, é cada vez mais presente a impressão de que a insegurança e o avanço do crime organizado colocaram a segurança pública no centro do debate político brasileiro nas últimas décadas. Em virtude dessa realidade, o Direito Penal costuma ser apontado como a principal ferramenta de resposta do Estado para proteger os cidadãos do crime, porém, há um descompasso entre o que é prometido e o que é entregado. Ora, em razão disso, devem ser levantados questionamentos profundos sobre a verdadeira capacidade do presente modelo punitivo brasileiro de cumprir suas funções constitucionais.

Se olharmos sob a ótica da criminologia contemporânea, o sistema de justiça criminal enfrenta uma dura crise de identidade, porque a promessa de reabilitação e prevenção não ocorre e, por mais triste que isso seja, se mostra na verdade um dos principais motivos para a perpetuação de gargalos estruturais históricos: presídios superlotados que funcionam como quartéis-generais de facções, políticas de execução penal ineficientes e uma aplicação da lei que atinge desproporcionalmente as populações mais vulneráveis e entre outros. Toda essa problemática enfraquece a legitimidade do Estado e tende a evidenciar que práticas de endurecer penas ou aumentar o encarceramento não têm sido suficientes para conter a violência.

Diante disso, este trabalho tem como objetivo investigar como a sociedade percebe o desempenho do sistema penal brasileiro frente à criminalidade. A proposta é essa: analisar de que modo a visão dos cidadãos sobre temas como a rotina prisional, os limites do punitivismo e a seletividade da justiça se aproxima (ou se afasta) das críticas feitas pela doutrina penal e pela criminologia crítica.

REFERENCIAL TEÓRICO

Sistema Prisional, Crime Organizado E A Efetividade Da Sanção Penal

A expansão das organizações criminosas no Brasil e a crise persistente na segurança pública têm intensificado o debate sobre a real efetividade da sanção penal, cujas funções teóricas deveriam abranger a retribuição, a prevenção e a ressocialização do indivíduo (Mirabete; Fabbrini, 2023; Nucci, 2020; Capez, 2024). Contudo, o sistema carcerário enfrenta graves desafios estruturais, formalmente reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2023) como um "estado de coisas inconstitucional" na ADPF 347, cenário marcado pela superlotação e violação massiva de direitos (Mourão; Evaristo, 2026). Nesse panorama, a deficiência do controle estatal transforma o ambiente prisional em um espaço que favorece a articulação de facções, sendo historicamente analisado como um local onde a disciplina falha em produzir a reintegração social prometida (Foucault, 1999; Batista, 2011). Os resultados da pesquisa corroboram essa percepção, revelando que 71% da amostra identifica o sistema penitenciário como fator de fortalecimento do crime organizado (Mourão; Evaristo, 2026). Enquanto uma minoria de 12% entende que o cárcere isola lideranças, a visão majoritária divide-se entre a contribuição moderada (37%) e a intensa (34%), definindo a prisão como um verdadeiro "escritório do crime" (Mourão; Evaristo, 2026).

Essa percepção encontra paralelo na literatura criminológica ao analisar a origem de facções como o Comando Vermelho, onde a convivência entre criminosos de alta periculosidade e condenados por delitos leves permitiu o aperfeiçoamento das estruturas organizacionais criminosas (Amorim, 1993, como citado em fontes bibliográficas). A desconfiança quanto à eficácia do sistema também se manifesta na descrença sobre a função ressocializadora da pena. Segundo dados de Mourão e Evaristo (2026), apenas 4% dos entrevistados acreditam que o cárcere efetivamente ressocializa, enquanto 30% classificam o ambiente prisional como uma "escola de delitos". Utilizando como base a Criminologia Crítica, chegará à seguinte dedução: a prisão atua como um microcosmo que gera muitas contradições sociais e estigmatiza o preso, o que o impede de obter sua plena reincorporação e serve como instrumento de manutenção de estruturas de dominação (Baratta, 2011).

Essas conclusões relacionam-se com as reflexões de Michel Foucault (1999). Segundo Foucault, a prisão moderna, muito embora concebida para ser um instrumento disciplinar, produz de forma natural o efeito contrário, justamente porque atua como mecanismo reprodutor de delinquência e de marginalização, em vez de sua redução. Em perspectiva muito semelhante, estão as análises de Loïc Wacquant, elas destacam que o encarceramento em massa atua como fortíssimo instrumento de segregação social e aprofundamento da miséria, estruturando as desigualdades e dificultando processos efetivos de reinserção social (Wacquant, 2001). Assim, a falência do sistema em cumprir seus objetivos legais reforça a

necessidade de reformas estruturais coordenadas entre as autoridades para superar o quadro inconstitucional vigente.

As respostas obtidas no questionário evidenciam uma percepção de fragilidade da atuação estatal no enfrentamento ao crime organizado, o que encontra respaldo no reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2023), de uma "falência de políticas públicas" no sistema penitenciário nacional. Ao serem questionados sobre o êxito do Estado, apenas 6% dos participantes manifestaram uma visão otimista, enquanto a maioria (71%) percebe a perda de protagonismo do poder público frente ao domínio territorial das facções. Essa insegurança generalizada é corroborada por Nucci (2020), que destaca a intensa atividade de organizações criminosas inclusive em ramos governamentais, gerando um sentimento coletivo de injustiça e vulnerabilidade.

A análise conjunta revela uma percepção homogênea: o sistema prisional possui baixa capacidade ressocializadora e contribui para o fortalecimento do crime organizado. Esse diagnóstico dialoga com a Criminologia Crítica, especialmente na obra de Baratta (2002), para quem o cárcere produz efeitos contrários à reeducação, favorecendo a inserção estável do indivíduo na população criminosa. Sob essa ótica, a prisão não cumpre sua função social e atua como um instrumento de reprodução da exclusão (Mourão; Evaristo, 2026). Conforme as reflexões de Foucault (2014), o ambiente prisional acaba funcionando como uma verdadeira "escola" ou "pós-graduação" do crime, onde a convivência forçada entre diferentes perfis delitivos aperfeiçoa as carreiras criminais em vez de interrompê-las.

Dessa forma, os resultados indicam que a crise do sistema carcerário está intrinsecamente ligada às dificuldades do Estado no controle da criminalidade. Como bem acentua Mirabete (2023), a superlotação e a falta de atividades laborais transformam as prisões em focos criminógenos que estimulam a reincidência. Portanto, o cenário de "estado de coisas inconstitucional" reconhecido na ADPF 347 (Brasil, 2023) reforça que, sem reformas estruturais e o cumprimento efetivo da Lei de Execução Penal, o sistema continuará comprometendo a segurança pública e inviabilizando a reintegração social.

Percepção Social sobre a Eficácia do Sistema Penal no Enfrentamento da Criminalidade

A discussão no que diz respeito à eficiência do direito penal brasileiro em relação ao combate à criminalidade abrange uma, ou senão a principal, tensão da atualidade da política criminal, que é justamente: a convicção de que o endurecimento penal é a solução de fato para combater a violência social. Em um cenário totalmente encharcado pelo aumento da insegurança pública, pelo fortalecimento do crime organizado e pela impressão coletiva de impunidade, é que se intensificam discursos favoráveis à ampliação das penas privativas de liberdade e ao fortalecimento da repressão estatal. Porém, vale salientar que os dados obtidos no referido questionário demonstram que a própria população possui uma relativa desconfiança quanto à efetividade do punitivismo, quando utilizado como

mecanismo capaz de reduzir drasticamente a criminalidade (Melo; Nascimento, 2021).

Os participantes, ao serem questionados sobre o alargamento do tempo das penas privativas de liberdade, somente 15% deles afirmaram que o endurecimento penal reduziria significativamente a criminalidade. Em contrapartida a essa percepção, 40% entenderam que o aumento das penas produziria efeitos apenas parciais e temporários. Já 46% compreendiam que a ampliação do encarceramento diminuiria pouco, quase nada ou apenas levaria à superlotação do sistema penitenciário. Os dados demonstraram que a maioria dos participantes não compartilha da ideia de que o encarceramento massivo serviria como solução suficiente para o problema da violência urbana (Melo; Nascimento, 2021).

Tal discernimento expresso pelos entrevistados dialoga diretamente com os estudos da análise econômica do crime desenvolvidos por Gary Becker (Becker, 1968). Em seu arcabouço conceitual, o comportamento do criminoso é compreendido a partir de uma lógica racional, a de custo-benefício. Funciona assim: o indivíduo compara os possíveis ganhos obtidos com a prática criminosa aos riscos decorrentes da punição estatal (Becker, 1968). Sob essa compreensão, a eficácia preventiva da pena não depende exclusivamente de sua severidade, e sim da probabilidade concreta de aplicação da sanção penal, uma vez que o "dogma da racionalidade" pressupõe que o aumento dos custos (pena) deveria diminuir os delitos, o que nem sempre se confirma na realidade empírica (Zaffaroni, 2005; Bitencourt, 2020).

No contexto brasileiro, entretanto, a percepção social demonstra forte descrença na efetividade do sistema repressivo. Isso porque, quando foram questionados acerca da influência da sensação de impunidade sobre o crime, 78% dos entrevistados entendem que a baixa expectativa de punição contribui diretamente para o aumento dos crimes. Paralelo a isso, apenas 14% acreditam que o medo da punição estatal evita significativamente a prática criminosa, enquanto 67% entendem que o temor da prisão evita pouco ou não evita crimes (Greco, 2015; Melo; Nascimento, 2021).

Os dados revelam importante contradição social: embora a população associe a impunidade ao crescimento da criminalidade, parcela majoritária não acredita que o simples aumento do rigor punitivo seja suficiente para alterar a dinâmica criminal. Isso demonstra que a percepção social diferencia a severidade abstrata da pena da efetividade concreta do sistema penal. A ausência de eficiência investigativa, a lentidão processual e a baixa capacidade estatal de responsabilização tornam reduzido o risco efetivo da punição, enfraquecendo o potencial dissuasório do direito penal (IPEA, 2015; Masson, 2019).

Nesse ponto, a análise econômica do crime demonstra que a racionalidade criminosa não é influenciada apenas pela existência formal da lei penal, mas pela expectativa concreta de punição. Quanto menor a probabilidade percebida de responsabilização estatal, maior tende a ser a atratividade econômica da atividade ilícita. Essa lógica aparece claramente nos resultados da pesquisa: embora 60% dos entrevistados afirmem que o crime não compensa ou raramente compensa, 24% entendem que, em diversos contextos, a prática criminosa se torna vantajosa

diante da baixa efetividade do sistema penal brasileiro (Foucault, 1999; Melo; Nascimento, 2021).

Estudos aprofundam essa compreensão ao analisar empiricamente os incentivos econômicos relacionados à criminalidade. Os estudos de Shikida demonstram que fatores como renda ilícita elevada, baixa expectativa de punição, ausência de oportunidades econômicas e fragilidade institucional influenciam diretamente a decisão racional do agente criminoso. A criminalidade deixa de ser compreendida exclusivamente como manifestação moral ou desvio patológico e passa a ser analisada também como resultado de incentivos econômicos e estruturais, uma vez que a determinação do delito ocorre preponderantemente por circunstâncias sociais e econômicas em detrimento de fatores meramente orgânicos (Liszt, 1899; Weber, 2004).

Todavia, a criminalidade não pode ser reduzida exclusivamente a uma lógica econômica individual. Justamente porque os próprios dados obtidos revelam que existe uma divisão na percepção dos entrevistados sobre as causas do cometimento de um crime: 38% dos entrevistados entendem que a criminalidade ocorre predominantemente por fatores sociais e pela ausência de oportunidades, já os outros 62% atribuem maior relevância às escolhas individuais, como à ganância ou à falha de caráter. Logo, essa divisão evidencia a complexidade do fenômeno criminal e demonstra que o comportamento delitivo envolve uma infinidade de fatores (Mirabete; Fabbrini, 2023; Nucci, 2023a).

Além disso, a pesquisa revela significativa percepção de racionalidade organizacional no interior das práticas criminosas. Quando questionados acerca da existência de freios morais nas ações criminosas, 34% afirmaram que organizações criminosas operam mediante regras internas próprias, enquanto outros 13% reconheceram a existência de códigos informais de conduta em determinados contextos. Os resultados demonstram que parcela relevante da população percebe o crime organizado como estrutura racional, hierarquizada e estrategicamente organizada, caracterizada por atividades ilícitas camufladas e lideranças que operam sob regimes próprios de disciplina e comando (Capez, 2024; Nucci, 2023b).

Essa racionalidade criminosa contemporânea relaciona-se diretamente ao fortalecimento das organizações criminosas e à expansão do mercado ilícito no Brasil. A criminalidade organizada opera mediante divisão funcional de tarefas, mecanismos internos de disciplina e estratégias econômicas sofisticadas, aproximando-se de verdadeiras estruturas empresariais paralelas. Nesse cenário, o aumento abstrato das penas mostra-se insuficiente para desarticular organizações cuja atuação se fundamenta em elevado poder econômico, baixa probabilidade de punição e ampla capacidade de reposição de integrantes (Jakobs, 2003).

É nesse contexto que as críticas formuladas por Eugenio Raúl Zaffaroni assumem especial relevância. Para o autor, o sistema penal latino-americano caracteriza-se por profunda seletividade estrutural e baixa efetividade preventiva. Em vez de solucionar as causas da violência, o poder punitivo frequentemente atua de forma simbólica, expandindo o encarceramento sem produzir redução proporcional da criminalidade. O direito penal transforma-se, assim, em mecanismo de gestão do

medo social e de reprodução das desigualdades, concentrando sua atuação sobre populações vulneráveis sem atingir de maneira efetiva as estruturas organizadas da criminalidade econômica e empresarial (Zaffaroni, 2005; Brasil, 2023).

Essa crítica aproxima-se dos próprios resultados obtidos na pesquisa. Quando questionados sobre a criação de leis penais mais duras, apenas 8% dos entrevistados acreditam que o endurecimento legislativo resolve completamente o problema da criminalidade. Em contrapartida, 44% entendem que leis mais severas somente produzem resultados quando acompanhadas de fiscalização estatal eficiente, enquanto 27% afirmam que o problema não se encontra propriamente na legislação penal, o que reforça o entendimento de que a mera existência da lei é insuficiente sem uma aplicabilidade efetiva e políticas públicas integradas (Lenza, 2025).

Os dados demonstram que a percepção social não identifica a violência urbana como fenômeno solucionável exclusivamente pelo aumento da repressão penal. O colapso da segurança pública é visto como um problema estrutural relacionado a diversos fatores, como, por exemplo, falha das instituições estatais, efetividade investigativa ineficiente, desigualdade social ampla e expansão enorme das organizações criminosas. Em um cenário desses, é totalmente compreensível afirmar que o encarceramento em massa e o endurecimento simbólico das penas tendem a produzir de certa maneira alguns problemas sociais: superlotação carcerária, fortalecimento das facções e ampliação da seletividade penal. Dessa forma, podendo não alterar de forma significativa a dinâmica da criminalidade, visto que o sistema penal opera muitas vezes de forma repressiva, seletiva e estigmatizante, servindo muitas vezes para a manutenção de estruturas de dominação (Baratta, 2002; Batista *et al.,* 2019).

Dessa forma, os resultados obtidos permitem concluir que a população reconhece existir limitações concretas do modelo punitivista tradicional. Em contrapartida à ideia de que o fator “percepção de impunidade” seja percebido como algo muito relevante para o aumento da criminalidade, os entrevistados demonstraram convictamente que a mera ampliação das penas não é solução suficiente e digna para enfrentar as organizações criminosas e o crime. Ora, a eficácia do sistema penal depende menos do aumento do poder punitivo e mais da capacidade do Estado de produzir uma investigação eficiente, conseguir responsabilizar efetivamente os criminosos e reduzir seus incentivos. Isto é, de certa forma, reconhece que não existe uma evidência contundente de relação direta entre altas taxas de encarceramento e a diminuição da criminalidade (Clemmer, 1958; Coelho, 2005; Lappi-Seppälä, 2008).

A legitimidade do sistema penal moderno fundamenta-se, em tese, na promessa de igualdade perante a lei e na aplicação universal e imparcial das normas jurídicas. Entretanto, a realidade concreta do funcionamento do sistema penal brasileiro demonstra profunda distância entre o ideal normativo e sua operacionalização prática. Longe de atuar de maneira neutra, o poder punitivo incide de forma desigual sobre determinados grupos sociais, reproduzindo vulnerabilidades históricas relacionadas à pobreza, à exclusão social, à raça e à

precariedade estrutural (Adorno, 1996; Rocha; Amorim, 2024). Os dados obtidos na presente pesquisa revelam que essa percepção não permanece restrita à crítica acadêmica, mas é amplamente reconhecida pela própria população.

Quando questionados sobre a principal falha do Estado no enfrentamento da criminalidade, apenas 5% dos entrevistados afirmaram que o poder público cumpre razoavelmente seu papel. Em sentido oposto, 58% entenderam que o Estado falha simultaneamente tanto na prevenção quanto na repressão da criminalidade, enquanto 28% apontaram falhas principalmente na ausência de investimentos em educação e políticas sociais. Apenas 9% atribuíram a principal deficiência exclusivamente à falta de estrutura repressiva e policial. Tais dados evidenciam a crise de legitimidade do sistema e o descumprimento das promessas de ressocialização (Melo; Nascimento, 2021; Rodrigues, 2024).

Os resultados revelam significativa percepção social de falência estrutural do Estado brasileiro no campo da segurança pública. A violência urbana não é percebida apenas como consequência da deficiência repressiva, mas também como reflexo da ausência de políticas públicas preventivas capazes de reduzir desigualdades sociais e ampliar oportunidades econômicas e educacionais. A maioria dos entrevistados demonstra compreender que a crise da segurança pública possui natureza sistêmica, envolvendo simultaneamente precariedade social e fragilidade institucional, o que caracteriza o chamado “estado de coisas inconstitucional” do sistema (Gonçalves; Amorim, 2024; Supremo Tribunal Federal, 2023).

Essa percepção aproxima-se diretamente das formulações desenvolvidas por Eugenio Raúl Zaffaroni acerca da seletividade estrutural do sistema penal latino-americano. Para o autor, o sistema penal não opera prioritariamente como mecanismo universal de proteção social, mas como instrumento seletivo de controle direcionado aos grupos socialmente vulneráveis. A incapacidade material do Estado de exercer repressão homogênea sobre todas as práticas criminalizadas produz inevitável seletividade na aplicação concreta do poder punitivo, muitas vezes fundamentada em estereótipos que remontam às raízes do positivismo criminológico (Lombroso, 1876; Zaffaroni, 2005).

Os próprios dados da pesquisa confirmam essa percepção social acerca da desigualdade na aplicação da lei penal. Quando questionados sobre a existência de seletividade no sistema penal brasileiro, apenas 7% dos entrevistados afirmaram não existir seletividade relevante. Em contrapartida, 30% afirmaram que a seletividade afeta determinados grupos com maior intensidade, enquanto 35% sustentaram que o sistema penal brasileiro é estruturalmente seletivo e direcionado majoritariamente contra grupos vulneráveis. Somadas, as respostas revelam que 65% da população percebe a seletividade penal como fenômeno estrutural ou sistemático, refletindo o recorte racial e classista do encarceramento no país (Carvalho, 2015; Melo; Nascimento, 2021).

A Seletividade Penal e a Crise de Legitimidade do Sistema de Justiça Criminal

A compreensão de que o sistema penal moderno é legítimo está associada ao princípio constitucional da isonomia, ou seja, existe uma igualdade de todos perante a lei; segundo tal princípio, todos os indivíduos têm o direito de receber um tratamento jurídico equivalente, independentemente de quaisquer circunstâncias, sejam elas de caráter social, econômico, racial ou outra qualquer. No entanto, embora esse seja o modelo adotado pelo Estado Democrático de Direito, a realidade atual demonstra um cenário que é significativamente mais complexo. Ocorre que, na prática, diversos estudos demonstram cabalmente uma conclusão: que a atuação do sistema penal no Brasil está longe de ocorrer de maneira uniforme para todos, justamente porque acaba incidindo com uma maior intensidade sobre determinados segmentos da população, sendo especialmente aqueles marcados por situações históricas de vulnerabilidade social (Adorno, 1996; Rocha; Amorim, 2024).

Outrossim, os resultados obtidos nesta pesquisa corroboram indubitavelmente essa compreensão. Ao serem questionados sobre qual seria a principal deficiência do Estado no enfrentamento da criminalidade, uma parcela baixíssima, correspondente a 5%, afirmou que o poder público desempenha de forma totalmente satisfatória sua função. Em contrapartida aos 5%, a maioria, equivalente a 58%, manifestou-se no sentido de que essas falhas estatais abrangem simultaneamente a prevenção e a repressão da criminalidade, isto é, o Estado falha nesses dois campos. Além disso, 28% entendem que o problema ocorre pela insuficiência de investimentos em educação e em políticas públicas voltadas à redução das desigualdades sociais. Por fim, somente 9% consideraram que a principal limitação reside exclusivamente na estrutura policial e repressiva. Ora, tais resultados sugerem que a imensa maioria das pessoas consultadas entende que a crise da segurança pública não pode ser explicada por um único fator sequer, isso porque entende que ela é fruto da combinação de fragilidades institucionais e sociais (Melo; Nascimento, 2021; Rodrigues, 2024).

Diante de tudo o que foi demonstrado, infere-se que a violência não é oriunda apenas da insuficiência da atuação repressiva do Estado. Pelo contrário, predomina entre os entrevistados o sentimento de que a insegurança pública resulta da ausência de políticas preventivas que ampliem oportunidades educacionais, reduzam desigualdades econômicas e promovam maior inclusão social. Trata-se de uma compreensão que entende o problema de maneira multifacetada, logo, por lógica, deve exigir respostas igualmente abrangentes. Esse entendimento aproxima-se da literatura que caracteriza o sistema de segurança pública e o sistema prisional brasileiros como um “estado de coisas inconstitucional” (Gonçalves; Amorim, 2024; Brasil, 2023).

Encontra-se respaldo nas reflexões desenvolvidas por Eugenio Raúl Zaffaroni, quando se fala da seletividade inerente ao sistema penal latino-americano. Posto que, para o autor, a atuação do poder punitivo não ocorre de maneira universal, mas acaba inevitavelmente selecionando seus destinatários, os grupos socialmente

mais vulneráveis. Tudo isso, segundo o autor, ocorre da impossibilidade de o Estado reprimir todas as condutas tipificadas como crime, circunstância que favorece processos seletivos frequentemente influenciados por estereótipos sociais e por construções históricas herdadas do positivismo criminológico (Lombroso, 1876; Zaffaroni, 2005).

Os dados obtidos nesta pesquisa mostram-se compatíveis com tal perspectiva teórica. Quando indagados acerca da existência de seletividade no sistema penal brasileiro, 7% afirmaram não identificar qualquer seletividade relevante. 30% acreditam que certos grupos são frequentemente atingidos pela atuação do sistema criminal, para 35% , essa seletividade é uma característica estrutural do próprio sistema penal brasileiro. Em conjunto, esses resultados demonstram que 65% dos participantes reconhecem a seletividade penal como um fenômeno recorrente e estrutural, percepção que dialoga com estudos que apontam a predominância de critérios sociais, econômicos e raciais no encarceramento nacional (Carvalho, 2015; Melo; Nascimento, 2021).

METODOLOGIA

A pesquisa em evidência é empírica, com abordagem quali-quantitativa e caráter descritivo, sendo inicialmente realizado um questionário, elaborado na plataforma Google Forms. O intuito primordial do questionário era compreender a percepção dos participantes acerca de questões sobre a eficácia do sistema penal brasileiro, concepções a respeito da criminalidade, do crime organizado, do sistema prisional, do punitivismo, sobre a seletividade penal e a atuação estatal no enfrentamento da violência.

A ferramenta de coleta de dados possuía perguntas objetivas. A participação era voluntária, isso porque não era obrigatório responder a todas as questões. Ou seja, os participantes poderiam deixar perguntas em branco, às quais não se achavam à vontade para responder.

Com o objetivo de caracterizar a amostra, a fim de que se compreenda quem a respondeu, foram feitas perguntas referentes ao gênero, à faixa etária, ao grau de escolaridade e à existência de formação em direito, e, caso existisse instrução jurídica, responder qual é a sua atuação na área jurídica, isto é, que especificasse sua condição, como estudante de Direito, bacharel, pós-graduado ou integrante de carreira jurídica. Tudo isso para uma compreensão mais detalhada do perfil dos respondentes.

É crucial ressaltar que a pesquisa não teve por finalidade demonstrar empiricamente a realidade nua e crua do sistema penal brasileiro ou produzir inferências estatísticas representativas do cenário nacional. Seu único propósito é usar esses resultados obtidos para pôr em confronto com a literatura especializada, ou seja, estabelecer um diálogo entre os dados empíricos coletados e os referenciais teóricos adotados ao longo do estudo.

APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS

A análise dos dados coletados por meio da pesquisa empírica permite ir além das formulações puramente abstratas para encarar a percepção real dos cidadãos acerca do funcionamento da justiça criminal no Brasil. Ao investigar a leitura popular sobre o tema, o estudo revela um diagnóstico crítico e profundamente reflexivo quanto ao nítido descompasso entre as promessas do ordenamento jurídico e a dura realidade vivenciada no cotidiano social e prisional.

Em primeiro lugar, destaca-se a leitura pública sobre o papel desempenhado pelas penitenciárias no cenário nacional. Distante de cumprir as funções teóricas de retribuição, prevenção da violência e reintegração social (Mirabete; Fabbrini, 2023; Nucci, 2020; Capez, 2024), o cárcere é visto pela esmagadora maioria como um propulsor do fortalecimento das organizações criminosas. Com efeito, os dados revelam que 71% dos participantes enxergam o sistema penitenciário como um ambiente que impulsiona o crime organizado (Mourão; Evaristo, 2026). Essa constatação empírica encontra respaldo no pensamento de Foucault (1999, 2014), que aponta como a instituição prisional produz e reproduz a delinquência, operando como uma "escola" da criminalidade. A convivência forçada entre apenados de diferentes periculosidades, aliada à superlotação e ao abandono estatal, converte os presídios em espaços ideais para a cooptativa de novos membros e consolidação de facções (Amorim, 1993 *apud* Mourão; Evaristo, 2026). Por conseguinte, a crença na capacidade ressocializadora da pena mostra-se praticamente inexistente: apenas 4% dos entrevistados acreditam na recuperação dos apenados, ao passo que 30% classificam o ambiente abertamente como uma "escola de delitos" (Mourão; Evaristo, 2026). Esse quadro reflete a tese de Baratta (2002, 2011) sobre como a pena privativa de liberdade estigmatiza o indivíduo e perpetua a exclusão, realidade que culminou no reconhecimento do "Estado de Coisas Inconstitucional" pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347 (Brasil, 2023).

Ademais, os resultados colocam em xeque o senso comum de que o simples endurecimento das leis e o aumento das penas seriam capazes de conter a violência. A sociedade demonstra uma postura prudente e consciente das limitações do punitivismo estrito (Melo; Nascimento, 2021). Ao avaliarem a ampliação das penas privativas de liberdade, apenas 15% dos participantes responderam que tal medida reduziria significativamente a criminalidade, enquanto a maioria se dividiu entre a percepção de que os efeitos seriam apenas temporários (40%) e a de que o encarceramento massivo gera poucos resultados práticos e apenas insufla o sistema penitenciário (46%) (Melo; Nascimento, 2021).

Essa leitura encontra respaldo direto nos postulados da Análise Econômica do Crime concebida por Gary Becker (1968), segundo a qual a opção pela prática delitiva resulta de uma ponderação entre custos e benefícios pautada precipuamente na probabilidade real de punição, e não na gravidade abstrata das sanções cominadas em lei (Becker, 1968; Zaffaroni, 2005; Bitencourt, 2020). Na realidade brasileira, expressivos 78% dos entrevistados relacionam a expansão da criminalidade à sensação de impunidade, impulsionada por falhas na atividade

investigativa e pela lentidão no trâmite processual (IPEA, 2015; Masson, 2019; Melo; Nascimento, 2021). Diante de uma reduzida expectativa de responsabilização somada a potenciais ganhos ilícitos elevados, a prática delituosa assume contornos de decisão racional (Becker, 1968; Foucault, 1999; Liszt, 1899; Weber, 2004), o que ajuda a compreender por que 24% dos respondentes consideram que o delito se mostra "vantajoso" sob determinadas circunstâncias (Melo; Nascimento, 2021). Corroborando essa perspectiva, somente 8% confiam que a criação de leis penais mais rigorosas sanaria isoladamente o problema da violência, ao passo que 44% entendem que normas mais severas dependem fundamentalmente de uma fiscalização estatal consistente para surtir efeito (Lenza, 2025).

Por fim, o estudo lança luz sobre a aplicação do princípio constitucional da igualdade e a forma como este é percebido na prática do sistema de justiça (Adorno, 1996; Rocha; Amorim, 2024). Os dados ratificam a crítica criminológica quanto à seletividade estrutural do poder punitivo (Zaffaroni, 2005; Baratta, 2002). No tocante à atuação do Estado, 58% dos entrevistados diagnosticaram omissão simultânea nas frentes preventivas e repressivas, enquanto 28% ressaltaram a escassez de investimentos estruturais em políticas sociais e educacionais como a principal lacuna da segurança pública (Melo; Nascimento, 2021; Rodrigues, 2024).

Em paralelo, o viés seletivo do aparelho penal foi amplamente reconhecido: 65% dos ouvidos afirmaram que o sistema atua de modo assistemático ou estruturalmente direcionado contra segmentos vulneráveis e marginalizados, enquanto meros 7% sustentaram não notar qualquer seletividade relevante (Carvalho, 2015; Melo; Nascimento, 2021). O diagnóstico popular alinha-se ao pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni (2005), ao demonstrar como o aparato repressivo opera selecionando seus alvos com base em recortes sociais e raciais herdados da tradição positivista (Lombroso, 1876; Zaffaroni, 2005). Torna-se aparente, portanto, o reconhecimento coletivo da assimetria que marca a incidência da lei, aprofundando o descrédito institucional e a crise de legitimidade do sistema de justiça criminal no país (Wacquant, 2003; Zaffaroni, 2005; Gonçalves; Amorim, 2024).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo buscou mapear a percepção social sobre a eficiência do sistema penal brasileiro, alinhando a voz dos cidadãos aos diagnósticos da criminologia crítica, da doutrina penal e da execução penal. O objetivo central foi avaliar se a política de punição adotada pelo Estado tem cumprido suas promessas constitucionais de conter a violência, reabilitar o apenado e garantir a paz social.

Os achados de campo revelam uma profunda desconfiança pública na capacidade do modelo vigente de resolver o dilema da segurança pública. Sobre o ambiente prisional, a maioria dos participantes enxerga o cárcere não como um espaço de reintegração, mas como um motor de reincidência e um catalisador do crime organizado. Esse sentimento encontra eco direto na literatura especializada

e no próprio reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, do "estado de coisas inconstitucional" que assola os presídios do país.

Da mesma forma, os dados mostram que a sociedade não vê no endurecimento das leis uma solução mágica. Ainda que o sentimento de impunidade incomode a população, prevalece a visão de que combater o crime exige ações mais inteligentes e abrangentes: investigações eficientes, presença institucional, políticas de prevenção e enfrentamento das desigualdades sociais, indo muito além do mero aumento de penas.

Outro ponto central revelado pela pesquisa é como a seletividade da justiça mina sua própria credibilidade. Para a maioria dos entrevistados, a mão punitiva do Estado não pesa com o mesmo rigor sobre todos, atingindo prioritariamente os grupos socioeconomicamente vulneráveis. Essa leitura aproxima o saber popular das teses de autores como Eugenio Raúl Zaffaroni, Alessandro Baratta e Vera Malaguti Batista, que há tempos denunciam a tendência do sistema penal em reproduzir e perpetuar assimetrias históricas.

Diante disso, a hipótese de trabalho foi confirmada: o colapso da segurança pública no Brasil não deriva da falta de leis severas ou do baixo número de presos. Trata-se do resultado de gargalos estruturais complexos, que combinam ausência de serviços básicos, fragilidade das instituições, expansão das facções, degradação penitenciária e aplicação desigual do direito.

Conclui-se, portanto, que insistir no modelo puramente repressivo é insuficiente. Construir uma segurança pública eficaz exige políticas integradas que combinem prevenção, apuração rigorosa dos crimes, respeito às garantias individuais e cumprimento real da Lei de Execução Penal. Somente uma atuação estatal coordenada, pautada pela justiça social e pela ordem constitucional, será capaz de devolver a legitimidade ao sistema de justiça e consolidar os valores do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Antônio Leonardo *et al.* (orgs.). **Criminologia crítica e direito penal: análise crítica do sistema de justiça criminal brasileiro**. Iguatu, CE: Quipá Editora, 2022.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro.** v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy,** Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./abr. 1968.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1.** 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator para o acórdão: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento: 04 out. 2023. Brasília, DF: STF, 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

CLEMMER, Donald. **The prison community.** New York: Holt, Rinehart and Winston, 1958.

COELHO, Edmundo C. **A oficina do diabo: e outros estudos sobre criminalidade**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas.** 2. ed. Niterói: Impetus, 2015.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Reincidência criminal no Brasil**. Brasília: Ipea, 2015.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas, 2003.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. T**rust, welfare and political culture: explaining differences in national prison rates**. Crime and Justice, Chicago, v. 37, n. 1, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão.** v. 1. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral.** v. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MELO, Iasmin Alves Ferreira; NASCIMENTO, Vitória Gonçalves do. **O aumento do tempo máximo das penas privativas de liberdade: ressocialização e punitivismo.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 29, n. 341, p. 14-16, abr. 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Execução penal.** 16. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2023.

MOURÃO, Samuel Lima; EVARISTO, Débora Figueiredo Braga. A reincidência criminal e a (in)eficácia da ressocialização no sistema penal brasileiro. **Revista FT**, v. 30, n. 159, 2026. DOI: 10.69849/e24bfx60.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023b.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Tradução de Sérgio Lamarão.** Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2003.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. v. 1. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa**. Brasília: Editora UnB, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno a la cuestión penal.** Montevideo: B de F, 2005.

Capítulo 41

O Controle de Convencionalidade no Brasil: Um Estudo sobre o Diálogo entre a Jurisdição Constitucional e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Conventionality Control in Brazil: A Study on the Dialogue Between Constitutional Adjudication and the Inter-American Human Rights System

Ramon da Silva Caggy

Discente do Programa de Mestrado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo/SP. Área de concentração: "Função Social do Direito".

Resumo: Este estudo examina o controle de convencionalidade no direito brasileiro, entendido como o mecanismo pelo qual normas e práticas internas são confrontadas com os tratados internacionais de direitos humanos e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Parte-se da distinção, consolidada na jurisprudência interamericana desde o caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006), entre o controle de matriz internacional, exercido pela própria Corte IDH, e o controle de matriz nacional, a cargo dos órgãos internos do Estado, para investigar como esse segundo modelo tem sido incorporado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, sobretudo a partir da tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos fixada no julgamento do RE 466.343/SP. Em seguida, revisitam-se três condenações do Brasil perante a Corte IDH, os casos Gomes Lund, Ximenes Lopes e Povo Indígena Xukuru, para examinar em que medida o Judiciário brasileiro tem dialogado, ou deixado de dialogar, com os parâmetros por ela fixados. A pesquisa é qualitativa, de natureza bibliográfica e documental, com abordagem dedutiva, valendo-se de doutrina nacional e estrangeira e de precedentes selecionados por sua relevância paradigmática para o tema. Os resultados indicam que, não obstante o reconhecimento da natureza supralegal dos tratados de direitos humanos, a aplicação do controle de convencionalidade pelas instâncias judiciárias brasileiras permanece pontual e assistemática, e que a persistência da Lei de Anistia após a condenação no caso Gomes Lund ilustra a tensão entre a autoridade da Corte IDH e a jurisprudência doméstica. Conclui-se que a consolidação do controle de convencionalidade no Brasil depende menos da edição de novas normas do que da construção de uma prática judicial que trate os precedentes interamericanos como parâmetro interpretativo permanente, e não como referência ocasional invocada apenas quando coincide com a solução já alcançada por outras vias.

Palavras-chave: controle de convencionalidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos; supralegalidade; Supremo Tribunal Federal; direitos humanos.

Abstract: This study examines conventionality control in Brazilian law, understood as the mechanism through which domestic norms and practices are measured against international human rights treaties and against the case law of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). It starts from the distinction, consolidated in inter-American case law since Almonacid Arellano *et al*. v. Chile (2006), between control of international origin, exercised by the IACtHR itself, and control of domestic origin, entrusted to the State's own organs, to investigate how this second model has been incorporated by the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ), particularly following the supralegal-status

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.41

thesis adopted in RE 466.343/SP. It then revisits three Brazilian condemnations before the IACtHR, the Gomes Lund, Ximenes Lopes, and Xukuru Indigenous People cases, to examine to what extent the Brazilian Judiciary has engaged, or failed to engage, with the parameters it set. The research is qualitative, bibliographic and documentary, with a deductive approach, drawing on national and foreign doctrine and on precedents selected for their paradigmatic relevance to the topic. The results indicate that, despite the recognition of the supralegal status of human rights treaties, the application of conventionality control by Brazilian courts remains occasional and unsystematic, and that the survival of the Amnesty Law after the Gomes Lund condemnation illustrates the tension between the authority of the IACtHR and domestic case law. It concludes that consolidating conventionality control in Brazil depends less on new legislation than on building a judicial practice that treats inter-American precedents as a permanent interpretive parameter, rather than an occasional reference invoked only when it coincides with a solution already reached by other means.

Keywords: conventionality control; Inter-American Court of Human Rights; supralegal status; Federal Supreme Court; human rights.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) pelo Brasil, em 1998, inaugurou um capítulo ainda inacabado na história do constitucionalismo brasileiro: o de saber em que medida os tribunais internos estão obrigados a interpretar o direito nacional à luz dos tratados de direitos humanos e da jurisprudência do próprio sistema interamericano. A esse exercício interpretativo a doutrina latino-americana deu o nome de controle de convencionalidade, expressão que a própria Corte IDH consolidou a partir do julgamento do caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, em 2006, e que desde então foi incorporada, com intensidade variável, pelos ordenamentos jurídicos da região.

No Brasil, esse processo tomou um caminho particular. Em vez de uma cláusula constitucional expressa sobre a posição hierárquica dos tratados de direitos humanos, o país construiu, por via jurisprudencial, a partir do julgamento do RE 466.343/SP em 2008, uma solução intermediária: a supralegalidade. Essa solução, embora tenha representado avanço em relação ao entendimento anterior, que equiparava os tratados a leis ordinárias, produziu também um efeito colateral pouco discutido: por não atribuir aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional, salvo quando aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º, o Supremo Tribunal Federal preservou para si a última palavra sobre o alcance desses tratados, inclusive quando essa palavra diverge da que já havia sido dada pela Corte Interamericana. O julgamento da ADPF 153, que manteve a validade da Lei de Anistia poucos meses antes do Brasil ser condenado pela Corte IDH no caso Gomes Lund, é talvez o exemplo mais eloquente dessa tensão.

O propósito deste estudo não é descrever, uma vez mais, a origem teórica do controle de convencionalidade, tema já suficientemente tratado pela doutrina, mas investigar como esse instituto tem funcionado, na prática, dentro do sistema

de justiça brasileiro: quando os tribunais nacionais efetivamente dialogam com os parâmetros fixados pela Corte Interamericana, e quando esse diálogo é substituído por soluções domésticas que ignoram, ou contornam, a jurisprudência internacional. Para isso, o texto se estrutura em quatro momentos. Primeiro, revisam-se os fundamentos teóricos e a tipologia do controle de convencionalidade, distinguindo o controle de matriz internacional do controle de matriz nacional. Em seguida, analisa-se como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça incorporaram esse segundo modelo a partir da tese da supralegalidade. Na sequência, revisitam-se três condenações do Brasil perante a Corte IDH, os casos Gomes Lund, Ximenes Lopes e Povo Indígena Xukuru, escolhidos por envolverem violações de naturezas distintas, o que permite avaliar o grau de permeabilidade do Judiciário brasileiro aos parâmetros interamericanos em contextos variados. Por fim, discutem-se os obstáculos estruturais e culturais que ainda dificultam a consolidação do controle de convencionalidade como prática rotineira no país.

Quanto à metodologia, o presente estudo vale-se de pesquisa bibliográfica e documental, de natureza qualitativa, com abordagem dedutiva: parte-se dos fundamentos teóricos do controle de convencionalidade fixados pela jurisprudência interamericana para, em seguida, verificar sua recepção e seus limites na prática decisória dos tribunais brasileiros. O levantamento doutrinário apoiou-se em obras de referência nacional e em precedentes do STF, do STJ e da Corte IDH selecionados por sua relevância paradigmática para o tema. Trata-se, portanto, de pesquisa exploratória e analítico-crítica, e não de levantamento jurisprudencial quantitativo ou de análise empírica de julgados, o que delimita o alcance das conclusões alcançadas.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: FUNDAMENTOS E TIPOLOGIA

A ideia central do controle de convencionalidade é relativamente simples de enunciar, ainda que complexa em sua aplicação: tratados internacionais de direitos humanos, uma vez ratificados, não se limitam a ingressar no ordenamento interno como mais uma fonte normativa entre outras; eles impõem também um dever de conformidade, cujo descumprimento pode gerar responsabilidade internacional do Estado. A Corte Interamericana consolidou essa ideia no julgamento do caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, ao afirmar que o Poder Judiciário dos Estados-parte deve exercer, de ofício, uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), levando em conta não apenas o texto do tratado, mas também a interpretação que dele faz a própria Corte Interamericana, intérprete última da Convenção (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2006).

O fundamento normativo desse dever está no art. 2º da CADH, que impõe aos Estados o compromisso de adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades nela reconhecidos, bem

como no art. 1.1, que estabelece a obrigação geral de respeitar e garantir tais direitos. A doutrina relaciona essa construção ao princípio pro persona, segundo o qual, havendo mais de uma norma ou interpretação aplicável a um caso, deve prevalecer aquela mais favorável à proteção da pessoa humana. Mazzuoli (2016) descreve esse conjunto de parâmetros, os tratados propriamente ditos, somados à jurisprudência da Corte IDH e às suas opiniões consultivas, como um bloco de convencionalidade, em analogia ao bloco de constitucionalidade já conhecido do direito constitucional comparado.

Importa, num segundo momento, distinguir duas espécies de controle de convencionalidade. O controle de matriz internacional é exercido pela própria Corte Interamericana, no julgamento de casos contenciosos submetidos por indivíduos, grupos ou pela Comissão Interamericana; suas decisões têm caráter definitivo e vinculante para o Estado condenado, ainda que este divirja, no plano interno, do resultado alcançado. Já o controle de matriz nacional é exercido pelos próprios órgãos do Estado, sobretudo pelo Poder Judiciário, mas também, em alguma medida, pelo Ministério Público e pela Administração Pública, ao aplicarem os tratados de direitos humanos como parâmetro de validade das normas internas, ainda antes de qualquer manifestação da Corte IDH sobre o caso concreto.

Inicialmente restrito ao dever dos juízes de realizar esse controle de ofício, o entendimento da Corte Interamericana foi progressivamente ampliado: no caso Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru, de 2006, e, de modo mais explícito, no caso Gelman vs. Uruguai, de 2011, a Corte afirmou que o dever de controle de convencionalidade recai sobre todos os órgãos vinculados à administração da justiça, e não apenas sobre os magistrados, o que amplia consideravelmente o universo de atores estatais chamados a observar os parâmetros interamericanos. Já em 2009, ao analisar a recepção brasileira dos tratados de direitos humanos, Ramos (2009) chamava a atenção para o fato de que levar a sério esses tratados significa reconhecer que sua observância não pode depender exclusivamente da iniciativa do Poder Judiciário, devendo permear toda a atuação do Estado.

É esse duplo movimento, da matriz internacional à matriz nacional, e desta, por sua vez, do Judiciário para o conjunto dos órgãos estatais, que estrutura o restante deste estudo: primeiro, examinando como o controle de matriz nacional foi recepcionado pelo STF e pelo STJ; em seguida, avaliando, a partir de casos concretos, se essa recepção tem correspondido, na prática, aos parâmetros fixados pela Corte Interamericana.

O CONTROLE DE MATRIZ NACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO: DA SUPRALEGALIDADE À PRÁTICA JURISDICIONAL

O Brasil não seguiu o caminho adotado por países como a Argentina, que reconhece hierarquia constitucional a determinados tratados de direitos humanos, nem o caminho oposto, de equipará-los à legislação ordinária. A Emenda Constitucional n. 45/2004, ao inserir o § 3º no art. 5º da Constituição Federal (Brasil,

[1988] 2026), criou uma terceira via: tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos em cada Casa, passam a ter status de emenda constitucional; os demais, aprovados pelo rito ordinário, permanecem em posição normativa a ser definida pela jurisprudência.

Foi o Supremo Tribunal Federal quem definiu essa posição, no julgamento conjunto do RE 466.343/SP e do RE 349.703/RS, ambos relacionados à prisão civil do depositário infiel, em 3 de dezembro de 2008. Sob relatoria do ministro Cezar Peluso, o Tribunal Pleno assentou que os tratados de direitos humanos não submetidos ao rito do art. 5º, § 3º, possuem hierarquia supralegal, isto é, estão abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias, paralisando a eficácia de toda norma infraconstitucional com eles incompatível. A ementa do julgamento, na parte que interessa a este estudo, registra que:

> PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. [...] Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) (Brasil, 2008).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, confirmou essa orientação no julgamento do REsp 914.253/SP, sob o rito dos recursos repetitivos, em 2 de dezembro de 2009. Relatado pelo ministro Luiz Fux, então na Corte Especial do STJ, o acórdão aplicou a tese da supralegalidade para reconhecer que a lei conflitante com tratado internacional de direitos humanos fica destituída de validade (Brasil, 2009), resultando, pouco depois, na edição da Súmula Vinculante 25 do STF, que veda a prisão civil do depositário infiel em qualquer modalidade de depósito.

Esses dois julgamentos são, até hoje, o exemplo mais citado de controle de convencionalidade efetivamente exercido pelas cortes superiores brasileiras. Contudo, é preciso reconhecer os seus limites. Em primeiro lugar, tratou-se de controle de convencionalidade aplicado a uma única questão, a prisão civil do depositário infiel, e não de um método interpretativo estendido, de modo sistemático, a outras áreas do direito. Em segundo lugar, e mais importante, o STF fê-lo confrontando o tratado com uma regra constitucional expressa (art. 5º, inciso LXVII), o que facilitou a solução, já que a controvérsia se resumia a saber qual norma prevaleceria; nos casos em que o confronto se dá entre o tratado e uma interpretação já consolidada do próprio Tribunal, como se verá na seção seguinte, a disposição do STF em rever sua própria jurisprudência à luz dos parâmetros interamericanos tem sido bem mais tímida.

Piovesan (2013) já alertava que a supralegalidade, embora represente avanço em relação à hierarquia legal, é uma solução intermediária que preserva ao Judiciário nacional um espaço de discricionariedade sobre o alcance dos tratados de direitos humanos que o modelo de hierarquia constitucional plena, adotado por outros países da região, tende a reduzir. Essa discricionariedade, aplicada a favor da proteção da pessoa humana, tem viabilizado avanços importantes; aplicada em sentido contrário, como se examina a seguir, tem permitido que o STF mantenha, mesmo depois do Brasil ser condenado pela Corte Interamericana, entendimentos que a própria Corte já havia rejeitado.

TRÊS CONDENAÇÕES, UM SÓ DIÁLOGO? OS CASOS GOMES LUND, XIMENES LOPES E POVO INDÍGENA XUKURU

O Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em diversas ocasiões, das quais três são especialmente úteis aos fins deste estudo, por envolverem violações de naturezas distintas e permitirem observar o grau de permeabilidade do Judiciário brasileiro aos parâmetros interamericanos em contextos variados: o caso Gomes Lund, sobre a Lei de Anistia; o caso Ximenes Lopes, sobre a responsabilidade do Estado por atos de terceiros na prestação de serviços públicos; e o caso Povo Indígena Xukuru, sobre a demora na demarcação de terras tradicionais.

O Caso Gomes Lund e a Persistência da Lei de Anistia

O caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, julgado pela Corte Interamericana em 24 de novembro de 2010, é provavelmente o precedente mais citado pela doutrina brasileira sobre controle de convencionalidade, e por um motivo específico: ele expõe, de forma direta, o conflito entre a jurisprudência interamericana e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A ação foi movida por familiares de integrantes da Guerrilha do Araguaia, movimento de resistência à ditadura militar organizado pelo Partido Comunista do Brasil, cujos membros foram perseguidos e desaparecidos pelas Forças Armadas entre 1972 e 1975, na região do Araguaia. A Corte concluiu que o Estado brasileiro violou os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos, respectivamente, nos arts. 3º, 4º, 5º, 7º, 8º e 25 da CADH, em conjunto com a obrigação geral do art. 1.1, e determinou, entre outras medidas, que o Brasil investigasse e sancionasse penalmente os responsáveis pelos desaparecimentos forçados (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010).

Ocorre que, poucos meses antes dessa sentença, em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal já havia julgado a ADPF 153 em sentido oposto: por maioria, sob relatoria do ministro Eros Grau, o Tribunal declarou compatível com a Constituição a Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979), inclusive quanto aos crimes cometidos por agentes do Estado durante a ditadura (Brasil, 2010). O resultado prático é que, até hoje, convivem no ordenamento brasileiro uma decisão do STF que valida a anistia aos agentes da repressão e uma sentença da Corte Interamericana que a considera incompatível com a Convenção Americana, sem que o STF tenha revisto sua posição à luz do controle de convencionalidade. Trata-se, portanto, de um caso em que o Brasil não apenas deixou de exercer o controle de matriz nacional antes da condenação internacional, mas manteve a interpretação divergente mesmo depois dela, o que a própria Corte Interamericana já sinalizou, em supervisão de cumprimento de sentença, como descumprimento parcial de sua decisão.

O caso Ximenes Lopes e o Dever de Fiscalização de Serviços Privatizados

O caso Ximenes Lopes vs. Brasil, julgado em 4 de julho de 2006, foi a primeira condenação do Brasil perante a Corte Interamericana e tratou da morte de um paciente psiquiátrico em decorrência de agressões sofridas em um hospital privado conveniado ao Sistema Único de Saúde, no Ceará. A Corte reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro não por ato próprio, mas por omissão na fiscalização de um serviço de saúde prestado por terceiros em seu nome, fixando o entendimento de que a responsabilidade estatal por violações de direitos humanos persiste ainda quando o serviço público é prestado, na prática, por particulares (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2006).

Esse precedente teve reflexo relativamente rápido na legislação e na jurisprudência internas relacionadas à saúde mental e à responsabilidade do Estado por atos de terceiros prestadores de serviços públicos, sendo hoje citado com regularidade em decisões sobre responsabilidade civil do Estado por falhas na fiscalização de hospitais e clínicas conveniadas. Nesse sentido, o caso Ximenes Lopes talvez seja o exemplo mais bem-sucedido, entre os três aqui examinados, de internalização dos parâmetros interamericanos pela prática jurídica brasileira, ainda que essa internalização tenha ocorrido mais por via doutrinária e administrativa do que por uma reafirmação explícita do STF.

O Caso Povo Indígena Xukuru e os Limites da Proteção Judicial

O caso Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil, julgado em 5 de fevereiro de 2018, tratou da demora de mais de duas décadas para a conclusão do processo de demarcação e desintrusão das terras tradicionalmente ocupadas pelo povo Xukuru, em Pernambuco. A Corte reconheceu a titularidade indígena sobre o território, mas condenou o Brasil pela violação aos direitos à propriedade coletiva e à proteção judicial efetiva, em razão da morosidade excessiva do processo administrativo e das ações judiciais correlatas (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2018).

Diferentemente dos dois casos anteriores, o caso Xukuru não envolve, propriamente, um conflito entre a interpretação da Corte Interamericana e um precedente já fixado pelo STF, mas uma omissão prolongada do Estado brasileiro em concluir um procedimento administrativo. Ainda assim, o caso é relevante para este estudo porque ilustra uma modalidade de descumprimento que o controle de convencionalidade, tal como praticado no Brasil, tem dificuldade em endereçar: a inércia administrativa, que não decorre de uma norma ou interpretação judicial específica a ser confrontada com o tratado, mas de uma sucessão de omissões que se perpetuam justamente pela ausência de qualquer instância de controle, judicial ou administrativa, disposta a aplicar os parâmetros interamericanos de forma proativa.

OBSTÁCULOS À CONSOLIDAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Os três casos examinados na seção anterior permitem identificar, para além de suas particularidades, alguns obstáculos recorrentes à consolidação do controle de convencionalidade no Brasil. O primeiro é normativo: não há, no ordenamento brasileiro, regulamentação específica que oriente juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos e demais autoridades sobre como e quando aplicar os tratados de direitos humanos como parâmetro de controle, o que contribui para uma aplicação fragmentada e dependente da iniciativa individual de cada julgador.

O segundo obstáculo é de formação. Grande parte do ensino jurídico brasileiro ainda trata o direito internacional dos direitos humanos como disciplina acessória, e não como parte estrutural da formação em direito constitucional e processual, de modo que muitos operadores do direito chegam à prática profissional com familiaridade apenas superficial com os mecanismos e a jurisprudência do sistema interamericano. Bastos Netto (2016), ao examinar a aplicação do controle de convencionalidade ao julgamento de civis por tribunais militares, observa que a omissão dos órgãos internos em realizar esse controle, mesmo diante de parâmetros interamericanos já consolidados, tende a perpetuar práticas que a própria Corte IDH já rejeitou em outros contextos, atraindo o risco de nova responsabilização internacional do Estado.

O terceiro obstáculo é institucional: o Brasil não possui um órgão específico de acompanhamento do cumprimento das sentenças da Corte Interamericana, tampouco um mecanismo de prestação de contas que obrigue os entes estatais condenados a informar, periodicamente, as medidas adotadas para dar cumprimento às decisões internacionais. Diferentemente de outros países da região, que criaram comissões interministeriais ou protocolos específicos de cumprimento, o Brasil ainda depende, em grande medida, da vontade política de cada governo e da atuação pontual do Ministério Público Federal e da Defensoria Pública da União para dar efetividade às sentenças internacionais.

Por fim, há um obstáculo que se poderia chamar de jurisprudencial: o próprio Supremo Tribunal Federal, embora reconheça a natureza supralegal dos tratados de direitos humanos, ainda não firmou entendimento claro sobre o grau de vinculação das decisões da Corte Interamericana quando estas divergem de precedentes já consolidados pelo próprio Tribunal, como evidencia a permanência da tese fixada na ADPF 153 mesmo após a condenação no caso Gomes Lund. Essa lacuna jurisprudencial é, talvez, o obstáculo mais difícil de superar, porque não depende de nova legislação ou de programas de formação, mas de uma disposição do próprio STF em revisar, quando necessário, sua própria jurisprudência à luz dos parâmetros fixados pela Corte IDH.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A trajetória examinada neste estudo permite concluir que o Brasil incorporou o controle de convencionalidade de maneira parcial e assimétrica. Há, de um lado, um núcleo de aplicação relativamente consolidado, exemplificado pela tese da supralegalidade fixada no RE 466.343/SP e confirmada pelo STJ no REsp 914.253/SP, que tratou de uma questão pontual, a prisão civil do depositário infiel, na qual o confronto entre o tratado e a Constituição já vinha sinalizado pelo próprio texto constitucional. Há, de outro lado, um conjunto bem mais amplo de situações, ilustrado pelos casos Gomes Lund, Ximenes Lopes e Povo Indígena Xukuru, em que a resposta do Judiciário brasileiro aos parâmetros interamericanos varia da recepção relativamente rápida, como no caso Ximenes Lopes, à divergência persistente, como no caso Gomes Lund, passando pela omissão prolongada, como no caso Xukuru.

Essa variação sugere que o problema do controle de convencionalidade no Brasil não é, no fundo, um problema de reconhecimento teórico do instituto, praticamente pacificado na doutrina nacional desde a década passada, mas um problema de prática judicial: falta a esse controle o caráter sistemático que o transformaria em parâmetro interpretativo permanente, a ser considerado em qualquer caso que envolva direitos humanos, e não apenas em referência ocasional, invocada quando coincide com a solução já alcançada por outras vias, e silenciada quando a ela se opõe.

Nesse sentido, a superação dos obstáculos discutidos na seção anterior, a ausência de regulamentação específica, as lacunas na formação jurídica, a fragilidade institucional do acompanhamento das sentenças internacionais e a resistência do STF em rever sua própria jurisprudência, depende menos de reformas legislativas pontuais do que da construção paulatina de uma cultura jurisdicional que trate o diálogo com a Corte Interamericana como parte constitutiva da própria função de julgar, e não como uma etapa adicional e facultativa do processo decisório.

Assim, se é certo que o reconhecimento da hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos representou avanço relevante na trajetória do constitucionalismo brasileiro, é igualmente certo que a efetividade do controle de convencionalidade não se mede pela existência dessa tese, mas pela disposição cotidiana dos tribunais brasileiros, do STF às instâncias inferiores, em aplicá-la de forma sistemática, inclusive e sobretudo, nos casos em que fazê-lo significa rever entendimentos já consolidados.

REFERÊNCIAS

BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Direito militar e o controle de convencionalidade: julgamento de civis em foro militar e prisão disciplinar à luz do direito internacional. **Revista de Direito Cosmopolita,** v. 4, n. 2, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2026]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago. 2026.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em 29 de abril de 2010. Plenário. Brasília, DF, 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466.343**. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento em 3 de dezembro de 2008. Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 5 jun. 2009. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/link_download/casos_relevantes/pt/RE_466343.pdf. Acesso em: 27 ago. 2026.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 914.253**. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 2 de dezembro de 2009. Corte Especial. Brasília, DF, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile**. Sentença de 26 set. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguai.** Sentença de 24 fev. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil.** Sentença de 24 nov. 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil.** Sentença de 5 fev. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru**. Sentença de 24 nov. 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil.** Sentença de 4 jul. 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 4. ed. **São Paulo: Revista dos Tribunais,** 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez. 2009. Disponível em: https://revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67857/70465/0. Acesso em: 27 ago. 2026.

Capítulo 42

A Exigência de Dolo na Improbidade Administrativa após a Lei nº 14.230/2021: Entre a Segurança Jurídica e a Efetividade no Combate à Corrupção

The Requirement of Intent in Administrative Improbity after Law No. 14,230/2021: Between Legal Certainty and Effectiveness in Fighting Corruption

Ingrid Lopes de Freitas

Pesquisador Independente. http://lattes.cnpq.br/6886205959955454

Resumo: O presente estudo examina a exigência de dolo na improbidade administrativa após a Lei nº 14.230/2021, investigando a tensão entre segurança jurídica dos agentes públicos e efetividade do combate à corrupção. Por meio de revisão bibliográfica e análise normativa e jurisprudencial, o estudo demonstra que a reforma deslocou o regime sancionador para um modelo de responsabilização exclusivamente dolosa no âmbito da improbidade, afastando a responsabilização por culpa e exigindo vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito. Conclui-se que a mudança corrige excessos punitivos, mas impõe desafios probatórios relevantes, especialmente nos atos contra princípios administrativos e em esquemas decisórios complexos. A adequada interpretação do dolo deve preservar garantias sem reduzir a capacidade institucional de responsabilizar práticas corruptas comprovadas.

Palavras-chave: improbidade administrativa; dolo; Lei nº 14.230/2021; segurança jurídica; corrupção.

Abstract: This study examines the requirement of intent in Brazilian administrative improbity after Law No. 14,230/2021, focusing on the tension between legal certainty for public officials and the effectiveness of anti-corruption enforcement. Based on a bibliographic review and normative and case-law analysis, the study argues that the reform shifted the sanctioning regime toward a strictly intent-based liability framework, excluding negligent improbity and requiring a free and conscious will directed to an unlawful result. The article concludes that the new framework corrects punitive excesses but creates relevant evidentiary challenges, especially in acts against administrative principles and complex corruption schemes. The interpretation of intent must protect due process without disabling accountability for proven corrupt conduct.

Keywords: administrative improbity; intent; Law No. 14,230/2021; legal certainty; corruption.

INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa consolidou-se no Brasil como instrumento de tutela da probidade, da moralidade e do patrimônio público, especialmente a partir do art. 37, § 4º, da Constituição Federal e da Lei nº 8.429/1992. Durante décadas, sua aplicação oscilou entre a repressão necessária à corrupção e a ampliação excessiva de tipos sancionadores, permitindo que falhas de gestão fossem tratadas como ilícitos de alta gravidade. A reforma de 2021 reposicionou esse debate ao

DOI: 10.47573/aya.5379.3.34.42

exigir elemento subjetivo doloso para os atos previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Ferreira, 2019).

A Lei nº 14.230/2021 não representou alteração meramente pontual, mas promoveu ampla reestruturação do sistema de responsabilização por improbidade, com reforço da tipicidade, da responsabilidade subjetiva, da proporcionalidade e das garantias próprias do direito administrativo sancionador. Nesse contexto, a demonstração do dolo passou a funcionar como critério normativo para distinguir o ato ímprobo de irregularidades administrativas que, embora possam gerar outras formas de responsabilização, não se enquadram automaticamente nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA (Brasil, 2021; Justen Filho, 2022).

A exigência de dolo também dialoga com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sobretudo no Tema 1.199 da repercussão geral, em que se fixou a necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade. A tese afirma que, para os arts. 9º, 10 e 11 da LIA, exige-se a presença do elemento subjetivo dolo, além de tratar da retroatividade limitada da supressão da modalidade culposa. Esse entendimento vinculou a aplicação da reforma às garantias constitucionais da coisa julgada e da segurança jurídica (Brasil, 2022).

A centralidade do dolo torna a demonstração do elemento subjetivo uma das questões mais sensíveis da nova improbidade. A intenção juridicamente relevante não deve ser presumida da mera ilegalidade, mas pode ser reconstruída a partir do conjunto probatório e das circunstâncias objetivamente demonstradas no caso concreto, desde que a fundamentação estabeleça vínculo consistente entre a conduta e a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado (Ferreira, 2019; Uchiyama, 2022).

Diante desse cenário, formula-se a seguinte pergunta-problema: de que modo a exigência de dolo, introduzida e reforçada pela Lei nº 14.230/2021, pode compatibilizar a segurança jurídica dos agentes públicos com a efetividade do combate à corrupção e às condutas administrativas dolosamente orientadas a resultados ilícitos no âmbito da improbidade administrativa?

O objetivo geral consiste em analisar a exigência de dolo na improbidade administrativa após a Lei nº 14.230/2021. Como objetivos específicos, busca-se: compreender a evolução histórica e normativa da improbidade no Brasil; examinar o conceito legal de dolo e seus reflexos probatórios; avaliar a segurança jurídica conferida aos agentes públicos; e discutir os impactos da reforma na efetividade da tutela anticorrupção.

A justificativa acadêmica decorre da relevância do tema para o direito administrativo sancionador, pois a reforma produziu intensos debates doutrinários e jurisprudenciais sobre tipicidade, retroatividade, dolo genérico, dolo específico e continuidade típico-normativa. A correta compreensão da matéria é indispensável para evitar tanto a impunidade quanto a banalização da ação de improbidade, preservando a coerência do sistema jurídico (Silveira; Leite, 2023).

A justificativa social e institucional está no fato de que a corrupção compromete a confiança pública, desorganiza políticas públicas e reduz a capacidade estatal de entregar direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, o medo de responsabilização indevida pode gerar apagão decisório e paralisia administrativa. Portanto, o equilíbrio entre controle e segurança jurídica constitui condição para uma Administração Pública eficiente, íntegra e capaz de decidir (Garcia; Rios, 2023).

Metodologicamente, trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, de abordagem qualitativa e de método dedutivo. Foram utilizados livros, artigos científicos, legislação, documentos oficiais e julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O levantamento bibliográfico concentrou-se em publicações de 2013 a 2026, marco escolhido por abranger a entrada em vigor da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), o período posterior ao Código de Processo Civil de 2015 e, principalmente, a reforma da Lei de Improbidade promovida pela Lei nº 14.230/2021.

A análise foi organizada em quatro eixos: evolução normativa da improbidade, exigência de dolo, segurança jurídica e efetividade anticorrupção. No eixo jurisprudencial, foram examinados, entre outros, o ARE 843.989/PR (Tema 1.199 do STF), julgado pelo Plenário em agosto de 2022, e precedentes do STJ sobre retroatividade e continuidade típico-normativa, como o AgInt no REsp 2.082.995/PB, Primeira Turma, julgado em 11 mar. 2024, e o AREsp 1.417.207/MG, Segunda Turma, julgado em 17 set. 2024. A seleção privilegiou decisões com fundamentação diretamente relacionada ao elemento subjetivo, aos limites temporais da reforma e à nova tipificação dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

O levantamento foi concluído em 14 de agosto de 2026. Para a literatura, foram consultados SciELO, Google Scholar e acervos institucionais de periódicos e universidades, utilizando combinações dos descritores “improbidade administrativa”, “Lei 14.230/2021”, “dolo”, “dolo específico”, “segurança jurídica”, “corrupção” e “direito administrativo sancionador”. Para legislação e jurisprudência, utilizaram-se os portais oficiais da Presidência da República, do STF e do STJ, com buscas pelos números dos processos, temas de repercussão geral e expressões relacionadas à retroatividade e à continuidade típica-normativa.

Foram incluídos trabalhos em português ou inglês com relação direta com a Lei de Improbidade, o elemento subjetivo ou os mecanismos de responsabilização anticorrupção, bem como julgados e normas capazes de sustentar os argumentos desenvolvidos. Foram excluídos materiais duplicados, textos sem identificação mínima de autoria ou origem, referências cuja existência não pôde ser confirmada e publicações que apenas mencionavam a reforma legislativa sem analisar seus efeitos. A leitura analítica buscou identificar convergências, divergências e limites das fontes selecionadas.

Na etapa final, as fontes foram confrontadas com a redação vigente da Lei nº 8.429/1992 e com os precedentes efetivamente identificados. A síntese considerou como dados verificáveis o conteúdo normativo dos dispositivos legais, as teses fixadas no Tema 1.199 do STF e os fundamentos dos acórdãos do STJ selecionados, evitando atribuir à jurisprudência conclusões extraídas apenas de

notícias institucionais. Esse procedimento permitiu articular doutrina, legislação e jurisprudência sem transformar a revisão em simples descrição das fontes.

DESENVOLVIMENTO

Evolução da Improbidade Administrativa no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A improbidade administrativa possui matriz constitucional no dever de moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e eficiência. O art. 37, § 4º, da Constituição estabeleceu sanções próprias para atos ímprobos, como suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário. A Lei nº 8.429/1992 deu densidade a esse comando, criando categorias típicas de enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação a princípios administrativos (Brasil, 1992).

Osório (2018) explica que a improbidade se desenvolveu como mecanismo híbrido, situado entre o direito administrativo, o direito civil sancionador e a tutela constitucional da probidade. Essa natureza gerou debates sobre culpa, dolo, proporcionalidade e independência das instâncias. Antes da reforma, a amplitude dos tipos, sobretudo o antigo art. 11, permitia enquadramentos muito abertos, nem sempre acompanhados de demonstração robusta de desonestidade ou corrupção.

A Lei nº 8.429/1992 foi concebida em ambiente de redemocratização e fortalecimento do controle da Administração Pública. Sua finalidade era impedir o uso patrimonialista do Estado e assegurar responsabilização de agentes públicos e terceiros beneficiários. Contudo, a prática revelou que o texto original, embora relevante, podia gerar ações fundadas em irregularidades formais sem conteúdo corruptivo, especialmente quando se confundia ilegalidade com improbidade (Ferreira, 2019).

Campos (2015) demonstra que o sistema anticorrupção brasileiro passou a dialogar com instrumentos mais amplos após a Lei nº 12.846/2013, voltada à responsabilização de pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública. Esse cenário reforçou a necessidade de coordenar improbidade, anticorrupção empresarial, controle interno, tribunais de contas e persecução penal, evitando sobreposição punitiva desproporcional e melhorando a coerência institucional.

A evolução normativa também foi influenciada por convenções internacionais, especialmente a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, incorporada pelo Decreto nº 5.687/2006. A referência convencional estimulou a compreensão da corrupção como fenômeno complexo, associado ao abuso de função pública, à obtenção de vantagem indevida e ao enfraquecimento da confiança institucional. Assim, a improbidade passou a ser vista como uma peça de um sistema mais amplo de integridade (Prado; Cornelius, 2020).

No plano jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça já afastava, antes da reforma de 2021, a responsabilização objetiva em matéria de improbidade. No regime então vigente, o art. 10 admitia expressamente conduta dolosa ou culposa, ao passo que os demais tipos exigiam elemento subjetivo compatível com sua estrutura. A Lei nº 14.230/2021 suprimiu a modalidade culposa e passou a exigir dolo para os atos previstos nos arts. 9º, 10 e 11, alteração posteriormente examinada pelo STF no Tema 1.199 (Brasil, 1992; Brasil, 2022).

A Lei nº 14.230/2021 respondeu a críticas relacionadas à amplitude da responsabilização por improbidade e aproximou o regime de um modelo sancionador de legalidade mais estrita. A reforma passou a exigir conduta dolosa tipificada, redefiniu regras processuais e prescricionais e restringiu a configuração de atos contra princípios às hipóteses legalmente previstas, reforçando a necessidade de imputação individualizada e fundamentada (Brasil, 2021; Justen Filho, 2022).

A evolução da improbidade, portanto, não pode ser lida como enfraquecimento linear do controle, mas como tentativa de depuração dogmática. O sistema anterior tinha méritos na proteção do erário, mas também produzia incentivos à litigância ampla e à judicialização de escolhas administrativas complexas. A nova lei pretende concentrar a sanção de improbidade nos comportamentos efetivamente desonestos, corruptos ou orientados a resultado ilícito (Zaia, 2025).

Em síntese, a trajetória brasileira revela passagem de um modelo expansivo de controle para outro mais seletivo e garantista. Essa mudança exige que órgãos de controle, Ministério Público, advocacia pública e Judiciário aperfeiçoem técnicas de investigação e fundamentação. A improbidade permanece relevante, mas sua legitimidade depende de aplicação criteriosa, fiel à Constituição e compatível com o direito administrativo sancionador contemporâneo (Garcia; Rios, 2023).

A Exigência de Dolo Após a Lei Nº 14.230/2021

A Lei nº 14.230/2021 alterou o art. 1º da Lei nº 8.429/1992 para explicitar que os atos de improbidade são condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11. O § 2º definiu dolo como vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado, afastando a suficiência da mera voluntariedade do agente. Essa redação rompe com a lógica de punição por culpa e exige prova de intenção juridicamente relevante (Brasil, 2021).

Ferreira (2019) já defendia, antes da reforma, uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação a princípios administrativos. Para a autora, o dolo não pode ser presumido a partir da ilegalidade, sob pena de transformar o art. 11 em cláusula sancionadora aberta. A reforma acolheu essa preocupação ao exigir que o julgador identifique nexo entre vontade, conduta e resultado ilícito, com fundamentação concreta.

A expressão vontade livre e consciente não significa necessidade de confissão ou prova direta da intenção. Em matéria sancionadora, o dolo pode ser demonstrado por elementos circunstanciais, como reiteração de atos, ocultação documental, favorecimento indevido, frustração deliberada de controles, simulação

de legalidade e benefício pessoal ou de terceiros. O ponto decisivo é que tais indícios sejam consistentes e convergentes (Zaia, 2025).

Uchiyama (2022) examina a controvérsia em torno da necessidade de dolo específico na improbidade após a Lei nº 14.230/2021. O debate deve ser delimitado conforme a estrutura de cada tipo legal: o art. 1º, § 2º, define dolo como vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado, enquanto determinadas hipóteses exigem finalidades adicionais expressamente previstas. No art. 11. A jurisprudência posterior à reforma passou a exigir aderência às hipóteses taxativas e à finalidade indicada pela própria norma, afastando condenações genéricas por mera violação de princípios (Uchiyama, 2022; Brasil, 2024).

No Tema 1.199, o STF fixou que a responsabilidade subjetiva é requisito para os atos de improbidade e que a revogação da modalidade culposa não alcança condenações transitadas em julgado nem a fase de execução. A nova disciplina incide sobre atos culposos anteriores ainda sem condenação definitiva, cabendo ao juízo verificar eventual dolo, enquanto o novo regime prescricional é irretroativo e seus marcos temporais se aplicam a partir da publicação da Lei nº 14.230/2021 (Brasil, 2022).

A exigência de dolo altera a instrução probatória. Não basta demonstrar dano ao erário ou descumprimento de regra administrativa; é preciso provar que o agente atuou com vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado. Essa exigência eleva a qualidade das petições iniciais, das decisões de recebimento e das sentenças, reduzindo ações genéricas e aproximando a improbidade de um modelo de imputação responsável (Uchiyama, 2022).

A reforma também tornou mais estrita a tipificação dos atos contra princípios ao conferir caráter taxativo às hipóteses do art. 11. A mudança reduz o espaço para condenações apoiadas apenas em ilegalidade genérica ou divergência interpretativa, sem impedir a responsabilização quando os fatos se ajustem integralmente a uma das condutas previstas e estejam acompanhados do elemento subjetivo exigido pela lei (Brasil, 2021; Uchiyama, 2022).

O STJ tem aplicado os limites definidos pelo Tema 1.199 aos atos culposos ainda não acobertados pela coisa julgada e, em hipóteses específicas, reconhecido continuidade típico-normativa quando a conduta anterior permanece integralmente subsumível a tipo vigente. Esse reenquadramento não é automático: deve respeitar a moldura fática da demanda, o contraditório, os limites processuais e a vedação de decisão-surpresa. No AREsp 1.417.207/MG, a Segunda Turma admitiu continuidade em situação já sentenciada antes da reforma; o AgInt no AREsp 1.206.630/SP também reconheceu a permanência da tipicidade em hipótese compatível com a nova redação (Brasil, 2024).

Portanto, a exigência de dolo deve ser compreendida como critério de legitimidade da punição, não como blindagem absoluta do gestor. O novo regime demanda prova qualificada, descrição minuciosa da finalidade ilícita quando exigida e distinção entre erro, culpa, risco administrativo e desonestidade. A efetividade da LIA dependerá da capacidade institucional de reconstruir o dolo por prova documental, financeira, testemunhal e indiciária robusta (Ferreira, 2019).

A Segurança Jurídica dos Agentes Públicos na Nova Lei de Improbidade Administrativa

A segurança jurídica dos agentes públicos constitui um dos efeitos relevantes do novo desenho da Lei nº 14.230/2021. Em ambiente decisório marcado por incerteza normativa e escolhas administrativas complexas, a exigência de conduta dolosa tipificada reduz o risco de equiparar automaticamente erro de gestão à improbidade. A proteção, contudo, não alcança atos em que se demonstre vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito descrito na lei (Brasil, 2021; Justen Filho, 2022).

Justen Filho (2022) sustenta que o direito administrativo sancionador deve respeitar legalidade, tipicidade, culpabilidade e proporcionalidade. Embora a improbidade não seja crime, suas sanções são gravíssimas e podem afetar direitos políticos, patrimônio e função pública. Por isso, a imputação deve ser precisa, individualizada e vinculada a comportamento doloso, sem punição por presunções decorrentes do cargo ocupado.

A reforma também fortaleceu a previsibilidade ao restringir o art. 11 a hipóteses mais determinadas. Antes, a violação genérica a princípios permitia que ilegalidades formais fossem transformadas em improbidade. Agora, a tipificação exige adequação mais estrita, o que favorece o gestor que atua com parecer técnico, motivação administrativa e transparência. A segurança jurídica, nesse ponto, serve à boa administração (Uchiyama, 2022).

A proteção ao agente público não significa tolerância com corrupção, mas distinção entre responsabilidade administrativa comum, controle de legalidade, ressarcimento civil e improbidade. Um contrato mal executado, por exemplo, pode gerar sanções contratuais ou dever de ressarcir, sem necessariamente caracterizar ato ímprobo. A improbidade exige elemento subjetivo e o resultado ilícito tipificado exigidos pela Lei nº 8.429/1992 (Ferreira, 2019).

O Tema 1.199 do STF reforça essa segurança ao preservar a coisa julgada e definir parâmetros de retroatividade. A Corte reconheceu a aplicação da nova lei aos atos culposos sem trânsito em julgado, mas negou efeitos sobre condenações definitivas e sobre o novo regime prescricional. Com isso, evitou tanto a instabilidade total das condenações quanto a perpetuação de processos baseados em modalidade culposa revogada (Brasil, 2022).

A segurança jurídica também depende da qualidade da atuação dos órgãos de controle. A inicial da ação de improbidade deve descrever conduta, elemento subjetivo, nexo causal, dano quando exigido e benefício indevido. Petições genéricas fragilizam o processo, expõem gestores a constrangimentos desnecessários e reduzem a credibilidade do controle. A reforma incentiva uma persecução mais seletiva e tecnicamente fundamentada (Zaia, 2025).

Garcia e Rios (2023) tratam a accountability como fenômeno que articula mecanismos institucionais e participação social, perspectiva incompatível com uma lógica de punição indiscriminada. O controle efetivo depende da combinação

de transparência, responsabilização proporcional e instrumentos de fiscalização capazes de atuar sobre condutas materialmente relevantes. Nesse sentido, a seletividade da improbidade pode ser compatível com o fortalecimento do sistema de integridade.

A segurança jurídica é ainda relevante para políticas públicas inovadoras. Gestores precisam assumir riscos legítimos em contratações, tecnologia, saúde, educação e infraestrutura. Quando qualquer erro pode gerar ação de improbidade, a Administração tende à paralisia e ao formalismo defensivo. A exigência de dolo reduz esse efeito, desde que não seja interpretada como salvo-conduto para decisões opacas ou motivadas por interesses privados (Campos, 2015).

Assim, a nova LIA busca proteger o agente probo e responsabilizar o agente desonesto. Esse equilíbrio depende de critérios objetivos: motivação administrativa, registro documental, observância de pareceres, gestão de riscos, programas de integridade e transparência. Quanto mais institucionalizado o processo decisório, mais fácil separar erro escusável de dolo corruptivo, fortalecendo simultaneamente segurança jurídica e controle (Prado; Cornelius, 2020).

Os Impactos da Exigência de Dolo na Efetividade do Combate à Corrupção

A exigência de dolo produz impactos ambivalentes na efetividade do combate à corrupção. De um lado, dificulta condenações baseadas apenas em irregularidade formal ou dano objetivo; de outro, aumenta a legitimidade das condenações ao exigir prova de desonestidade. A efetividade não deve ser medida apenas pelo número de ações ou condenações, mas pela capacidade de punir corretamente os casos graves (Garcia; Rios, 2023).

Prado e Cornelius (2020) analisam a multiplicidade institucional brasileira no combate à corrupção e demonstram que muitos órgãos compartilham competências de controle. Nesse ambiente, a exigência de dolo pode funcionar como mecanismo de racionalização, direcionando improbidade para situações que não se resolvem adequadamente por sanções administrativas, recomposição civil, controle externo ou responsabilização empresarial.

O principal risco prático da reforma está na demonstração do elemento subjetivo em casos com estrutura fática complexa e pluralidade de agentes. A prova não pode ser reduzida à busca de uma declaração expressa de intenção, mas também não pode resultar de presunção baseada apenas no cargo ou na ilegalidade. A jurisprudência exige exame do conjunto probatório e fundamentação individualizada, com atenção à tipificação vigente e aos limites processuais da imputação (Brasil, 2024; Ferreira, 2019).

Ferreira (2019) contribui ao afirmar que o dolo deve ser construído racionalmente a partir da conduta e do contexto, e não presumido automaticamente. Essa formulação permite equilíbrio: impede condenações por ilegalidade isolada, mas autoriza inferir intenção quando o conjunto probatório revela vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado. A efetividade anticorrupção

depende justamente dessa inferência controlada por fundamentação rigorosa.

A Lei nº 14.230/2021 também repercute sobre acordos de não persecução cível, ressarcimento ao erário e coordenação com a Lei Anticorrupção. Em vez de multiplicar ações frágeis, o sistema pode priorizar investigação patrimonial, cooperação interinstitucional, análise de dados, rastreamento financeiro e acordos com obrigações de integridade. A efetividade passa a depender menos de tipos abertos e mais de capacidade investigativa (Souza; Coutinho, 2020).

No âmbito do STJ, a aplicação da Lei nº 14.230/2021 vem sendo delimitada por precedentes concretos. No AgInt no REsp 2.082.995/PB, a Primeira Turma, em 11 mar. Em 2024, reafirmou que a retroatividade da supressão da modalidade culposa se restringe aos processos sem trânsito em julgado. Já no AREsp 1.417.207/MG, a Segunda Turma, em 17 de setembro de 2024, admitiu continuidade típico-normativa em situação compatível com a nova tipificação, observadas as particularidades processuais do caso. Esses julgados demonstram que a reforma não produz anistia geral nem autoriza reenquadramento indiscriminado (Brasil, 2024).

A efetividade também requer distinguir corrupção de ineficiência. Nem toda política pública malsucedida configura improbidade, assim como a mera irregularidade não substitui a demonstração do elemento subjetivo previsto em lei. Quando os fatos revelam conduta dolosa orientada ao resultado ilícito tipificado, permanece possível a responsabilização; quando isso não ocorre, outras esferas de controle podem ser acionadas conforme a natureza da irregularidade (Brasil, 2021; Justen Filho, 2022).

A Lei nº 12.846/2013 conferiu relevância aos mecanismos de integridade ao prever, na aplicação das sanções à pessoa jurídica, a consideração da existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia e códigos de ética. Embora esse regime seja distinto da improbidade administrativa, sua institucionalização contribui para ampliar registros de controle e rastreabilidade de decisões, elementos que podem auxiliar a análise probatória em procedimentos de responsabilização (Brasil, 2013).

Conclui-se que a exigência de dolo não é incompatível com o combate à corrupção, mas redefine seus instrumentos. A resposta estatal deve ser mais técnica, menos automática e mais baseada em prova. Quando órgãos de controle dominam análise documental, tecnologia, rastreamento financeiro e teoria da prova indiciária, a segurança jurídica não enfraquece a efetividade; ao contrário, torna a responsabilização mais legítima e sustentável (Garcia; Rios, 2023).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo analisar a exigência de dolo na improbidade administrativa após a promulgação da Lei nº 14.230/2021, investigando de que maneira essa alteração legislativa influencia o equilíbrio entre a segurança jurídica dos agentes públicos e a efetividade do combate à corrupção. A partir da revisão bibliográfica, normativa e jurisprudencial desenvolvida ao longo do estudo,

verificou-se que a reforma promoveu significativa reconfiguração do regime jurídico da improbidade administrativa, abandonando a responsabilização por culpa e consolidando a necessidade de demonstração do elemento subjetivo doloso como requisito indispensável para a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992.

Os resultados obtidos permitem concluir que a exigência de dolo representa importante avanço sob a perspectiva das garantias constitucionais inerentes ao direito administrativo sancionador. Ao restringir a incidência da improbidade administrativa às condutas praticadas com vontade livre e consciente de alcançar resultado ilícito, a legislação passou a estabelecer critérios mais estritos para a distinção entre condutas ímprobas e meras irregularidades, distinção que depende da prova produzida e da interpretação judicial, especialmente nos casos de erro administrativo, deficiência técnica ou interpretação jurídica posteriormente considerada inadequada. Essa mudança fortalece princípios como a segurança jurídica, a proporcionalidade, a tipicidade e a culpabilidade, reduzindo o risco de responsabilizações fundadas exclusivamente em ilegalidades formais ou em resultados administrativos desfavoráveis.

Entretanto, a pesquisa também demonstrou que a exigência do elemento subjetivo impõe desafios relevantes para a atuação dos órgãos responsáveis pelo controle da Administração Pública. A comprovação do dolo exige uma atividade probatória mais sofisticada, baseada na reconstrução racional da intenção do agente mediante análise contextual, documental, financeira, testemunhal e indiciária. Em esquemas de corrupção estruturada, marcados por ocultação de atos, interposição de terceiros e complexidade decisória, a ausência de prova direta não pode inviabilizar a responsabilização quando o conjunto probatório revelar, de forma consistente, a existência de comportamento deliberadamente voltado à obtenção de vantagem ilícita ou à violação consciente dos deveres funcionais.

Outro aspecto evidenciado consiste no fato de que a efetividade do sistema de combate à corrupção não depende exclusivamente da amplitude dos tipos sancionadores, mas da qualidade técnica das investigações, da fundamentação das decisões e da integração entre os diversos mecanismos de controle estatal. Nesse contexto, a Lei nº 14.230/2021 não deve ser compreendida como instrumento de enfraquecimento da tutela da probidade administrativa, mas como tentativa de racionalizar sua aplicação, direcionando a atuação do Estado para situações efetivamente caracterizadas por desonestidade, fraude, favorecimento ilícito ou desvio consciente da finalidade pública. Assim, a proteção ao gestor probo e a responsabilização do agente ímprobo deixam de ser objetivos contrapostos e passam a constituir dimensões complementares de um mesmo sistema de integridade pública.

Dessa forma, responde-se à problemática inicialmente proposta ao concluir que a exigência de dolo pode, simultaneamente, promover maior segurança jurídica aos agentes públicos e preservar a efetividade do combate à corrupção, desde que interpretada em consonância com os princípios constitucionais e aplicada mediante adequada valoração das provas produzidas no caso concreto. A consolidação desse modelo dependerá, contudo, do contínuo aperfeiçoamento da atuação do Ministério

Público, da Advocacia Pública, das controladorias, dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, especialmente quanto à utilização de métodos investigativos capazes de demonstrar, com elevado grau de fundamentação, a existência do elemento subjetivo exigido pela legislação vigente.

Como limitação, este estudo não realizou levantamento jurisprudencial exaustivo nem análise estatística de todos os julgados proferidos após a Lei nº 14.230/2021; a seleção concentrou-se em precedentes paradigmáticos do STF e do STJ e em literatura diretamente relacionada ao problema investigado. Reconhece-se, ainda, que o tema permanece em processo de consolidação doutrinária e jurisprudencial. Futuras pesquisas poderão ampliar a amostra de decisões, comparar sistematicamente as turmas dos tribunais superiores e examinar os critérios probatórios empregados para diferenciar as modalidades de dolo e mensurar os impactos da reforma sobre a efetividade do sistema de responsabilização.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 14 ago. 2026.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 14 ago. 2026.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.206.630/SP.** Relator: Ministro Paulo Sérgio Domingues. Primeira Turma. Julgado em 27 fev. 2024. DJe 1º mar. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 2.082.995/PB.** Relator: Ministro Gurgel de Faria. Primeira Turma. Julgado em 11 mar. 2024. DJe 2 abr. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp 1.417.207/MG.** Relator: Ministro Francisco Falcão. Segunda Turma. Julgado em 17 set. 2024. DJe 19 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1.199 da Repercussão Geral.** ARE 843.989/PR. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 18 de ago. 2022.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei nº 12.846/2013: Lei Anticorrupção. **Revista Digital de Direito Administrativo,** Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, e1937, 2019.

GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira; RIOS, Rodrigo Sánchez. Corrupção pública e accountability: uma proposta de enfrentamento integrado a partir da perspectiva da accountability social. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 126, p. 81-137, 2023. DOI: 10.9732/2023.V126.693.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência.** 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PRADO, Mariana Mota; CORNELIUS, Eduardo. Institutional multiplicity and the fight against corruption: a research agenda for the Brazilian accountability network. **Revista Direito GV,** São Paulo, v. 16, n. 3, e1974, 2020. DOI: 10.1590/2317-6172201974.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da; LEITE, Wendy Luiza Passos. **O dolo na Lei de Improbidade Administrativa e suas implicações jurídicas diante das alterações da Lei 14.230 de 2021**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 30., 2023, Fortaleza. Direito administrativo e gestão pública. Florianópolis: CONPEDI, 2023. Disponível em: https://site.conpedi.org.br/publicacoes/pxt3v6m5/1he4swdm/4BnnA66knnlnuQOV.pdf. Acesso em: 14 ago. 2026.

SOUZA, Fabrício Bertini Pasquot Polido de; COUTINHO, Priscila. Os acordos nas ações de improbidade administrativa. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, v. 6, n. 1, 2020.

UCHIYAMA, Maria Eduarda Freitas. **A (des)necessidade do dolo específico na improbidade administrativa.** Boletim CEPGE, São Paulo, v. 46, n. 4, p. 38-48, 2022.

ZAIA, Erica Pires Pigosso. A improbidade administrativa e o dolo: reflexões sobre a Lei 14.230/2021: a relevância do dolo na aplicação da Lei de Improbidade. **Revista de Direito e Sociedade: estudos interdisciplinares**, Nova Andradina, v. 3, n. 1, p. 19-26, 2025. DOI: 10.29327/2201234.3.1-2.

Organizador

Abraão Lucas Ferreira Guimarães

Coordenador e Professor do Curso de Direito no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Atuou como Coordenador e Professor do Curso de Direito na Faculdade Anhanguera Educacional, em Joinville/SC, e, como Gerente de Contratos e Convênios na Fundação Hospital Adriano Jorge (FHAJ). De ampla formação acadêmica, é graduado em Direito pelo Centro Universitário do Norte (UNINORTE), Pós-Graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Faculdade Estácio de Sá, em Direito Civil e Processual Civil (de acordo com o Novo CPC) pelo Instituto Brasileiro de Faculdades (IBF), em Direito do Consumidor pelo Instituto Brasileiro de Faculdades (IBF), em Direito Administrativo pela Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera, e em Direito Público também pela Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera. É Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Possui experiência nas áreas de Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Público, Direito do Consumidor e Direito do Trabalho.

Rafael Seixas de Amoêdo

Licenciado em Letras – Língua Portuguesa pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Mestre em Ciências Humanas: Teoria, História e Crítica da Cultura, pelo Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas da UEA (turma de 2019), bolsista FAPEAM. Membro do grupo de pesquisas SDISCON: Múltiplas Linguagens, Semiótica e Discurso na Contemporaneidade, desde 2016, sob a liderança das professoras Dras. Neiva M. Machado Soares e Socorro Viana de Almeida. Atuou como secretário do grupo de pesquisa de 2017 a junho de 2019 e foi bolsista de Iniciação Científica (IC) pela FAPEAM/UEA de 2016 a 2018. Atualmente, é gerente-executivo da ContraCorrente: Revista do Programa de Pós-

Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, auxiliando nos processos de recepção, edição e organização das edições, além de ser bolsista de Apoio Técnico Nível IV/FAPEAM vinculado ao mesmo programa. Desde agosto de 2021, é professor de aulas particulares na empresa Guimarães Elite de Ensino e, desde outubro de 2021, atua como professor da rede particular de ensino nas disciplinas de Língua Portuguesa, Gramática, Interpretação Textual e Redação. Também é professor no Centro Universitário do Norte (Uninorte/ Ser Educacional), lecionando os componentes de Português Instrumental, Português Jurídico, Alfabetização e Letramento, e Metodologia e Prática do Ensino de Língua Portuguesa. Tem interesse nas seguintes áreas/linhas de investigação e 44 pesquisa: Análise de Discurso Crítica (ADC), com ênfase em discursos do contexto digital; Multimodalidade e ensino, com foco na Semiótica Social, Gramática do Design Visual (de Kress e van Leeuwen) e Teoria de Transcrição (de Baldry e Thibault); gêneros discursivos; e Linguística e suas interfaces.

Denison Melo de Aguiar

Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia (2006). Advogado (6825 – OAB/AM). Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (2009 – 2011). Pós-doutorando em Direito pela UniSalento (Itália-2024). Professor universitário: 1. da Universidade do Estado do Amazonas (UEA); da Academia de Polícia Militar do Amazonas (APM-PMAM); 3. do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/UEA). Coordenador da Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos; Clínica de Direito dos Animais (YINUAKA-UEA) e Clínica de Direito LGBT (CLGBT-UEA) da Universidade do Estado do Amazonas. Coordenador do Núcleo

Editorial do Mestrado em Direito Ambiental (NEDAM/UEA). Editor Adjunto da Revista Nova Hiléia: Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia (PPGDA – UEA) (ISSN: 2525-4537). Editor-chefe da Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA (2675-5394). Integrante do Grupo de Pesquisa: Desafios do Acesso aos Direitos Humanos no Contexto Amazônico, vinculado à Escola Superior da Magistratura do Amazonas (ESMAM).Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direitos Humanos, Mecanismos de soluções de conflitos Socioambientais; Direito LBGT+; Direito Pesqueiro; Direito dos animais. Atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Ambiental, Direitos Humanos, Direito Constitucional, Mecanismos de Soluções de Conflitos, Conhecimento Tradicional associado ao Manejo Pesqueiro, Conflitos Socioambientais Pesqueiro, Mediação, Direito LGBT.

Índice Remissivo

A

Abandono afetivo 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523
Agentes de Endemias 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456
Alexy, Robert 52, 263, 264, 265, 269, 270, 271, 272, 273, 304, 306, 313
Ampla defesa 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 42, 43, 44, 135, 141, 218, 531, 533
Análise econômica do direito 99, 537
Anistia 475, 476, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 493, 494, 495, 552, 553, 557, 570
Apostas e jogos online 26, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196
Arbitragem 325, 525, 526, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 169, 287, 291, 292, 299, 300, 304, 314, 486, 488, 539, 540, 547, 550, 553, 557, 559
Ativismo judicial 45, 46, 51, 52, 53, 54, 59, 374, 396, 397, 402, 406, 460, 462, 469, 472, 473
Autonomia existencial 497, 498, 499, 501, 502, 505, 506, 507, 508, 509

B

Biometria 228, 229, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 247, 248, 353

C

Cancelamento (cultura do) 90, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 243
Capacidade contributiva 158, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 275, 276, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286
Caso Gomes Lund 475, 476, 486, 488, 490, 492, 493, 494, 552, 553, 554, 557, 559, 560, 561
Chamamento ao processo 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19

Código de Defesa do Consumidor (CDC) 109, 111, 116, 118, 233, 341, 342, 346, 348, 350, 353, 354, 356, 357, 358, 360
Código de Processo Civil (CPC) 98, 104, 124, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 191, 216, 243, 244, 306, 310, 311, 513
Código de Processo Penal (CPP) 3, 4, 5, 6, 7, 138, 140, 142
Coisa julgada 3, 14, 563, 567, 568
Comércio eletrônico 122, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361
Cônjuge 323, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414
Conselho Nacional de Justiça (CNJ) 60, 119, 120, 122, 123, 305, 308, 314, 433, 434, 512
Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) 148, 288, 300, 338, 449, 450, 455, 457
Constituição de 1988 2, 63, 65, 67, 113, 126, 376, 393, 394, 425, 431, 445, 482, 486
Construction Lien 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79
Consumidor idoso 98, 108, 109, 110, 112, 113, 116, 117, 120, 121, 122, 123
Contraditório 5, 13, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 42, 43, 44, 73, 78, 132, 135, 136, 139, 140, 141, 184, 379, 526, 528, 531, 532, 533, 534, 535, 567
Contratos eletrônicos 228, 229, 230, 231, 235, 241, 242, 243, 245, 247, 248
Controle de constitucionalidade 372, 399, 407, 482, 494
Controle de convencionalidade 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 488, 489, 490, 493, 494, 495, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561
Controle de convencionalidade e Lei de Anistia 475, 476, 486, 487, 488, 489, 490, 493, 495, 552, 553, 557
Corte Interamericana de Direitos Humanos 475, 476, 478, 479, 483, 485, 486, 488, 489, 490, 494, 495, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561
Criança e adolescente 20, 22, 23, 25, 170, 204, 421, 514, 516

D

Dano moral 104, 118, 190, 243, 514, 515, 516, 517, 518, 521, 522, 523
Denunciação da lide 10, 11, 13, 14, 15, 17, 18, 19
Devido processo legal 2, 5, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 39, 43, 362, 363, 371, 372, 373, 504, 512
Dignidade da pessoa humana 51, 64, 65, 66, 68, 100, 105, 112, 116, 117, 122, 150, 155, 156, 159, 187, 192, 249, 250, 251, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 275, 276, 284, 285, 286, 289, 290, 294, 327, 328, 329, 331, 332, 334, 335, 337, 362, 363, 365, 366, 367, 368, 370, 371, 372, 373, 378, 445, 480, 486, 491, 498, 499, 500, 501, 511, 516, 518, 520, 522, 537
Direitos do consumidor 25, 81, 82, 83, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 188, 192, 193, 231, 233, 244, 315, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361
Direitos humanos 25, 64, 88, 89, 93, 96, 99, 136, 144, 156, 171, 252, 256, 259, 284, 315, 380, 435, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561
Direitos trabalhistas 148, 288, 290, 294, 385, 448, 457
Doenças ocupacionais 327, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 450
Dolo 126, 217, 220, 221, 222, 223, 225, 243, 328, 331, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 569, 570, 571, 572, 573
Dworkin, Ronald 54, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 272, 274, 306, 315, 384, 392, 395, 460, 461, 462, 463, 467, 473, 474

E

Execução fiscal 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 56, 58, 59
Expansionismo penal 197, 198, 199, 207

F

Função social da propriedade 362, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 371
Função social do processo 81, 86, 88, 94, 96, 98
Fundamentação das decisões 1, 3, 4, 5, 525, 571

H

Habeas corpus 6, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182
Herdeiros necessários 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414
Holding familiar 317, 318, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326

I

Imparcialidade 30, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 43, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 139, 140, 141, 142, 441, 442, 526
Improbidade administrativa 562, 563, 564, 565, 568, 570, 571, 572, 573
Insalubridade 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458
Inteligência artificial 20, 21, 22, 163, 185, 190, 236, 344, 348, 352, 353, 355, 357, 360, 396, 397, 406
Intervenção de terceiros 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18

J

Judicialização 34, 41, 44, 51, 82, 83, 302, 304, 305, 310, 311, 314, 316, 327, 402, 440, 444, 470, 492, 566
Jurisdição constitucional 372, 396, 397, 403, 404, 406, 424, 426, 427, 431, 432, 434, 437, 438, 440, 442, 443, 444, 552

Justiça restaurativa 197, 198, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209

L

Lei Anticorrupção 564, 570, 573
Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) 23, 24, 228, 229, 238, 241, 242, 245, 247, 341, 342, 347, 349, 350, 356, 357, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422
LINDB (art. 20) 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 155, 157, 158, 159
Litigância predatória 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 94, 96, 97, 98, 99

M

Medicamentos (judicialização) 262, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 314, 315
Mínimo existencial 116, 117, 148, 150, 154, 155, 156, 157, 158, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 275, 276, 284, 285, 286, 304, 315, 316

O

Ônus da prova 95, 218, 288, 299, 525, 530, 534

P

Pessoa jurídica 49, 64, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 221, 288, 289, 295, 296, 299, 317, 319, 320, 321, 322, 324, 570
Planejamento sucessório 317, 318, 320, 324, 325, 326, 408, 411, 413, 414
Planejamento tributário 210, 211, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 324, 325
Poder privado transnacional 396, 400, 406

Precedentes 94, 95, 146, 149, 150, 151, 152, 153, 158, 291, 292, 302, 303, 306, 307, 311, 312, 313, 314, 315, 325, 333, 337, 341, 432, 458, 470, 476, 482, 552, 554, 557, 558, 559, 564, 570, 572
Princípio da primazia 287, 288, 289, 293, 301
Processo administrativo disciplinar 30, 31, 32, 33, 34, 36, 39, 40, 41, 43, 44
Proporcionalidade 43, 50, 51, 81, 91, 94, 105, 116, 147, 154, 159, 191, 222, 224, 225, 261, 282, 353, 378, 518, 563, 565, 568, 571
Proteção de dados pessoais 23, 42, 228, 229, 241, 245, 246, 247, 341, 344, 347, 349, 350, 352, 356, 358, 400, 402, 415, 416, 421, 422
Provedores de internet 20, 27
Punitivismo 537, 538, 540, 546, 547, 550

Q

Quesito genérico de absolvição 1, 2, 3, 4, 5, 7

R

Razoabilidade 39, 50, 53, 54, 55, 59, 105, 116, 117, 154, 191, 222, 224, 225, 282, 518
Redes sociais 21, 100, 101, 103, 105, 168, 185, 188, 198, 230, 355, 402, 417, 418, 422
Registro civil 434, 497, 498, 499, 502, 503, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512
Regras e princípios 263, 264, 265, 266, 269, 270, 271, 272, 273, 477
Repercussão geral 1, 2, 6, 8, 45, 46, 48, 49, 50, 52, 55, 58, 59, 287, 289, 290, 291, 299, 300, 302, 303, 305, 312, 314, 321, 563, 564, 572
Responsabilidade civil 20, 62, 190, 232, 327, 328, 331, 332, 333, 335, 336, 337, 339, 340, 349, 351, 356, 360, 402, 415, 514, 515, 516, 517, 523, 558

S

Segurança jurídica 30, 31, 32, 33, 37, 40, 41, 43, 59,

62, 63, 67, 68, 69, 70, 86, 97, 104, 138, 145, 148, 149, 153, 157, 183, 194, 211, 219, 225, 229, 242, 310, 317, 321, 324, 340, 363, 378, 412, 429, 457, 498, 509, 510, 526, 562, 563, 564, 568, 569, 570, 571
Sistema Único de Saúde (SUS) 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 314, 449
Superior Tribunal de Justiça (STJ) 19, 77, 80, 92, 98, 114, 116, 122, 123, 128, 157, 191, 322, 351, 427, 429, 430, 516, 517, 518, 521, 522, 523, 552, 554, 555, 556, 560, 561, 564, 566, 567, 570, 572

T

Tribunal do Júri 1, 2, 3, 4, 6, 8, 9
Tribunal Superior do Trabalho (TST) 145, 146, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 291, 299, 327, 328, 333, 334, 335, 336, 337, 427, 430, 445, 449, 451, 455, 456, 458
Tributação 186, 196, 220, 222, 226, 249, 250, 251, 252, 253, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 275, 276, 281, 282, 284, 285


AYA EDITORA
2026